



**Super Mario contre Microsoft :
l'histoire d'un jugement fabriqué
d'avance**

Alberto Mingardi et Paolo Zanetto

2004

Super Mario contre Microsoft : l'histoire d'un jugement fabriqué d'avance

par Alberto Mingardi et Paolo Zanetto
Istituto Bruno Leoni (Turin, Italie)

Traduction française : Jacob Arfwedson

Résumé

- L'enquête de la Commission européenne visant Microsoft était encouragée par ses principaux concurrents, qui ont trouvé une oreille attentive chez la Task Force concentrations de l'Union européenne
- Le Commissaire chargé de la concurrence, M. Monti, a rejeté un bon accord avec Microsoft purement pour des raisons de fierté
- La décision de M. Monti sera soumise à la Cour européenne qui a déjà à plusieurs reprises rejeté ses dossiers ainsi que ses analyses économiques
- Les injonctions contre Microsoft soulèvent la question juridique concernant la protection des droits de propriété intellectuelle qui constituent l'actif principal de toute entreprise fabricant de logiciels
- Le dossier antitrust contre Microsoft est fondé sur des théories qui font fi de l'essence même de la concurrence
- La décision de M. Monti provient de plaintes soulevées par les concurrents de Microsoft et celle-ci va les favoriser plutôt que les consommateurs
- La décision de M. Monti affaiblit l'industrie européenne, en créant un précédent pour ce qu'on a appelé « un Etat-Providence pour les perdants »
- Cette décision crée un écart dangereux entre les autorités antitrust des Etats-Unis et de l'Europe en ce qui concerne la politique de la concurrence

Sur les auteurs :

Alberto Mingardi est Directeur de l'Institut Bruno Leoni, chargé des questions de mondialisation et de concurrence, ainsi que Visiting Fellow du Centre for the New Europe (Bruxelles) et auteur prolifique.

Paolo Zanetto est Conseiller politique de l'Institut Bruno Leoni et consultant.

Le PDG de Microsoft Steve Ballmer n'avait aucun souci à se faire lorsqu'il est arrivé à Bruxelles, à neuf fuseaux horaires de sa ville bien aimée, Seattle. Nous étions le 16 mars 2004, à huit jours du délai de l'annonce de la décision du Commissaire Monti concernant le géant du logiciel.¹ Ballmer avait rendez-vous avec le Directeur Général de la DG de la Concurrence, Philip Lowe, pour finaliser les négociations. Le patron de Microsoft envisageait de lui porter quelques bonnes nouvelles : afin d'éviter un conflit, l'entreprise américaine était prête à accepter l'ensemble des demandes de l'équipe de Monti. En l'apprenant, Lowe a

exprimé sa satisfaction.² Or il ne lui appartenait pas de prendre la décision finale. Alors que son bras droit s'apprêtait à célébrer l'accord, Monti a demandé l'ajournement de la réunion. Quelques heures plus tard, les avocats de Microsoft ont été convoqués pour discuter des nouvelles demandes de la Commission, inédites jusque-là. En résumé, toute nouvelle composante de la prochaine édition du logiciel Windows serait soumise à l'approbation préalable de la Commission. Autrement dit, chaque mise à jour de Windows serait désormais illégale jusqu'à la preuve du contraire.³ Une telle demande ne pouvait que mettre fin aux négociations. Or c'était le but même de Mario Monti, ce qu'il a avoué lui-même.

« En fin de compte, il a fallu que je tranche au nom de la concurrence et des intérêts des consommateurs européens. Je pense qu'ils seront mieux servis par une décision qui crée un précédent fort », a-t-il déclaré.⁴

Microsoft fut déclaré coupable d'abus de position dominante et devra payer une amende de € 497 millions, soit deux fois le montant attendu. La « Task Force concentrations » de l'Union européenne a tenu compte dans son jugement du comportement de Microsoft aux Etats-Unis, quoique l'administration américaine ait déjà déposé ses plaintes.⁵ En ce qui concerne les logiciels de serveur, une partie du code source de Windows doit être divulguée – c'est-à-dire offerte – aux concurrents. A cause des objections au sujet du « bundling » de nouvelles applications du système d'exploitation, il faudra créer une nouvelle version de Windows qui ne comprend pas le Media Player qui sera commercialisée à un prix inférieur.⁶ Les concurrents s'en lèchent les babines. « Cette décision est fondamentale », s'exclame RealNetworks. « Elle facilitera les conditions concurrentielles de RealNetworks. » Qui plus est, la décision « n'arrive certainement pas trop tôt » pour aider l'entreprise à reconquérir des parts de marché.⁷

S'il est vrai que la décision constitue un précédent, il est vrai aussi qu'une telle décision unilatérale ouvre la voie vers la Cour Européenne, ce que Microsoft va exploiter.⁸ Si l'entreprise parvient à obtenir une suspension des sanctions en attendant le procès, comme le pensent beaucoup d'observateurs, le verdict de Monti sera gelé pour trois à cinq ans.⁹ En outre, Monti n'a pas bonne presse aux yeux des tribunaux. Le Tribunal européen de première instance n'a eu de cesse de rappeler ses réserves au sujet de la validité du raisonnement économique de la Commission, ainsi qu'en ce qui concerne le manque de protection du droit des accusés de se défendre. Cette fois-ci, ces doutes devraient se dissiper, ou plutôt ne pas refaire surface, puisque Microsoft est coupable presque par définition. Reste à confronter une question incontournable. « Quelle est l'importance du procès Microsoft en Europe en définitive ? » Que signifie ce cirque ? Pourquoi un procès, même sous peine d'un appel, plutôt qu'un accord ? C'est le Financial Times qui pose la question. « La décision de la Commission, va-t-elle changer les choses ? Est-ce qu'elle va faire avancer le schmilblick ? ». Non, c'est l'évidence. Mais le quotidien parie que « la réponse est probablement dans la décision elle-même plutôt que dans les mesures concrètes que la Commission recommande ». ¹⁰ Super Mario a voulu démontrer ses pouvoirs ; voilà qui est fait.

Une amende de € 500 millions ne représente qu'une broutille pour Microsoft qui a une encaisse de \$ 53 milliards.¹¹ La banque d'affaires Goldman Sachs précise que cette sanction « ne va pas affecter le bilan de Microsoft, n'est pas un souci majeur » et les autres injonctions ne devraient de toute façon « pas sérieusement modifier le concept de Microsoft ». ¹² L'amende ne représente même pas le montant maximum que la Commission aurait pu infliger : elle aurait pu aller jusqu'à \$ 3.2 milliards, mais la Task Force n'a pas voulu pousser la cause de Monti aussi loin.¹³ Puisque sous le régime européen d'antitrust le procureur fait en

même temps figure de juge, personne ne saurait contester l'analyse économique du Commissaire – sauf peut-être ceux qui ont essayé de lui limer les griffes, par exemple son collègue Frits Bolkestein.¹⁴

Un été long et chaud

En contemplant la vue de son bureau vitré dans le bâtiment Breydel, le siège de la Commission, M. Monti pensait aux courtes vacances qu'il avait prises l'été 2001. Il avait fait du chemin depuis sa nomination à la tête de la DG Concurrence presque deux ans auparavant. Son prestige était sans partage après tant de vetos opposés à des méga-fusions. Le 3 juillet, il avait prononcé son veto à la fusion GE-Honeywell, la plus grande de tous les temps, déjà approuvée par le service antitrust du Département de justice américain.¹⁵ Les autorités antitrust de Washington s'étaient fait remarquer ces dernières années pour avoir organisé des chasses aux sorcières autour du dossier Microsoft. L'enquête visant la firme de Redmond, non loin de Seattle, avait commencé en 1996. Il a fallu deux années, à l'affût de tous les prétextes, pour que le service antitrust boucle son dossier. Le procès en première instance débuta le 19 octobre 1998 devant un juge que l'accusé trouva hostile d'entrée de jeu. Le verdict tomba le 7 juin 2000. Le juge condamna sévèrement Microsoft, allant jusqu'à demander que la société soit découpée en deux entités distinctes, une pour les systèmes d'exploitation et l'autre pour les opérations liées à Internet.

Le procès en appel débuta le 2 octobre 2000.¹⁶ Le 28 juin un verdict très inattendu est tombé. Microsoft n'était pas le monstre infâme que l'on croyait. Le nouveau jugement cassa pratiquement toutes les conclusions du tribunal de première instance, en évacuant à tout jamais l'idée de démanteler la firme. Microsoft et le Département de justice devaient négocier un accord à partir du jugement en appel. En réalité, l'autorité américaine avait dû déclarer forfait.¹⁷ Monti n'en revenait pas. Il a immédiatement ordonné d'intensifier l'enquête contre Microsoft qui était dans le collimateur des autorités de Bruxelles depuis l'arrivée du Commissaire.¹⁸ Le nouveau dossier était bouclé à la fin août.¹⁹ Toute une série d'accusations étaient formulées, dans deux domaines : le « code secret » de Windows 2000 et la présence de MediaPlayer dans le système d'exploitation. L'autre point, encore inédit, était particulièrement intéressant. Il suffisait de remplacer « MediaPlayer » par « Internet Explorer » pour retrouver l'accusation utilisée aux Etats-Unis, c'est-à-dire le procès qui avait conduit l'autorité antitrust de Washington à l'échec. Or Bruxelles a ses propres règles du jeu. Car si l'autorité américaine devait formuler ses chefs d'accusation devant un tiers – un juge qui se prononce à l'issue d'un débat opposant le plaignant et la défense – en Europe l'accusateur et le juge n'en font qu'un.

Si la Commission décide que la réponse d'une entreprise ne satisfait pas aux questions du plaignant, l'entreprise est coupable. Inutile de faire appel à un juge ou d'aller plus loin. Ce fut la chronique d'une culpabilité annoncée ; il était évident que Microsoft serait condamné.

Un bon début

Pourtant, les rapports entre Microsoft et la Commission avaient débuté de la meilleure manière possible. La nouvelle Commission avait eu le plaisir de recevoir Bill Gates en octobre 1999.²⁰ Les journaux dissertaient longuement sur les vertus de la nouvelle économie. Bill Gates, l'homme phare de la nouvelle classe d'entrepreneurs avait été invité par le nouveau président de la Commission, Romano Prodi. Il en est revenu persuadé qu'il pouvait faire de grandes choses avec l'exécutif européen. Cet espoir s'est évanoui en quatre mois.

Monti venait d'ouvrir un autre dossier.²¹ L'unité des fusions de la Commission, à l'instar de son homologue américain, avait ouvert une autre enquête visant Microsoft, l'accusant d'abus de position dominante par l'intermédiaire de Windows dans le domaine des systèmes d'exploitation, afin d'atteindre une position dominante dans celui des serveurs. Selon Monti, Windows 2000 était le mieux utilisé uniquement en connexion avec un serveur utilisant des logiciels de Windows. N'ayant pas accès au code source, les concurrents de Microsoft, seraient ainsi défavorisés dans la concurrence. Le problème qui sous-tend le raisonnement de la Commission concerne des droits de propriété intellectuelle. Il est clair que le code source est l'actif industriel principal de Microsoft. Demander à l'entreprise de le délivrer à ses concurrents est un non-sens économique et juridique. On ne saurait pas davantage imaginer l'inverse.

L'argument de la « compatibilité » semble être une excuse pour s'accaparer d'informations confidentielles et précieuses afin de recopier les solutions les plus innovatrices. En vérité, ceci ne concerne pas la protection étatique de la propriété intellectuelle ; il s'agit du droit d'un individu de ne pas partager des informations précieuses, à l'instar d'un chef de cuisine qui garde pour lui ses recettes. Si nous essayons de lui voler ses secrets (dans une économie contemporaine, aucune autre protection de ses droits n'est possible), le résultat est prévisible : à court terme, tout le monde pourra bénéficier de meilleurs gâteaux, mais à long terme le chef ne sera plus incité à concocter de nouvelles recettes afin d'attirer des clients dans son restaurant. Bref, les innovations vont cesser, en Europe cela va sans dire.

Dès son premier communiqué officiel, Monti a reconnu que les accusations visant Microsoft venaient de ses concurrents. Dans le texte : l'enquête avait été ouverte sur la base d'informations venant « des concurrents de Microsoft ». ²² Tout comme dans le dossier GE-Honeywell, les représentants de la Commission semblaient très soucieux de récolter des preuves contre la société en examen – sans prendre de réelles précautions par rapport aux dossiers préparés par la concurrence.

Le mois suivant apparut une autre raison d'attaquer la firme de Seattle. Cette dernière s'était alliée avec la société de télécommunications AT&T pour reprendre Telewest, une entreprise de réseaux câblés. « La Commission a relevé des doutes sérieux » en ce qui concerne le projet « à cause de son impact sur la concurrence dans le marché de logiciels destinés aux boîtes numériques pour téléviseurs ». ²³ Il semble étrange de penser qu'il existe un secteur industriel uniquement concerné par les logiciels qui gèrent les décodeurs de la télévision numérique, en particulier en Grande-Bretagne. Plus curieux encore, l'accusation de monopolisation visait Microsoft qui était potentiellement intéressée par une part minimale de Telewest, alors que le géant AT&T est sorti indemne de l'histoire.

L'enjeu, semble-t-il, était d'accroître avant tout la pression exercée sur Microsoft. Lorsque l'entreprise a répondu en assurant que Telewest était libre de choisir le logiciel pour ses boîtes, la Commission a jugé cette réponse insuffisante. D'après Monti, Microsoft aurait dû renoncer à sa participation dans la firme britannique. ²⁴ Plutôt que d'ouvrir un nouveau front dans la bataille avec la Commission, la firme de Redmond a annoncé qu'elle abandonnait le projet. Avec le départ de Microsoft, AT&T a aussi laissé tomber, et Telewest s'en est retourné à son ancien système. ²⁵

Le 7 juin 2000, la nouvelle du lourd jugement contre Microsoft au tribunal américain de première instance est tombée. ²⁶ Sentant que le vent soufflait dans le bon sens, Monti décida d'accélérer son enquête. Le trois août, la Task Force concentrations de la Commission a

présenté à Microsoft sa première série d'objections.²⁷ Le contenu était déjà connu, mais il l'accusateur était désormais clairement identifié. Tout avait commencé avec Sun Microsystems, le plus gros concurrent de Microsoft dans le domaine des logiciels de serveur. La Commission était contente de suivre Sun dans la bataille contre Microsoft.²⁸ Mario Monti a brandi son épée : « Toute entreprise désireuse d'avoir des activités dans l'Union Européenne doit respecter ses règles antitrust, et je suis déterminé d'agir pour leur application rigoureuse. »²⁹

Le pouvoir de Super Mario

Le 30 août 2001, le conflit s'est intensifié comme nous l'avons vu, suite au jugement qui a sauvé Microsoft de ses démêlés avec l'autorité antitrust américaine. La nouvelle déclaration d'objections non seulement a ressorti l'accusation concernant les serveurs, mais a soulevé un nouveau point essentiel : le rôle du MediaPlayer dans Windows. D'après la Commission, l'inclusion de cet outil dans le système d'exploitation « a privé les fabricants de PC et les utilisateurs de leur libre choix ».³⁰

Mario Monti était en guerre : « La Commission veut aussi voir une concurrence sans distorsions sur le marché des media players. » Ces produits « vont révolutionner la manière dont les gens écoutent la musique ou regardent des vidéos. »³¹

La nouvelle accusation ne semblait guère appropriée. Le Media Player fait partie de Windows depuis 1990.³² Rien n'empêche un utilisateur d'installer un media player différent sur un PC équipé de Windows, par exemple Real Player. Et comme tout utilisateur qui télécharge de la musique sur Internet sait bien, avoir un lecteur de MP3 dans le système d'exploitation est très pratique, un luxe indispensable à l'ère des divertissements numériques. Apple le sait aussi, et offre comme Microsoft son propre media player, iTunes, intégré dans le MacOS. Tout utilisateur qui n'en veut pas peut très facilement en choisir un autre sur l'un des nombreux sites web qui en proposent. Quoi qu'il en soit, le consommateur est gagnant : il vaut mieux avoir deux players qu'un seul. Pourquoi donc Monti a choisi ce point d'attaque qui semble si faible à première vue ? La raison réside dans l'analogie avec le cas américain.

L'autorité antitrust de Washington a conçu son enquête visant Microsoft entièrement à partir de « bundling » illégal. En résumé, la firme était accusée d'avoir inclus Internet Explorer dans Windows 98 pour limiter la concurrence d'autres fabricants de navigateurs, tels que Netscape. Après une longue bataille juridique, le juge Jackson dut se rendre. La pratique de « bundling » a été jugée acceptable pour les Etats-Unis. Dans la pratique, l'inclusion d'Internet Explorer dans Windows 98 n'avait pas entraîné la disparition de ses concurrents. A l'époque, les concurrents de Microsoft avaient peint des scénarios inquiétants, où Internet serait « entièrement contrôlé » par l'entreprise de Bill Gates. Ainsi, il fallait le supprimer afin « d'assurer l'accès et la disponibilité des technologies de l'information et à Internet ».³³ Le procureur général d'Ohio, Betty Montgomery, parlait au nom du monde entier lorsqu'elle a exprimé sa peur de voir Microsoft transformer « l'autoroute de l'information » en une « autoroute à péage ».³⁴

Quoi qu'il en soit, non seulement Netscape a survécu à l'assaut d'Internet Explorer sans dégâts (il a été racheté à grands frais par America Online en 1998, pas vraiment le destin à prévoir pour un logiciel en voie de disparition), mais il existe aujourd'hui de nombreux navigateurs alternatifs, dont la plupart sont à télécharger gratuitement sur Internet. Le sort de Microsoft Network (MSN) était semblable, même s'il a subi une transformation majeure après

des débuts difficiles ; malgré le fait qu'il était inclus dans chaque PC utilisant Windows 95, il n'a jamais menacé la suprématie d'AOL. Pourtant, à l'époque même Business Week criait au scandale : MSN était l'outil de Bill Gates pour prendre le contrôle de « l'autoroute de l'information ».³⁵

Regardons maintenant les choses du point de vue des consommateurs. Avant le lancement de MSN, AOL facturait les utilisateurs américains \$ 54,20 pour vingt heures de communication par mois. MSN a fixé son offre de lancement à moins de \$ 20. AOL a suivi en baissant son tarif à \$ 20, et aujourd'hui les programmes de ce type ne requièrent aucun abonnement.³⁶ Bref, l'arrivée de Microsoft sur le marché n'a pas eu pour effet de relever les prix, ce qui aurait dû se produire si la firme avait effectivement exercé un « pouvoir monopolistique ». Au contraire, les prix sont tombés jusqu'à ce que ... tiens, ils ont disparu !

Or de telles considérations n'ont pas préoccupé le Commissaire Monti lorsqu'il a joué la carte du « bundling ». Peut-être voulait-il montrer qu'il était capable de défendre un dossier qui s'était déjà avéré indéfendable de l'autre côté de l'Atlantique.

Pendant ce temps, la bataille juridique allait battre son plein. Et quelques mois plus tard, une nouvelle a ravivé les espoirs de Monti. Le 2 novembre 2001, Microsoft et le Département américain de la justice (dont un service est chargé des dossiers de concentration) ont signé un accord. Ce pacte a fixé une série de limites sur la manière dont les logiciels sont conçus et commercialisés, les rapports avec les producteurs de logiciels, et l'accès aux informations relatives aux fonctionnalités internes des programmes.³⁷ Les concurrents de Microsoft se sont plaints, puisqu'ils ne sauraient gagner un avantage compétitif de l'accord.³⁸ Cela faisait sourire Monti, qui était habitué à travailler étroitement avec les concurrents des firmes soumises à son regard critique.

Or l'attention du Commissaire allait dans une autre direction. En juin 2002, la Cour européenne a commencé à rejeter ses décisions les plus importantes.

Super Mario au tribunal

Lorsque Monti s'est installé à Bruxelles, il a déclaré haut et fort que son administration allait rompre avec le passé, alors que l'objectif était d'éviter des erreurs juridiques. Il a immédiatement proclamé que son mandat de cinq ans serait caractérisé par l'interventionnisme. Il a donné un premier signe concret quelques jours après son entrée en fonction, en refusant la fusion Airtours-First Choice.³⁹

Les statistiques méritent d'être examinées. Fin 2001 après deux années de travail, Monti avait refusé huit fusions et reprises. Au cours de la décennie depuis 1990, la Task Force ne s'était opposée qu'à dix opérations de ce genre. En moyenne, le nombre de vetos avait augmenté de 1 à 4 par an. De même, il faut tenir compte de la dimension des opérations refusées par Monti. Le seul dossier GE-Honeywell avait une valeur économique impressionnante. Parmi les huit accords refusés, un seul avait été retiré, alors que des jugements en appel étaient attendus pour quatre dossiers supplémentaires. Mais jamais la Cour européenne n'avait révoqué une décision émanant de la Task Force.

Le 6 juin 2002, un air de catastrophe imminente flottait sur Bruxelles, comme si une digue s'était effondrée. Depuis 1990, date de création de la Task Force, les appels contre la

Commission par les entreprises désireuses de fusionner n'avaient jamais abouti, jusqu'au point que les appels se faisaient rares. Du moins jusqu'à ce jour-là.⁴⁰ Le Tribunal de première instance qui traite les appels contre les décisions de la Commission, s'est prononcé sur l'appel d'Airteurs contre la décision (septembre 1999) interdisant sa fusion avec First Choice Holidays. Le Tribunal a délibéré en faveur d'Airteurs, rejetant ainsi la décision de la Commission, un événement sans précédent.⁴¹

Le Tribunal écrit : « La Commission a proscrit la transaction sans avoir prouvé jusqu'à un niveau juridique requis que la concentration donnerait naissance à une position dominante collective des trois principaux tours operators » et qu'elle aurait « entravé la concurrence effective ». La décision de Monti n'était pas fondée sur des « preuves effectives », mais marquée par une série d'erreurs de jugement.⁴² Le Tribunal a souligné des erreurs, des analyses incomplètes et un manque de preuves dans la décision. A titre d'exemple, le Tribunal a demandé une étude du marché à la Commission, et a obtenu pour toute réponse un extrait d'une page provenant d'un mémorandum envoyé par un des concurrents d'Airteurs.

Résultat des décisions de Monti en matière de fusions			
N°	Décision	Fusion	Décision du Tribunal
1	22/9/1999	Airtours – First Choice	Révoqué en appel, jugement du 6 juin 2002
2	14/3/2000	Volvo – Scania	Pas d'appel
3	28/6/2000	Mci Worldcom – Sprint	Fusion annulée avant la décision européenne
4	31/1/2001	SCA Mölnlycke- Metsäe	Pas d'appel
5	3/7/2001	GE – Honeywell	En attente de jugement en appel (2004)
6	10/10/2001	Schneider – Legrand	Révoqué en appel, jugement du 22/10/2002
7	17/10/2001	CVC - Lenzing	Pas d'appel
8	30/10/2001	Tetra Laval – Sidel	Révoqué en appel, jugement du 25/10/2002

N.B. La Commission n'a opposé aucun veto en matière de fusion depuis novembre 2001.

Mario Monti ne s'était pas encore remis du choc provoqué par la décision de juin, lorsque le 22 octobre 2002 son pire cauchemar est devenu réalité. Le Tribunal de première instance avait encore frappé. Cette fois-ci, il rejeta la décision d'interdire la fusion Schneider-Legrand.⁴³ Monti avait pris cette décision pendant la période chaude d'octobre 2001, data à laquelle il bloqua trois fusions en vingt jours. De son point de vue, les deux fabricants français d'équipement électriques n'avaient pas fourni des réponses suffisantes pour justifier leur transaction.

Le texte justifiant le rejet fut encore plus sévère. Dans son jugement, « le Tribunal considère que les erreurs, omissions et irrégularités dont fait preuve l'analyse de la Commission de l'impact de la fusion sont d'une gravité indubitable ». Il écrit que la Task Force concentrations avait présenté les informations disponibles d'une façon « sélective » et ainsi malicieuse. Il dit aussi que les deux entreprises n'ont pas eu suffisamment la possibilité de répondre aux objections. Le Tribunal a relevé des vices de forme correspondant à une violation du droit de la défense, en se référant à la discrédance entre la contestation des accusations et la décision de la Commission,⁴⁴ comme si Monti avait modifié les règles en cours de partie.

Et ce n'était pas tout. Trois jours plus tard, le 25 octobre 2002, devant les regards incrédules de l'Europe économique et politique, le Tribunal de première instance annonça son jugement en appel du dossier relatif à la fusion Tetra Laval-Sidel. Pour la troisième fois en cinq mois, et pour la seconde fois en une semaine, le Tribunal rejeta une décision de Monti.⁴⁵ Et dire que, avant l'ère de Super Mario, la Direction de la concurrence avait gagné chaque fois en appel. Ce fut un vrai séisme pour la Commission, et cela d'autant plus pour les hommes de Monti.

Une fois de plus, le jugement du Tribunal critique sévèrement l'analyse économique de l'autorité antitrust. « La Commission commit des erreurs d'évaluation manifestes. » Il fut cinglant quant aux théories de Monti sur les effets négatifs des conglomerats sur la concurrence (également utilisés dans le veto sur GE-Honeywell) : « Etant donné que les effets d'une fusion de type conglomérat sont généralement considérés comme neutres, voire bénéfiques, pour la concurrence », la Task Force devrait produire une analyse « particulièrement approfondie » afin de fournir des « preuves convaincantes » de l'impact négatif de la fusion sur la concurrence.⁴⁶ Le Tribunal déclara que le fait que l'entreprise qui met en œuvre le rachat allait acquérir une position dominante était en lui-même insuffisant pour conclure qu'une réduction de la concurrence potentielle ne revienne à renforcer la position de l'entreprise ».⁴⁷

A la suite de l'annonce du troisième jugement contrariant, Monti a convoqué une conférence de presse pour réagir. « Ce jugement constitue un revers majeur pour nous », admit le Commissaire, tout en refusant de démissionner. Selon *The Economist*, « ces jugements ont sérieusement ébranlé la crédibilité déjà écornée de M. Monti ». Le magazine avait surnommé le Commissaire « l'équivalent de Saddam Hussein pour le monde des entreprises », lors de son refus de la fusion GE-Honeywell.⁴⁸

Le premier départ fut celui du Directeur général Alexander Schaub. Il a accepté l'invitation du Commissaire Bolkestein de le rejoindre à la Direction du marché intérieur. Monti a nommé le Britannique Philip Lowe pour le remplacer. La priorité du nouveau tandem Monti-Lowe était d'éviter tout incident embarrassant à l'avenir. C'est ainsi que, après avoir essuyé trois échecs lancinants en 2002, la Commission s'est gardée de bloquer des fusions parmi les 500 dossiers examinés depuis.⁴⁹ Y compris les plus controversés. Le rachat de P&O Cruises (\$ 5.6 milliards) par Carnival fut autorisé sans hésitation, de même que celui par l'ennemi de Bruxelles, General Electric, d'Instrumentarium medical equipment (\$2.3 milliards) et du britannique Amersham (\$ 6.6 milliards).⁵⁰

En attendant le verdict du Tribunal sur l'appel concernant GE-Honeywell qui devrait intervenir avant la fin 2004, la dernière défaite de Monti fut le cas Volkswagen. Le 3 décembre 2003, le Tribunal a accepté l'appel du fabricant allemand d'automobiles relatif à l'amende de \$ 37 millions que la Commission lui avait infligée en 2001.⁵¹

Le dossier concernait les relations commerciales entre la société et ses concessionnaires allemands ayant pour objet de soutenir le prix du modèle Passat. Le Tribunal déclara que la Commission n'avait pu prouver l'existence d'un « acquiescement réel par les concessionnaires » par rapport aux pratiques anti-concurrentielles présumées.⁵²

L'aspect le plus intéressant de ce verdict fut la réaction du bureau de Mario Monti.

La Task Force dut exprimer son « exaspération » face à un énième désaveu par le Tribunal.⁵³ Féroce, le porte-parole de Monti, Tilman Lueder déclara : « Si le Tribunal dit que nous devons prouver davantage, alors nous ne pourrons plus monter ce genre de dossiers à

l'avenir.»⁵⁴ En attendant la fin de son mandat, Monti a également pris soin de ne pas multiplier les amendes pour pratiques anti-concurrentielles. Il allait concentrer son énergie sur la grande finale avec Microsoft.

Un jugement fabriqué d'avance

Le Commissaire chargé de la concurrence savait parfaitement qu'au 1^{er} mai 2004, deux innovations majeures allaient être introduites dans le fonctionnement de l'autorité antitrust : une réforme de la manière dont la Commission enquête sur les entreprises (le « code Monti ») et la demande de mesures contre les entreprises à convenir avec les dix nouveaux commissaires.⁵⁵ Certains d'entre eux auraient éventuellement exprimé des doutes quant à la dernière grande sensation de Monti. Ainsi, il était capital d'amorcer la prochaine scène dans le drame de Microsoft. Le Commissaire a fixé un délai lors d'une conférence de presse le 6 août 2003. Tout était dans l'intitulé : « La Commission donne la dernière chance à Microsoft de commenter avant de conclure son enquête antitrust ».⁵⁶ Dans les faits, « la conclusion préliminaire est que les abus de Microsoft continuent comme avant ».

En ce qui concerne les conséquences du jugement, Monti a clairement énoncé ses diktats. Microsoft devait « révéler les informations nécessaires sur l'interface pour que les producteurs concurrents de serveurs bas de gamme bénéficient de conditions concurrentielles équitables ». Il y avait deux solutions alternatives au problème du « bundling » : soit « déconnecter le Media Player de Windows » soit « offrir des media players concurrents avec Windows ».⁵⁷ Ces demandes sont particulièrement intéressantes compte tenu de l'échec des négociations, alors que Microsoft avait accepté ces mêmes conditions lors de la réunion de Steve Ballmer et la Task Force le 16 mars 2004.⁵⁸ Microsoft devait témoigner devant la Task Force le 12 novembre. Lorsque ses représentants se retrouvaient devant l'équipe de Monti, ils se sont rendus compte que les solutions possibles étaient limitées. De plus, la Task Force a déclaré que le contenu de la réunion à huis clos serait diffusé à d'autres, soit à la concurrence. A Sun tout d'abord, qui était l'entreprise qui en premier avait poussé la Commission à enclencher le procès, ainsi que le lobby qu'elle avait mis en place pour combattre Microsoft, la *Computer and Communications Industry Association*⁵⁹, ainsi que deux concurrents directs, Real Networks et Novell.⁶⁰

Dans une tentative d'accélérer le processus, Monti a diffusé « officieusement » à la presse le texte du projet de jugement contre Microsoft.⁶¹ Le jugement était prêt. La Task Force exigeait la reddition sans conditions. Le 16 février, Microsoft apporta sa dernière proposition d'accord devant la Commission : la firme déclara forfait et consentit à distribuer un CD-ROM réunissant les media players concurrents avec chaque paquet Windows. Une concession sans précédent, à la limite du masochisme.⁶² Or ce n'était pas assez. La Task Force rejeta la proposition, arguant que tous les utilisateurs n'allaient pas effectivement installer le CD-ROM. L'équipe de Monti semblait penser qu'il était nécessaire de s'assurer que tous les consommateurs utilisent un media player autre que celui incorporé dans Windows.⁶³

En ce qui concerne les accusations relatives à la compatibilité de Windows sur PC et serveurs, un secours inattendu de dernière minute est arrivé. Alexander Schaub, directeur général du marché intérieur et ancien patron de la Task Force jusqu'en 2002, avait travaillé avec Monti au début de l'enquête sur Microsoft. Dans sa nouvelle fonction aux côtés de Frits Bolkestein, Commissaire du marché intérieur, il se sentait le devoir d'intervenir. Les injonctions visant Microsoft étaient intolérables. En particulier, l'idée de demander à la société de révéler le

code source de Windows équivaldrait à une violation par la Commission des accords internationaux sur la propriété intellectuelle, risquant un procès d'envergure aux conséquences potentiellement désastreuses.⁶⁴ Les arguments de Schaub ont convaincu Bolkestein d'intervenir pour convaincre Monti de ne pas emprunter une voie si périlleuse.⁶⁵

En attendant, l'équipe de Microsoft continuait ses visites au bureau de la Task Force. Sa dernière proposition, acceptant l'ensemble des solutions de la Commission à partir d'août 2003, a fourni aux concurrents les protocoles techniques utilisés par la société pour relier ses produits Windows pour PC et serveurs. La proposition de la société incluait même la possibilité d'inclure deux media players concurrents dans Windows. « Un compromis sensé », selon le New York Times.⁶⁶ Mais Monti refusa, ce qui a déclenché la critique d'observateurs de taille de l'autre côté de l'Atlantique. Le Wall Street Journal fut clair : « Pour résumer, ce jugement est mauvais pour la technologie, mauvais pour les rapports entre l'Europe et les Etats-Unis, et mauvais pour les consommateurs. » Qui plus est, « l'Union européenne montre très clairement qu'elle met les intérêts des concurrents de Microsoft devant les intérêts des consommateurs, de la concurrence et de la croissance. »⁶⁷

Exceptionnellement, le New York Times était d'accord avec le quotidien financier : « Les demandes de M. Monti menaceraient le concept de Microsoft, voire nuiraient aux consommateurs. La définition même du système d'exploitation serait essentiellement gelée à son niveau actuel. »⁶⁸

Le Financial Times de Londres a comparé les autorités d'antitrust de part et d'autre de l'Atlantique. « Loin de promouvoir les intérêts des consommateurs, ce dernier ordre de l'Union européenne transforme la réglementation antitrust en un programme d'assistance publique aux entreprises non performantes. Les conséquences ne se limiteront pas au cas de Microsoft. » Autrement dit, si les règles antitrust demeurent inchangées, le résultat sera que « les intérêts particuliers vont défendre leurs préférences afin d'exercer le plus de pouvoir politique possible. Ce qui va produire moins d'emplois, moins d'innovation, des produits médiocres et des prix plus élevés.⁶⁹

Le Commissaire n'a pas répondu aux attaques. Il les a esquivées avec élégance. Certes, il sait que ce ne sera pas à lui de gérer la suite des événements, l'appel et la bataille devant le Tribunal. Il retournera dans sa belle maison de Milan, en attendant une nouvelle fonction. Sa réputation est intacte, brillant au Panthéon des petits héros. Il sera diminué et s'en retournera à l'Ouest, mais il va rester Super Mario.

¹ Dombey (2004c).

² Dombey (2004d).

³ Gray (2004).

⁴ Commission Européenne (2004c).

⁵ Dombey (2004e).

⁶ Commission Européenne (2004c).

⁷ Milliken (2004).

⁸ Microsoft Corp. (2004).

⁹ Mitchener (2004).

¹⁰ Dombey (2004b).

¹¹ Microsoft Corp. (2003).

¹² Mitchener (2004).

¹³ Dombey (2004e).

¹⁴ Dombey (2004a).

¹⁵ Commission Européenne (2001).

-
- ¹⁶ Wired Magazine (2002).
¹⁷ Kehoe (2001).
¹⁸ Commission Européenne (2000a).
¹⁹ Commission Européenne (2000b).
²⁰ Commission Européenne (2000b).
²¹ Commission Européenne (2000a).
²² Commission Européenne (2000a).
²³ Commission Européenne (2000b).
²⁴ Monti (2000).
²⁵ Commission Européenne (2004c).
²⁶ Wired Magazine (2002).
²⁷ Commission Européenne (2004c).
²⁸ Idem.
²⁹ Idem.
³⁰ Commission Européenne (2001b).
³¹ Idem.
³² Microsoft Corp. (2001a).
³³ Thierer (1997).
³⁴ Schmidt (1999).
³⁵ Business Week (1995).
³⁶ Kopel (2001), pp. 138-139.
³⁷ US Department of Justice (2001).
³⁸ Abrahams (2001).
³⁹ Commission Européenne (1999a).
⁴⁰ Hofheinz (2002).
⁴¹ Tribunal de première instance (2002a).
⁴² Idem.
⁴³ Tribunal de première instance (2002b).
⁴⁴ Idem.
⁴⁵ Tribunal de première instance (2002c).
⁴⁶ Idem.
⁴⁷ Colangelo (2003).
⁴⁸ The Economist (2002).
⁴⁹ Commission européenne (2004).
⁵⁰ Fleming (2003).
⁵¹ Tribunal de première instance (2003).
⁵² Idem.
⁵³ France Presse (2003).
⁵⁴ Geitner (2003).
⁵⁵ Brivio (2004a).
⁵⁶ La Commission européenne (2003).
⁵⁷ Idem.
⁵⁸ Dombey (2004d).
⁵⁹ Idem.
⁶⁰ Dombey (2003).
⁶¹ AFX News (2004).
⁶² Geitner (2004).
⁶³ Meller (2004).
⁶⁴ Dombey (2004a).
⁶⁵ Idem.
⁶⁶ New York Times (2004).
⁶⁷ Gray (2004).
⁶⁸ New York Times (2004).
⁶⁹ Levy (2004).

Bibliography

ABRAHAMS, P. (2001). "Microsoft Rivals Criticise"

Legal Deal”, Financial Times, 2 November.

AFX News (2004). “EU’s Prodi, commissioners back Monti’s stance on Microsoft probe”, 26 February.

BRIVIO, E. (2004a). “Bruxelles dà via libera al codice Monti”, Il Sole 24 Ore, 21 January.

BRIVIO, E. (2004b). “Microsoft verso maximulta Ue”, Il Sole 24 Ore, 27 January.

Business Week (1995). “Sorry, Bill, the Deal is Off”, 27 February, p.39.

COLANGELO, G. (2003). “Ricomincio da tre. Il merger enforcement comunitario dopo Tetra Laval”, Rome, LUISS G. Carli.

Court of First Instance (2002a). Case sentence T-342/99, 6 June.

Court of First Instance (2002b). Case sentence T-310/01, 22 October.

Court of First Instance (2002c). Case sentence T-5/02, 25 October.

Court of First Instance (2003). Case sentence T-208/01, 3 December.

Department of Justice (2001). Press release, “DOJ and Microsoft Corp. Reach Effective Settlement On Antitrust Lawsuit”, 2 November.

DOMBEY, D. (2003). “Microsoft To Attack Antitrust Claims”, Financial Times, 11 November.

DOMBEY, D. (2004a). “Bolkestein Steps In On Microsoft”, Financial Times, 24 February.

DOMBEY, D. (2004b). “Lawyers To Feast On Microsoft Case”, Financial Times, 15 March.

DOMBEY, D. (2004c). “Microsoft Chief In Last-Ditch Talks With Monti”, Financial Times, 17 March.

DOMBEY, D. (2004d). “US Group Wanted To Avoid Setting A Precedent”, Financial Times, 19 March.

DOMBEY, D. (2004e). “EU To Fine Microsoft A Record \$613m”, Financial Times, 23 March.

Economist (2002). “Monti’s double whammy”, 25 October.

European Commission (1999a). Case decision IV/M.1524, 22 September.

European Commission (1999b). Press release IP/99/736, 11 October.

European Commission (2000a). Press release IP/00/141, 10 February.

European Commission (2000b). Press release IP/00/287, 22 March.

European Commission (2000c). Case decision JV.27, 12 July.

European Commission (2000d). Press release IP/00/906, 3 August.

European Commission (2001a). Case decision IV/M.2220, 3 July.

European Commission (2001b). Press release IP/01/1232, 30 August.

European Commission (2003). Press release IP/03/1150, 6 August.

European Commission (2004a). Council regulation 4064/89.

European Commission (2004b). Press release IP/04/365, 18 March.

European Commission (2004c). Press release

IP/04/382, 24 March.

FLEMING, S. (2003). "Last Stand for Mario Monti?", Business Week, 17 November.

France Presse (2003). "EU court strikes down fine against VW over Passat sales", 3 December.

GEITNER, P. (2003). "European court overturns fine against Volkswagen", Associated Press, 3 December.

GEITNER, P. (2004). "EU Rejects Latest Microsoft Offer To Settle", Associated Press, 17 February.

GRAY, B. (2004). "Microsoft Gets the Full Monti", Wall Street Journal, 22 March.

HOFHEINZ, P. (2002). "In a First, EU Court Overturns Commission's Antitrust Decision", Wall Street Journal, June 7

KEHOE, L. (2001). "Clear Win For World's Software Giant", Financial Times, 29 November.

KOPEL, D. (2001). *Antitrust After Microsoft. The Obsolescence of Antitrust in the Digital Era*, Chicago: The Haertland Institute.

LEVY, R. (2004). "A Welfare State For Aggrieved Market Losers", Financial Times, 24 March.

MELLER, P. (2004). "EU rejects Microsoft antitrust settlement offer", IDG News, 17 February

MILLIKEN, D. (2004). "RealNetworks hails EU's Microsoft ruling", Reuters, 24 March.

MITCHENER, B. (2004). "Microsoft Faces EU Fines, Imposition of Sales Rules", Wall Street Journal, 19 March.

Microsoft Corp. (2001a). Press release, 30 August.

Microsoft Corp. (2001b). Press release, 2 November.

Microsoft Corp. (2003). "2003 Annual Report", 17 July.

Microsoft Corp. (2004). Press release, 18 March.

MONTI, M. (2000). "Competition and Information Technologies", Kangaroo Group, 18 September.

New York Times (2004). "Europe Takes on Windows", 20 March.

SCHMIDT, M. (1999). "Lawyers Playing Lawmakers: The Microsoft Antitrust Suit", National Taxpayers Union Foundation

THIERER, A. (1997), "Microsoft's Rivals Turn Left, Head for the Hill", Investor's Business Daily, 12 September.

Wired Magazine (2002). "US v. Microsoft: Timeline", 4 November.