

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### L'affaire Microsoft ou l'interopérabilité, nouvelle valeur du droit de la concurrence ? :

Dusollier, Séverine

*Published in:*

Revue du Droit des Technologies de l'information

*Publication date:*

2008

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Dusollier, S 2008, 'L'affaire Microsoft ou l'interopérabilité, nouvelle valeur du droit de la concurrence ? : note sous T.P.I. (gr.ch.)', 17 septembre 2007', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 31, pp. 191-228.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# JURISPRUDENCE

## T.P.I. (gr. ch.), 17 septembre 2007

Note d'observations de Séverine Dusollier<sup>1</sup>

CONCURRENCE – ABUS DE POSITION DOMINANTE – SYSTÈMES D'EXPLOITATION POUR PC CLIENTS – SYSTÈMES D'EXPLOITATION POUR SERVEURS DE GROUPE DE TRAVAIL – INFRACTIONS À L'ARTICLE 82 CE – REFUS DE L'ENTREPRISE DOMINANTE DE FOURNIR LES INFORMATIONS RELATIVES À L'INTEROPÉRABILITÉ ET D'EN AUTORISER L'USAGE

*Le fait, pour une entreprise détenant une position dominante, de refuser d'octroyer à un tiers une licence pour l'utilisation d'un produit couvert par un droit de propriété intellectuelle ne saurait constituer en lui-même un abus de position dominante au sens de l'article 82 CE. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que l'exercice du droit exclusif par le titulaire du droit de propriété intellectuelle peut donner lieu à un tel abus.*

*Il convient, tout d'abord, d'examiner si les circonstances relevées dans les arrêts Magill et IMS Health, sont présentes également en l'espèce. Ce n'est que s'il devait être constaté que l'une ou plusieurs de ces circonstances font défaut que le Tribunal appréciera, ensuite, les circonstances particulières invoquées par la Commission*

*Il est nécessaire que les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrents de Microsoft soient en mesure d'interopérer avec l'architecture de domaine Windows sur un pied d'égalité avec les systèmes d'exploitation Windows pour serveurs de groupe de travail pour pouvoir être commercialisés de manière viable sur le marché.*

*L'absence d'une pareille interopérabilité avec l'architecture de domaine Windows a pour effet de renforcer la position concurrentielle de Microsoft sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, notamment en ce qu'elle conduit les consommateurs à utiliser son système d'exploitation pour serveurs de groupe de travail de préférence à ceux de ses concurrents alors même que ces derniers systèmes présentent des caractéristiques auxquelles ils attachent une grande importance.*

*La circonstance relative à l'apparition d'un produit nouveau ne saurait constituer l'unique paramètre permettant de déterminer si un refus de donner en licence un droit de propriété intellectuelle est susceptible de porter préjudice aux consommateurs au sens de l'article 82, second alinéa, sous b), CE. Ainsi qu'il ressort du libellé de cette disposition, un tel préjudice peut survenir en présence d'une limitation non seulement de la production ou des débouchés, mais aussi du développement technique.*



*The refusal by an undertaking holding a dominant position to license a third party to use a product covered by an intellectual property right cannot in itself constitute an abuse of a dominant position within the meaning of Article 82 EC. It is only in exceptional circumstances that the exercise of the exclusive right by the owner of the intellectual property right may give rise to such an abuse.*

*It is appropriate, first of all, to decide whether the circumstances identified in Magill and IMS Health are also present in this case. Only if it finds that one or more of those circumstances are absent will the Court proceed to assess the particular circumstances invoked by the Commission*

<sup>1</sup> Chargée de cours aux Facultés Notre-Dame de la Paix de Namur.

## JURISPRUDENCE

*Non-Microsoft work group server operating systems must be capable of interoperating with the Windows domain architecture on an equal footing with Windows work group server operating systems if they were to be marketed viably on the market.*

*The absence of such interoperability with the Windows domain architecture has the effect of reinforcing Microsoft's competitive position on the work group server operating systems market, particularly because it induces consumers to use its work group server operating system in preference to its competitors,' although its competitors' operating systems offer features to which consumers attach great importance.*

*The circumstance relating to the appearance of a new product cannot be the only parameter which determines whether a refusal to license an intellectual property right is capable of causing prejudice to consumers within the meaning of Article 82(b) EC. As that provision states, such prejudice may arise where there is a limitation not only of production or markets, but also of technical development.*

[...]<sup>1</sup>

7. Dans sa plainte, Sun dénonçait le refus que Microsoft lui aurait opposé de lui communiquer les informations et la technologie nécessaires pour permettre l'interopérabilité de ses systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail avec le système d'exploitation Windows pour PC clients.

[...]

20. Le 24 mars 2004, la Commission a adopté la décision 2007/53/CE, relative à une procédure d'application de l'article 82 [CE] et de l'article 54 de l'accord EEE engagée contre Microsoft Corp. (aff. COMP/C.3/37.792, *Microsoft*, J.O. L 32, 2007, p. 23, ci-après la « décision attaquée »).

21. Selon la décision attaquée, Microsoft a violé l'article 82 CE et l'article 54 de l'accord sur l'Espace économique européen (E.E.E.) du fait de deux abus de position dominante.

[...]

### III. ABUS DE POSITION DOMINANTE

#### A. Refus de fournir les informations relatives à l'interopérabilité et d'en autoriser l'usage

36. Le premier comportement abusif reproché à Microsoft est constitué par le refus que cette

dernière aurait opposé à ses concurrents de fournir les « informations relatives à l'interopérabilité » et d'en autoriser l'usage pour le développement et la distribution de produits concurrents aux siens sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, pour la période comprise entre le mois d'octobre 1998 et la date de notification de la décision attaquée [article 2, sous a), de la décision attaquée]. Ce comportement est décrit aux considérants 546 à 791.

37. Au sens de la décision attaquée, les « informations relatives à l'interopérabilité » sont les « spécifications exhaustives et correctes de tous les protocoles [mis en œuvre] dans les systèmes d'exploitation Windows pour serveurs de groupe de travail et qui sont utilisés par les serveurs de groupe de travail Windows pour fournir aux réseaux Windows pour groupe de travail des services de partage des fichiers et d'imprimantes, et de gestion des utilisateurs et des groupes [d'utilisateurs], y compris les services de contrôleur de domaine Windows, le service d'annuaire Active Directory et le service "Group Policy" » (article 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, de la décision attaquée).

[...]

40. Dans la décision attaquée, la Commission souligne que le refus en question ne porte pas sur des éléments de « code source » de Microsoft, mais uniquement sur des spécifications des protocoles concernés, c'est-à-dire une description détaillée

<sup>1</sup> En raison de la longueur de la décision, seuls des extraits sont reproduits ici. La décision est consultable dans son entièreté sur <http://www.curia.eu>.

de ce qui est attendu du logiciel en cause, par opposition aux implémentations (également appelées aux fins du présent arrêt « réalisations » ou « mises en œuvre »), constituées par l'exécution du code sur l'ordinateur (considérants 24 et 569). Elle précise notamment qu'elle « n' envisage pas d'ordonner à Microsoft de permettre à des tiers de copier Windows » (considérant 572).

41. Par ailleurs, la Commission considère que le refus opposé à Sun par Microsoft s'inscrit dans une ligne de conduite générale (considérants 573 à 577). Elle affirme également que le comportement reproché à Microsoft implique une rupture par rapport à des niveaux de fourniture antérieurs plus élevés (considérants 578 à 584), provoque un risque d'élimination de la concurrence sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail (considérants 585 à 692) et a un effet négatif sur le développement technique (considérants 693 à 708).
42. Enfin, la Commission rejette les arguments de Microsoft selon lesquels son refus est objectivement justifié (considérants 709 à 778).

[...]

### **B. Sur la problématique du refus de fournir les informations relatives à l'interopérabilité et d'en autoriser l'usage**

151. Microsoft, par ses différents arguments exposés aux points 118 à 135 ci-dessus, soulève deux questions principales, à savoir, d'une part, le degré d'interopérabilité retenu par la Commission en l'espèce et, d'autre part, la portée de la mesure corrective prévue par l'article 5 de la décision attaquée.
  152. Il doit être observé que ces deux questions sont intrinsèquement liées, en ce sens que, ainsi qu'il ressort notamment du considérant 998 de la décision attaquée, cette mesure corrective vise à imposer à Microsoft de divulguer ce que la Commission lui reproche d'avoir abusivement refusé de divulguer, et ce tant à Sun qu'à ses autres concurrents. La portée de ladite mesure corrective doit, par conséquent, être déterminée à la lumière du comportement abusif retenu à l'encontre de Microsoft, celui-ci étant notamment fonction du degré d'interopérabilité envisagé par la Commission dans la décision attaquée.
  153. Pour pouvoir se prononcer sur ces questions, il convient de rappeler, au préalable, une série de constatations factuelles et techniques contenues dans la décision attaquée. En effet, c'est après avoir examiné, notamment, la manière dont sont organisés les réseaux Windows pour groupe de travail ainsi que les liens qui unissent les différents systèmes d'exploitation au sein de ceux-ci que la Commission a apprécié le degré d'interopérabilité requis en l'espèce et a conclu au caractère indispensable des informations relatives à l'interopérabilité. Il y a également lieu de préciser, au préalable, la nature des informations visées par la décision attaquée.
- [...]
186. Il ressort de l'ensemble des éléments qui précèdent – éléments que Microsoft ne conteste pas en substance et dont l'exactitude a été largement confirmée par les présentations techniques faites lors de l'audience – que, ainsi que la Commission le relève à bon droit au considérant 182 de la décision attaquée, les réseaux Windows pour groupe de travail s'appuient sur une architecture d'interconnexions et d'interactions tant client-à-serveur que serveur-à-serveur et que cette architecture – que la Commission qualifie d'« architecture de domaine Windows » – permet d'assurer un « accès transparent » aux principaux services fournis par les serveurs de groupe de travail.
  187. Ces différents éléments démontrent également que, ainsi qu'il est constaté à plusieurs reprises dans la décision attaquée (voy., notamment, considérants 279 et 689), lesdites interconnexions et interactions sont étroitement liées entre elles.
  188. En d'autres termes, le bon fonctionnement des réseaux Windows pour groupe de travail repose tant sur des protocoles de communication client-à-serveur – lesquels sont, par nature, implémentés à la fois dans les systèmes d'exploitation Windows pour PC clients et dans les systèmes d'exploitation Windows pour serveurs de groupe de travail – que sur des protocoles de communication serveur-à-

## JURISPRUDENCE

serveur. Ainsi que la Commission l'a expliqué lors de l'audience, pour de nombreuses tâches, les protocoles de communication serveur-à-serveur apparaissent, en fait, comme des « extensions » des protocoles de communication client-à-serveur. Dans certains cas, un serveur agit, vis-à-vis d'un autre serveur, comme un PC client (voy. point 184 ci-dessus). De même, il doit être relevé que, s'il est vrai que certains protocoles de communication ne sont implémentés que dans les systèmes d'exploitation Windows pour serveurs de groupe de travail, il n'en reste pas moins, toutefois, qu'ils sont liés d'un point de vue fonctionnel aux PC clients. La Commission fait référence, à cet égard, sans être contredite par Microsoft, aux protocoles relatifs au catalogue global ainsi qu'aux protocoles de synchronisation et de réplication entre contrôleurs de domaine.

189. Il doit donc être considéré que c'est très justement que la Commission conclut que « l'aptitude commune à faire partie de [l'architecture de domaine Windows] est un élément de compatibilité entre les PC clients fonctionnant sous Windows et les serveurs de groupe de travail fonctionnant sous Windows » (considérant 182 de la décision attaquée).

[...]

206. Il s'ensuit que les informations visées par la décision attaquée constituent une description technique détaillée de certaines règles d'interconnexion et d'interaction applicables au sein des réseaux Windows pour groupe de travail pour la fourniture de services de groupe de travail. Cette description ne s'étend pas à la manière dont Microsoft met en œuvre lesdites règles, à savoir, notamment, à la structure interne ou au code source de ses produits.

– ***Sur le degré d'interopérabilité retenu par la Commission dans la décision attaquée***

[...]

222. En premier lieu, le Tribunal constate qu'il ressort des considérations qui précèdent que Microsoft et la Commission s'opposent sur le point de savoir si la notion d'interopérabilité retenue par la déci-

sion attaquée est conforme ou non à celle prévue par la directive 91/250.

223. Il convient de relever, à ce propos, que, aux considérants 749 à 763 de la décision attaquée, la Commission expose de façon circonstanciée les motifs pour lesquels, selon elle, l'interprétation unidirectionnelle que Microsoft donne de la notion d'interopérabilité est inexacte.

224. Il doit être relevé, tout d'abord, que, dans ses écritures, Microsoft n'invoque aucun argument de nature à remettre en cause l'appréciation de la Commission à cet égard. Elle se contente d'affirmer, en renvoyant à certains passages de ses réponses aux deuxième et troisième communications des griefs, que la « décision attaquée adopte une notion d'interopérabilité qui est totalement différente de celle prévue par la directive [91/250] » (point 95 de la requête).

225. Force est de constater, ensuite, que la notion d'interopérabilité retenue dans la décision attaquée – qui consiste à considérer l'interopérabilité entre deux produits logiciels comme étant la capacité, pour ceux-ci, d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement ces informations, et ce afin de permettre à chacun desdits produits logiciels de fonctionner de toutes les manières prévues – est conforme à celle visée par la directive 91/250.

226. Ainsi, comme la Commission l'explique aux considérants 752 à 754, 759 et 760 de la décision attaquée, le dixième considérant de la directive 91/250 – que ce soit dans sa version anglaise ou dans sa version française – ne se prête pas à l'interprétation unidirectionnelle prônée par Microsoft. Bien au contraire, ainsi que le souligne à très juste titre la Commission au considérant 758 de la décision attaquée, ledit considérant traduit clairement que, par nature, l'interopérabilité implique une relation bidirectionnelle lorsqu'il indique qu'« un programme d'ordinateur est appelé à communiquer et à opérer avec d'autres éléments d'un système informatique ». Dans le même sens, il convient de relever que le douzième considérant de la directive 91/250 définit l'interopérabilité comme étant la « capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées ».

227. En tout état de cause, il importe de rappeler que ce qui est en cause dans la présente affaire, c'est une décision d'application de l'article 82 CE, à savoir une disposition d'un rang supérieur à celui de la directive 91/250. La question qui se pose en l'espèce n'est pas tant de savoir si la notion d'interopérabilité retenue dans la décision attaquée est conforme à celle prévue par cette directive que de savoir si la Commission a correctement déterminé le degré d'interopérabilité qui devait pouvoir être atteint eu égard aux objectifs de l'article 82 CE.
228. En second lieu, le Tribunal rappelle que la Commission a apprécié le degré d'interopérabilité en fonction de ce qui, selon elle, était nécessaire pour permettre aux concepteurs de systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrents de Microsoft de rester de manière viable sur le marché (voy., notamment, note en bas de page n° 712 et considérant 779 de la décision attaquée).
229. Le bien-fondé de cette approche ne saurait être contesté. L'article 82 CE vise, en effet, le comportement d'un ou de plusieurs opérateurs économiques, consistant à exploiter de façon abusive une situation de puissance économique qui permet à l'opérateur concerné de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui donnant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs (arrêt de la Cour du 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports e.a. c. Commission*, C-395/96 P et C-396/96 P, *Rec.*, p. I-1365, point 34). Il doit être rappelé également que, si la constatation de l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée, il incombe à celle-ci néanmoins, indépendamment des causes d'une telle position, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun (arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, *Michelin c. Commission*, 322/81, *Rec.*, p. 3461, point 57, et arrêt du Tribunal du 7 octobre 1999, *Irish Sugar c. Commission*, T-228/97, *Rec.*, p. II-2969, point 112). Or, s'il est établi en l'espèce que le degré d'interopérabilité existant ne permet pas aux concepteurs

de systèmes d'exploitation pour serveurs concurrents de Microsoft de rester présents de manière viable sur le marché de ces systèmes d'exploitation, il s'ensuit qu'il est porté atteinte au maintien d'une concurrence effective sur celui-ci.

230. Il ressort de la décision attaquée que, adoptant cette approche et se fondant sur une analyse factuelle et technique des produits et des technologies concernés ainsi que de la manière dont l'interopérabilité est réalisée dans les réseaux Windows pour groupe de travail, la Commission a considéré que, pour pouvoir concurrencer de manière viable les systèmes d'exploitation Windows pour serveurs de groupe de travail, les systèmes d'exploitation concurrents devaient être en mesure d'interopérer avec l'architecture de domaine Windows sur un pied d'égalité avec les systèmes d'exploitation Windows pour serveurs de groupe de travail (voy., en ce sens, notamment, considérants 182 et 282 de la décision attaquée).
231. L'interopérabilité ainsi retenue par la Commission a deux composantes indissociables, à savoir, d'une part, l'interopérabilité client-à-serveur et, d'autre part, l'interopérabilité serveur-à-serveur (considérants 177 à 182 et 689 de la décision attaquée).

[...]

234. Le Tribunal considère que, contrairement à ce que prétend Microsoft, il ne saurait être déduit du degré d'interopérabilité ainsi retenu par la Commission que celle-ci vise, en réalité, à ce que les systèmes d'exploitation pour serveurs concurrents fonctionnent à tous égards comme un système d'exploitation Windows pour serveurs et, partant, à ce que les concurrents de Microsoft soient en mesure de cloner ou de reproduire ses produits ou certaines caractéristiques de ceux-ci.

[...]

### **C. Sur l'allégation selon laquelle les protocoles de communication de Microsoft sont protégés par des droits de propriété intellectuelle**

283. Bien que les parties aient longuement débattu, tant dans leurs écritures que lors de l'audience, de la question des droits de propriété intellectuelle qui couvriraient les protocoles de communica-

## JURISPRUDENCE

tion de Microsoft ou les spécifications de ceux-ci, le Tribunal considère qu'il n'est pas nécessaire de statuer sur cette question pour résoudre la présente affaire.

284. En effet, les arguments que Microsoft tire des prétendus droits de propriété intellectuelle ne sauraient en tant que tels affecter la légalité de la décision attaquée. Sans prendre position sur le bien-fondé de ces arguments, la Commission a adopté cette décision en présumant que Microsoft pouvait faire valoir de tels droits en l'espèce. En d'autres termes, elle est partie de la prémisse selon laquelle il était possible que le comportement en cause dans la présente affaire, s'agissant de la première problématique, ne soit pas un simple refus de fournir un produit ou un service indispensable à l'exercice d'une activité déterminée, mais soit un refus de consentir à un tiers une licence portant sur des droits de propriété intellectuelle, choisissant ainsi la solution jurisprudentielle la plus stricte et, partant, la plus favorable à Microsoft (voy. points 312 à 336 ci-après). La Commission n'a donc ni constaté ni exclu que, d'une part, le comportement reproché à Microsoft était un refus d'octroyer une licence et, d'autre part, que la mesure corrective prévue par l'article 5 de la décision attaquée comportait un octroi obligatoire de licences.

[...]

### D. Sur l'argumentation proprement dite invoquée à l'appui de la première branche du moyen

#### a. Sur les circonstances au regard desquelles le comportement reproché doit être analysé

314. Si Microsoft et la Commission s'accordent ainsi à considérer que le refus en cause peut être apprécié au regard de l'article 82 CE en présumant qu'il constitue un refus d'accorder une licence portant sur des droits de propriété intellectuelle, elles s'opposent, en revanche, sur les critères jurisprudentiels applicables dans une telle hypothèse.

315. Ainsi, Microsoft invoque, à titre principal, ceux énoncés dans les arrêts *Magill* et *IMS Health*, point 107 *supra*, et, à titre subsidiaire, ceux posés par l'arrêt *Bronner*, point 112 *supra*.

La Commission, pour sa part, estime qu'une application « automatique » des critères de l'arrêt *IMS Health*, point 107 *supra*, serait « problématique » en l'espèce. Elle soutient que, pour déterminer si un tel refus a un caractère abusif, il lui appartient de prendre en considération l'ensemble des circonstances particulières qui entourent ledit refus, ces circonstances ne devant pas nécessairement être les mêmes que celles identifiées dans les arrêts *Magill* et *IMS Health*, point 107 *supra*. C'est ainsi qu'elle précise, au considérant 558 de la décision attaquée, que « [l]a jurisprudence de la Cour donne [...] à penser que la Commission doit analyser la totalité des circonstances entourant un exemple donné de refus de fourniture et arrêter sa décision à la lumière des résultats de cet examen complet ».

[...]

331. Il ressort de la jurisprudence rappelée ci-dessus que le fait, pour une entreprise détenant une position dominante, de refuser d'octroyer à un tiers une licence pour l'utilisation d'un produit couvert par un droit de propriété intellectuelle ne saurait constituer en lui-même un abus de position dominante au sens de l'article 82 CE. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que l'exercice du droit exclusif par le titulaire du droit de propriété intellectuelle peut donner lieu à un tel abus.

332. Il ressort également de cette jurisprudence que doivent notamment être considérées comme exceptionnelles les circonstances suivantes :

- en premier lieu, le refus porte sur un produit ou un service indispensable pour l'exercice d'une activité donnée sur un marché voisin ;

- en deuxième lieu, le refus est de nature à exclure toute concurrence effective sur ce marché voisin ;

- en troisième lieu, le refus fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs.

333. Dès qu'il est établi que de telles circonstances sont présentes, le refus de la part du titulaire en position dominante d'octroyer une licence est susceptible de violer l'article 82 CE à moins qu'il ne soit objectivement justifié.

334. Il convient d'observer que la circonstance que le refus fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs ne figure que dans la jurisprudence relative à l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle.
335. Enfin, il y a lieu d'ajouter que, pour qu'un refus de donner accès à un produit ou à un service indispensable pour l'exercice d'une activité donnée puisse être considéré comme abusif, il faut distinguer deux marchés, à savoir, d'une part, un marché constitué par ledit produit ou ledit service et sur lequel l'entreprise qui oppose le refus détient une position dominante et, d'autre part, un marché voisin sur lequel le produit ou le service en cause est utilisé pour la production d'un autre produit ou la fourniture d'un autre service. Il convient de préciser que le fait que le produit ou le service indispensable ne soit pas commercialisé de manière séparée n'exclut pas d'emblée la possibilité d'identifier un marché distinct (voy., en ce sens, arrêt *IMS Health*, point 107 *supra*, point 43). Ainsi, la Cour a exposé, au point 44 de l'arrêt *IMS Health*, point 107 *supra*, qu'il suffisait qu'un marché potentiel, voire hypothétique, puisse être identifié et que tel était le cas dès lors que des produits ou des services étaient indispensables pour exercer une activité donnée et qu'il existait, pour ceux-ci, une demande effective de la part d'entreprises qui entendaient exercer cette activité. La Cour a conclu, au point suivant de son arrêt, qu'il était déterminant que puissent être identifiés deux stades de production différents, liés en ce que le produit en amont est un élément indispensable pour la fourniture du produit en aval.
336. Eu égard aux éléments qui précèdent, le Tribunal considère qu'il convient, tout d'abord, d'examiner si les circonstances relevées dans les arrêts *Magill* et *IMS Health*, point 107 *supra*, telles que rappelées aux points 332 et 333 ci-dessus, sont présentes également en l'espèce. Ce n'est que s'il devait être constaté que l'une ou plusieurs de ces circonstances font défaut que le Tribunal appréciera, ensuite, les circonstances particulières invoquées par la Commission (voy. point 317 ci-dessus).
- b. Sur le caractère indispensable des informations relatives à l'interopérabilité**
369. Ainsi qu'il a déjà été indiqué au point 207 ci-dessus, la Commission a adopté un raisonnement en deux temps pour déterminer si les informations en cause étaient indispensables, en ce sens que, tout d'abord, elle a examiné quel était le degré d'interopérabilité avec l'architecture de domaine Windows que les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail fournis par les concurrents de Microsoft devaient atteindre pour que ces derniers puissent rester de manière viable sur le marché et que, ensuite, elle a apprécié si les informations relatives à l'interopérabilité que Microsoft refusait de divulguer étaient indispensables pour atteindre ce degré d'interopérabilité.
- [...]
372. Microsoft critique, tout d'abord, le degré d'interopérabilité retenu par la Commission en l'espèce, estimant, en substance, que la position de cette dernière revient à exiger que les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail de ses concurrents soient en mesure de communiquer avec les systèmes d'exploitation Windows pour PC clients et pour serveurs exactement de la même manière que les systèmes d'exploitation Windows pour serveurs le font. Elle répète que ce degré d'interopérabilité implique une quasi-identité entre ces derniers systèmes et ceux de ses concurrents.
373. Ces allégations doivent être écartées.
374. À cet égard, le Tribunal rappelle qu'il a déjà exposé, aux points 207 à 245 ci-dessus, quel était le degré d'interopérabilité que la Commission avait retenu dans la décision attaquée. Il a notamment relevé que celle-ci avait considéré que, pour pouvoir concurrencer de manière viable les systèmes d'exploitation Windows pour serveurs de groupe de travail, les systèmes d'exploitation concurrents devaient être en mesure d'interopérer avec l'architecture de domaine Windows sur un pied d'égalité avec ces systèmes Windows (voy. point 230 ci-dessus). Il a précisé que l'interopérabilité, telle qu'elle était ainsi conçue par la Commission, avait deux composantes indissociables, à savoir l'inte-

## JURISPRUDENCE

- interopérabilité « client à serveur » et l'interopérabilité « serveur à serveur », et qu'elle impliquait notamment qu'un serveur sur lequel est installé un système d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrent de Microsoft puisse agir en tant que contrôleur de domaine au sein d'un domaine Windows utilisant l'Active Directory et, par conséquent, soit en mesure de participer au mécanisme de la réplication multimaitre avec les autres contrôleurs de domaine (voy. points 231 et 233 ci-dessus).
375. Le Tribunal a déjà constaté également que, contrairement à ce que fait valoir Microsoft, la Commission, en retenant un tel degré d'interopérabilité, ne visait nullement à ce que les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrents fonctionnent à tous égards comme un système d'exploitation Windows pour serveurs de groupe de travail et, partant, à ce que ses concurrents puissent développer des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail qui soient identiques, voire même « quasi identiques », aux siens (voy. points 234 à 242 ci-dessus).
376. Ensuite, Microsoft critique le fait que la Commission a apprécié le degré d'interopérabilité requis en fonction de ce qui, selon elle, était nécessaire pour permettre aux concepteurs de systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrents de rester de manière viable sur le marché.
377. Il suffit de constater, à ce propos, que le Tribunal a déjà confirmé, au point 229 ci-dessus, le bien-fondé de l'approche ainsi adoptée par la Commission.
378. Enfin, Microsoft fait valoir qu'il n'est pas nécessaire que les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail de ses concurrents atteignent le degré d'interopérabilité retenu par la Commission pour que ces derniers puissent rester de manière viable sur le marché.
379. Il importe de souligner que l'analyse faite par la Commission dans la décision attaquée au sujet de cette question repose sur des appréciations économiques complexes et qu'elle ne saurait, dès lors, faire l'objet que d'un contrôle restreint de la part du Tribunal (voy. point 87 ci-dessus).
380. Or, ainsi qu'il résulte des considérations exposées ci-après, Microsoft ne démontre pas que ladite analyse est manifestement erronée.
381. À cet égard, en premier lieu, il convient de relever que Microsoft n'établit pas que la constatation de la Commission selon laquelle « l'interopérabilité avec le système d'exploitation pour PC clients revêt une importance concurrentielle significative sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail » (considérant 586 de la décision attaquée) est manifestement erronée.
382. Bien au contraire, plusieurs éléments confirment le bien-fondé de cette constatation.
383. Ainsi, comme il ressort notamment des explications techniques sur les produits en cause contenues aux considérants 21 à 59 de la décision attaquée ainsi que de celles données par les experts des parties lors de l'audience, il doit être gardé à l'esprit que, par nature, les programmes d'ordinateur ne fonctionnent pas de manière isolée, mais sont conçus pour communiquer et fonctionner avec d'autres programmes d'ordinateur et du matériel, en particulier dans les environnements de réseau (voy., aussi, au point 157 ci-dessus, le dixième considérant de la directive 91/250).
384. Il convient également de relever que, au sein des réseaux informatiques mis en place dans les organisations, la nécessité de pouvoir fonctionner ensemble est particulièrement forte en ce qui concerne les systèmes d'exploitation pour PC clients, d'une part, et les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, d'autre part. En effet, comme le souligne la Commission au considérant 383 de la décision attaquée et comme il a déjà été constaté au point 161 ci-dessus, les services de partage de fichiers et d'imprimantes ainsi que de gestion des utilisateurs et des groupes d'utilisateurs sont intimement liés à l'utilisation des PC clients et sont fournis aux utilisateurs de PC clients comme un ensemble de tâches reliées entre elles. Comme les experts des parties l'ont expliqué lors de l'audience, au sein des réseaux

- informatiques, les relations entre les serveurs de groupe de travail, d'une part, et les PC clients, d'autre part, sont « stimulées » ou « provoquées » par des actions ou des requêtes émanant des utilisateurs de PC clients, telles que, notamment, l'introduction d'un nom et d'un mot de passe, la création d'un dossier ou la demande d'impression d'un document. Dans le même sens, c'est à juste titre que la Commission constate, au considérant 532 de la décision attaquée, que « [l]es PC clients et les serveurs de groupe de travail constituent des nœuds dans un réseau informatique et [...] sont donc physiquement reliés entre eux ». Enfin, il doit être rappelé que l'une des fonctions essentielles des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail est précisément la gestion des PC clients.
385. Il convient d'ajouter que, ainsi qu'il est indiqué aux considérants 383 à 386 de la décision attaquée, certains résultats des sondages réalisés par Mercer confirment l'importance de l'interopérabilité des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail avec les systèmes d'exploitation pour PC clients. Outre les résultats des deuxième et troisième sondages de Mercer, qui concernent plus spécifiquement l'interopérabilité avec les PC clients fonctionnant sous un système d'exploitation Windows et qui seront examinés aux points 401 à 412 ci-après, il y a lieu de relever qu'il ressort du premier sondage réalisé par Mercer que la facilité avec laquelle un produit peut s'intégrer dans un environnement informatique existant ou prévu pour l'avenir est l'un des principaux facteurs dont les responsables en informatique tiennent compte lorsqu'ils prennent des décisions en matière d'acquisition de produits informatiques. Il convient également d'observer qu'il résulte d'une comparaison de certains résultats de ce dernier sondage avec certains résultats du troisième sondage de Mercer que l'importance de l'interopérabilité avec les systèmes d'exploitation pour PC clients est plus marquée dans le cas des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail que dans le cas des autres types de produits pour serveurs (considérant 386 de la décision attaquée).
386. En deuxième lieu, le Tribunal considère que l'interopérabilité des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail avec les systèmes d'exploitation pour PC clients est d'autant plus importante lorsque ces derniers sont des systèmes Windows.
387. Il convient de relever, en effet, que la position dominante que Microsoft occupe sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients présente, ainsi que la Commission l'indique aux considérants 429 et 472 de la décision attaquée, des « caractéristiques extraordinaires » en ce sens, notamment, que les parts de marché qu'elle détient sur ce marché sont supérieures à 90 % (considérants 430 à 435 de la décision attaquée) et que Windows représente la « norme de fait » pour ces systèmes d'exploitation.
388. Le système d'exploitation Windows étant ainsi présent sur la quasi-totalité des PC clients installés au sein des organisations, les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrents ne sauraient continuer à être commercialisés de manière viable s'ils ne sont pas en mesure d'atteindre un degré élevé d'interopérabilité avec lui.
389. En troisième lieu, le Tribunal relève que, selon la décision attaquée, il importe que les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrents de Microsoft puissent interopérer non seulement avec les systèmes d'exploitation Windows pour PC clients, mais également plus largement avec l'architecture de domaine Windows.
390. Plus particulièrement, la Commission estime que, pour pouvoir être commercialisés de manière viable, les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrents doivent être en mesure de participer à l'architecture de domaine Windows – laquelle constitue une « architecture » d'interconnexions et d'interactions tant client-à-serveur que serveur-à-serveur, intimement liées entre elles (voy. points 179 à 189 ci-dessus) – sur un pied d'égalité avec les systèmes d'exploitation Windows pour serveurs de groupe de travail. Cela implique notamment qu'un serveur sur lequel est installé un système d'exploitation pour serveurs de

## JURISPRUDENCE

groupe de travail concurrent de Microsoft puisse agir en tant que contrôleur de domaine au sein d'un domaine Windows utilisant l'Active Directory et, par conséquent, soit en mesure de prendre part au mécanisme de la réplication multimaitre avec les autres contrôleurs de domaine.

[...]

421. Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que Microsoft n'a pas établi que la Commission avait commis une erreur manifeste en estimant qu'il était nécessaire que les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrents de Microsoft soient en mesure d'interopérer avec l'architecture de domaine Windows sur un pied d'égalité avec les systèmes d'exploitation Windows pour serveurs de groupe de travail pour pouvoir être commercialisés de manière viable sur le marché.

422. Il doit également être conclu de ces considérations que l'absence d'une pareille interopérabilité avec l'architecture de domaine Windows a pour effet de renforcer la position concurrentielle de Microsoft sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, notamment en ce qu'elle conduit les consommateurs à utiliser son système d'exploitation pour serveurs de groupe de travail de préférence à ceux de ses concurrents alors même que ces derniers systèmes présentent des caractéristiques auxquelles ils attachent une grande importance.

[...]

### c. Sur l'élimination de la concurrence

#### – Sur le critère applicable

560. Dans la décision attaquée, la Commission a examiné si le refus en cause «risqu[ait]» d'éliminer la concurrence sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail (considérants 585, 589, 610, 622, 626, 631, 636, 653, 691, 692, 712, 725, 781, 992 et 1070). Microsoft considère que ce critère n'est pas suffisamment strict, la jurisprudence relative à l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle exigeant de la Commission qu'elle démontre que le refus d'octroyer une licence à un tiers est «de nature

à éliminer toute concurrence» ou, en d'autres termes, qu'il existe une «grande probabilité» que ledit refus conduise à un tel résultat.

561. Le Tribunal considère que le grief formulé par Microsoft est d'ordre purement terminologique et est dénué de toute pertinence. Les expressions «risque d'élimination de la concurrence» et «de nature à éliminer toute concurrence» sont, en effet, indistinctement utilisées par le juge communautaire en vue de refléter la même idée, à savoir celle selon laquelle l'article 82 CE ne s'applique pas uniquement à partir du moment où il n'existe plus, ou presque plus, de concurrence sur le marché. Si la Commission devait être obligée d'attendre que les concurrents soient éliminés du marché, ou qu'une telle élimination soit suffisamment imminente, avant de pouvoir intervenir en vertu de cette disposition, cela irait manifestement à l'encontre de l'objectif de celle-ci qui est de préserver une concurrence non faussée dans le marché commun et, notamment, de protéger la concurrence encore existante sur le marché en cause.

562. En l'espèce, la Commission était d'autant plus fondée à faire application de l'article 82 CE avant que l'élimination de la concurrence sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail se soit pleinement matérialisée que ce marché se caractérise par d'importants effets de réseau et qu'une telle élimination serait donc difficilement réversible (voy. considérants 515 à 522 et 533 de la décision attaquée).

[...]

### d. Sur le produit nouveau

643. Il convient de souligner que la circonstance selon laquelle le comportement reproché empêche l'apparition d'un produit nouveau sur le marché est à prendre en considération dans le contexte de l'article 82, second alinéa, sous b), CE, lequel interdit les pratiques abusives consistant à «limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs».

644. C'est ainsi que, au point 54 de l'arrêt *Magill*, point 107 *supra*, la Cour a jugé que le refus des

sociétés de télédiffusion concernées, en ce qu'il faisait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau que ces dernières n'offraient pas et pour lequel il existait une demande potentielle de la part des consommateurs, devait être qualifié d'abusif au sens de cette disposition.

645. Il ressort de la décision qui faisait l'objet de l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt que la Commission avait, plus précisément, considéré que, par leur refus, ces sociétés de télédiffusion limitaient la production ou les débouchés au préjudice des consommateurs (voir point 23, premier alinéa, de la décision 89/205/CEE de la Commission, du 21 décembre 1988, relative à une procédure au titre de l'article [82 CE] (IV/31.851, *Magill TV Guide c. ITP, BBC et RTE*, J.O. L 78, 1989, p. 43). Elle avait, en effet, constaté que ledit refus empêchait les éditeurs de produire et de publier un guide général hebdomadaire de télévision pour les consommateurs en Irlande et en Irlande du Nord, un type de guide qui, à l'époque, n'était pas disponible sur ce marché géographique. Si les sociétés de télédiffusion concernées publiaient chacune un guide hebdomadaire de télévision, celui-ci était toutefois exclusivement consacré à leurs propres programmes. La Commission, pour retenir un abus de position dominante commis par ces sociétés de télédiffusion, avait insisté sur le préjudice que l'absence d'un guide général hebdomadaire de télévision sur le marché en Irlande et en Irlande du Nord causait aux consommateurs, lesquels, s'ils souhaitaient s'informer des offres de programmes pour la semaine à venir, n'avaient d'autre possibilité que d'acheter les guides hebdomadaires de chaque chaîne et d'en retirer eux-mêmes les données utiles pour faire des comparaisons.
646. Dans l'arrêt *IMS Health*, point 107 *supra*, la Cour, lorsqu'elle a apprécié la circonstance relative à l'apparition d'un produit nouveau, a également placé celle-ci dans le contexte de l'atteinte portée aux intérêts des consommateurs. Ainsi, au point 48 de cet arrêt, elle a souligné, en renvoyant au point 62 des conclusions de l'avocat général M. Tizzano sous ce même arrêt (*Rec.*, p. I-5042), que cette circonstance répondait à la considération selon laquelle, dans la mise en balance de l'intérêt relatif à la protection du droit de propriété intellectuelle et à la liberté d'initiative économique du titulaire de celui-ci, d'une part, avec l'intérêt relatif à la protection de la libre concurrence, d'autre part, ce dernier ne saurait l'emporter que dans le cas où le refus d'octroyer une licence fait obstacle au développement du marché dérivé au préjudice des consommateurs.
647. Il y a lieu de relever que la circonstance relative à l'apparition d'un produit nouveau, telle qu'elle est ainsi envisagée dans les arrêts *Magill* et *IMS Health*, point 107 *supra*, ne saurait constituer l'unique paramètre permettant de déterminer si un refus de donner en licence un droit de propriété intellectuelle est susceptible de porter préjudice aux consommateurs au sens de l'article 82, second alinéa, sous b), CE. Ainsi qu'il ressort du libellé de cette disposition, un tel préjudice peut survenir en présence d'une limitation non seulement de la production ou des débouchés, mais aussi du développement technique.
648. C'est sur cette dernière hypothèse que la Commission s'est prononcée dans la décision attaquée. Ainsi, elle a estimé que le refus reproché à Microsoft limitait le développement technique au préjudice des consommateurs au sens de l'article 82, second alinéa, sous b), CE (considérents 693 à 701 et 782 de la décision attaquée) et a rejeté l'allégation de cette dernière selon laquelle il n'était pas démontré que ledit refus causait un préjudice aux consommateurs (considérents 702 à 708 de la décision attaquée).
649. Le Tribunal considère que les constatations de la Commission figurant aux considérants mentionnés au point précédent ne sont pas manifestement erronées.
650. Ainsi, en premier lieu, c'est à juste titre que la Commission a relevé, au considérant 694 de la décision attaquée, que, «[e]n raison du manque d'interopérabilité que les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrents sont en mesure de réaliser avec l'architecture de domaine Windows, un nombre croissant de consommateurs sont enfermés dans une solution homogène Windows en ce qui concerne les

## JURISPRUDENCE

systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail ».

651. Il convient de rappeler, à cet égard, qu'il a déjà été exposé aux points 371 à 422 ci-dessus que le refus reproché à Microsoft empêchait ses concurrents de développer des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail qui soient en mesure d'atteindre un degré d'interopérabilité suffisant avec l'architecture de domaine Windows, ce qui avait pour conséquence d'orienter les décisions des consommateurs en matière d'acquisition de systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail vers les produits de Microsoft. Il a déjà également été relevé, aux points 606 à 611 ci-dessus, qu'il ressortait de plusieurs éléments du dossier que les technologies de la gamme Windows 2000, en particulier l'Active Directory, étaient adoptées de façon croissante par les organisations. Les problèmes d'interopérabilité se posant de manière plus aiguë avec les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail relevant de cette gamme de produits qu'avec ceux de la génération précédente (voy. points 571 à 574 ci-dessus et considérants 578 à 584, 588 et 613 de la décision attaquée), l'adoption croissante desdits systèmes ne fait que renforcer l'effet d'« enfermement » évoqué au point précédent.
652. La limitation qui est ainsi apportée au choix des consommateurs est d'autant plus dommageable pour ces derniers que, ainsi qu'il a déjà été relevé aux points 407 à 412 ci-dessus, ils considèrent les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrents comme étant supérieurs aux systèmes d'exploitation Windows pour serveurs de groupe de travail en ce qui concerne une série de caractéristiques auxquelles ils attachent une grande importance, telles que la « fiabilité/disponibilité du système » et la « sécurité intégrée dans le système d'exploitation pour serveurs ».
653. En deuxième lieu, c'est à bon droit que la Commission a considéré que l'avantage artificiel en termes d'interopérabilité que Microsoft se réservait par son refus décourageait ses concurrents de développer et de mettre sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail présentant des caractéristiques innovantes, et ce

au préjudice, notamment, des consommateurs (voy., en ce sens, considérant 694 de la décision attaquée). Ce refus a, en effet, pour conséquence de désavantager ces concurrents par rapport à Microsoft en ce qui concerne les mérites de leurs produits, notamment au regard de paramètres tels que la sécurité, la fiabilité, la facilité d'utilisation ou la rapidité d'exécution des tâches (considérant 699 de la décision attaquée).

[...]

664. Enfin, il importe de rappeler qu'il est de jurisprudence constante que l'article 82 CE vise non seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice direct aux consommateurs, mais également celles qui leur causent un préjudice indirect en portant atteinte à une structure de concurrence effective (arrêt de la Cour du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c. Commission*, 85/76, Rec., p. 461, point 125, et arrêt *Irish Sugar c. Commission*, point 229 *supra*, point 232). Or, en l'occurrence, Microsoft a porté atteinte à la structure de concurrence effective sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail en y acquérant une part de marché importante.
665. Il convient de conclure de l'ensemble des considérations qui précèdent que la conclusion de la Commission selon laquelle le refus reproché à Microsoft limite le développement technique au préjudice des consommateurs au sens de l'article 82, second alinéa, sous b), CE n'est pas manifestement erronée. Il doit, dès lors, être considéré que la circonstance relative à l'apparition d'un produit nouveau est présente en l'espèce.

[...]

#### e. Sur l'absence de justification objective

689. En l'espèce, ainsi qu'il est constaté au considérant 709 de la décision attaquée et ainsi que Microsoft l'a expressément confirmé dans la requête, cette dernière n'a invoqué comme justification de son comportement que le fait que la technologie concernée était couverte par des droits de propriété intellectuelle. Elle a précisé, dans ce contexte, que, si elle était obligée de donner aux tiers accès à cette technologie, cela « éliminerait

- les incitations futures à investir dans la création de propriété intellectuelle» (considérant 709 de la décision attaquée). Dans la réplique, elle a également invoqué le fait que ladite technologie était secrète, de grande valeur et qu'elle contenait des innovations importantes.
690. Le Tribunal considère que le seul fait – à le supposer avéré – que les protocoles de communication visés par la décision attaquée, ou leurs spécifications, soient couverts par des droits de propriété intellectuelle ne saurait constituer une justification objective au sens des arrêts *Magill* et *IMS Health*, point 107 *supra*. En effet, la thèse ainsi défendue par Microsoft est incompatible avec la raison d'être de l'exception que cette jurisprudence reconnaît en la matière en faveur de la libre concurrence, en ce sens que si la simple détention de droits de propriété intellectuelle pouvait constituer en elle-même une justification objective du refus d'octroyer une licence, l'exception établie par la jurisprudence ne pourrait jamais trouver à s'appliquer. En d'autres termes, un refus de donner en licence un droit de propriété intellectuelle ne pourrait jamais être considéré comme constituant une violation de l'article 82 CE alors même que, dans les arrêts *Magill* et *IMS Health*, point 107 *supra*, la Cour a précisément déclaré le contraire.
691. Il doit être rappelé, à cet égard, que, ainsi qu'il a été exposé aux points 321, 323, 327 et 330 ci-dessus, le juge communautaire considère que la faculté, pour le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, d'exploiter celui-ci à son seul bénéfice constitue la substance même de son droit exclusif. Dès lors, le simple refus, même émanant d'une entreprise en position dominante, d'octroyer une licence à un tiers ne saurait constituer en lui-même un abus de position dominante au sens de l'article 82 CE. Ce n'est que lorsqu'il est entouré de circonstances exceptionnelles telles que celles envisagées jusqu'à présent dans la jurisprudence qu'un tel refus peut être qualifié d'abusif et que, partant, il est permis, dans l'intérêt public du maintien d'une concurrence effective sur le marché, d'empiéter sur le droit exclusif du titulaire du droit de propriété intellectuelle en l'obligeant à octroyer des licences aux tiers qui
- cherchent à entrer sur ce marché ou à s'y maintenir. Il convient de rappeler, à cet égard, qu'il a été établi ci-dessus que de telles circonstances exceptionnelles étaient présentes en l'espèce.
692. S'agissant de l'argument invoqué par Microsoft dans la réplique et tiré de ce que la technologie concernée serait secrète, serait de grande valeur pour les bénéficiaires de licence et contiendrait des innovations importantes, celui-ci ne saurait davantage prospérer.
693. En effet, premièrement, le fait que la technologie concernée est secrète est la conséquence d'une décision commerciale unilatérale de Microsoft. En outre, cette dernière ne saurait à la fois tirer argument du caractère prétendument secret des informations relatives à l'interopérabilité pour soutenir qu'elle ne peut être obligée de les divulguer que si les circonstances exceptionnelles identifiées par la Cour dans les arrêts *Magill* et *IMS Health*, point 107 *supra*, sont présentes et justifier son refus par le même caractère prétendument secret desdites informations. Enfin, rien ne justifie qu'une technologie secrète bénéficie d'un degré de protection plus élevé que, par exemple, une technologie que son inventeur a dû divulguer au public dans le cadre d'une procédure de délivrance d'un brevet.
694. Deuxièmement, les informations relatives à l'interopérabilité, à partir du moment où – comme en l'espèce – il est établi qu'elles ont un caractère indispensable, sont nécessairement de grande valeur pour les concurrents qui souhaitent y avoir accès.
695. Troisièmement, il est inhérent au fait que l'entreprise concernée détient un droit de propriété intellectuelle que l'objet de celui-ci a un caractère innovant ou original. En effet, il ne saurait y avoir de brevet en l'absence d'invention ni de droit d'auteur en l'absence d'œuvre originale.
696. Par ailleurs, le Tribunal relève que, dans la décision attaquée, la Commission ne s'est pas limitée à rejeter la justification que Microsoft avançait, selon laquelle la technologie concernée était couverte par des droits de propriété intellectuelle. Elle a également examiné l'argument de cette dernière tiré de ce que, si elle était obligée

## JURISPRUDENCE

de donner accès aux tiers à ladite technologie, cela aurait un impact négatif sur ses incitations à innover (considérants 709 et 712 de la décision attaquée).

697. Force est de constater que, ainsi que l'avance à juste titre la Commission, Microsoft, à qui incombe la charge de la preuve initiale à cet égard (voy. point 688 ci-dessus), n'a pas suffisamment établi que, si elle était contrainte de divulguer les informations relatives à l'interopérabilité, cela aurait une incidence négative importante sur ses incitations à innover.

Microsoft s'est, en effet, bornée à faire valoir des arguments vagues, généraux et théoriques sur ce point. Ainsi, comme le relève la Commission au considérant 709 de la décision attaquée, Microsoft s'est contentée, dans sa réponse du 17 octobre

2003 à la troisième communication des griefs, de déclarer qu'«une divulgation [...] éliminerait les incitations futures à investir dans la création de propriété intellectuelle», et ce sans préciser quels étaient les technologies ou produits qu'elle visait de la sorte.

[...]

711. Il ressort de l'ensemble des considérations qui précèdent que Microsoft n'a pas démontré l'existence d'une quelconque justification objective de son refus de divulguer les informations relatives à l'interopérabilité en cause.

712. Les circonstances exceptionnelles identifiées par la Cour dans les arrêts *Magill* et *IMS Health*, point 107 *supra*, étant en outre présentes en l'espèce, la première branche du moyen doit être rejetée comme non fondée dans son ensemble.

## Note d'observations

### L'affaire *Microsoft* ou l'interopérabilité, nouvelle valeur du droit de la concurrence ?

Les superlatifs n'ont pas manqué dans la presse grand public ou spécialisée pour décrire la décision du Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'affaire *Microsoft*. Ce n'est pas qu'une question d'émphase médiatique : il s'agit bien de l'affaire de la décennie en droit de la concurrence. Pas uniquement parce qu'elle s'attaque au monopole qu'on aime détester dans l'environnement informatique et technologique (comme on a aimé détester celui d'IBM hier, et qu'on détestera probablement celui de Google demain), mais aussi en raison de l'ampleur de l'amende qui fut prononcée, soit près de 500 millions

d'euros, de la longueur de l'examen du dossier, ainsi que celle de la décision finalement prononcée, totalisant près de 1 400 attendus.

Sur le plan juridique, l'affaire *Microsoft* se distingue également par son apport à la définition des critères de l'abus de position dominante en cas de refus de licence portant sur des droits intellectuels : la jurisprudence développée depuis la décision boussole qu'était l'arrêt *Magill* de 1995, ne ressort pas indemne de la confrontation aux pratiques du géant informatique. C'est surtout sous les coups de boutoir de l'interopérabilité que la doctrine

classique du refus de licence vacille. Sacré nouvel idéal à atteindre pour sauvegarder une concurrence non faussée, en tout cas dans l'environnement des réseaux informatiques et numériques, tant par la Commission européenne que par le tribunal de première instance, le concept d'interopérabilité occupe une large partie de l'arrêt et fonde la constatation du caractère abusif du refus de licence.

Le lien entre l'interopérabilité ainsi assénée et les technologies de l'information et de la communication explique que cette note se limitera à l'analyse des parties de la décision ayant trait au refus de fournir les informations liées à cette interopérabilité, laissant à d'autres publications le soin de traiter de la pratique de ventes liées dans le cadre du système d'exploitation Windows, matière tout aussi technologique mais dont l'analyse s'appuie moins sur des éléments proprement liés au monde informatique et technique.

Nous commencerons par resituer le contexte de la décision, rappelant les faits et le comportement reproché à Microsoft, ainsi que la jurisprudence européenne antérieure en matière de refus de licence (I.). Nous étudierons ensuite le cadre théorique que choisit le Tribunal (ci-après TPI) pour apprécier si le refus opposé par Microsoft constitue un abus de sa position dominante (II.), avant de suivre dans la décision l'application des critères choisis et leur infléchissement de la jurisprudence antérieure (III.).

## I. LE CONTEXTE ET LES ANTÉCÉDENTS

### A. Rappel des faits

Est-il encore besoin de rappeler les faits de cette affaire déjà amplement commentée ? Il n'est en tout cas plus nécessaire de présenter la société Microsoft, cible des autorités de la concurrence. Deux comportements lui étaient reprochés. D'une part, la Commission européenne considérait que l'intégration systé-

matique du logiciel Windows Media Player au système d'exploitation Windows pour PC clients constitue une vente liée abusive au sens de l'article 82 du Traité des Communautés européennes, en raison de la position dominante que cette société occupe sur le marché des systèmes d'exploitation pour ordinateurs. Nous n'évoquerons pas davantage ce premier abus pour lequel Microsoft a été condamné par la Commission en mars 2004, ce qui fut confirmé par le Tribunal dans cette nouvelle décision.

Le deuxième comportement qui fait l'objet de la condamnation de Microsoft repose sur une plainte de la société Sun et concerne le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail. Ce type de serveurs gèrent différentes tâches, notamment l'impression ou le partage de documents entre plusieurs ordinateurs reliés en réseau. L'entreprise Sun, concurrente de Microsoft sur ce marché particulier, a demandé à celle-ci de lui fournir une série d'informations relatives aux systèmes d'exploitation et logiciels Windows, développés par Microsoft, afin qu'elle puisse configurer ses propres logiciels pour intégrer, au sein de la gestion du groupe de travail, les utilisateurs fonctionnant sous Windows. Microsoft ayant refusé de lui fournir ces informations, Sun, soutenue par d'autres entreprises informatiques, a déposé une plainte en 2000 auprès de la Commission européenne pour abus de position dominante.

À l'issue d'une longue procédure, justifiée par la technicité du dossier, la Commission, le 24 mars 2004, condamne Microsoft pour violation de l'article 82 du Traité tant pour la vente liée que pour le refus de fournir les informations relatives à l'interopérabilité. Elle prononce une amende de 497 millions d'euros à l'encontre de la société américaine et l'oblige notamment à divulguer les informations demandées.

## JURISPRUDENCE

Dans cette décision, la Commission constate que Microsoft occupe une position dominante dans trois marchés distincts, le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients (Microsoft y occupant 90% de parts de marché), le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail (la part de marché de Microsoft y étant de 60% et les barrières à l'entrée y étant importantes en faveur de cette dernière) et le marché des lecteurs multimédia<sup>1</sup>. Le tribunal de première instance reprend ces constatations<sup>2</sup>.

### B. Le refus abusif de licence dans la jurisprudence européenne

Les droits intellectuels n'ont jamais été complètement immunisés contre la régulation de la concurrence, en dépit de leur apparence de monopoles. La protection d'un droit intellectuel accorde certes à son titulaire une position privilégiée sur un marché donné, en raison de l'exclusivité qu'il accorde sur un bien, mais cette exclusivité n'est pas en soi constitutive ni d'une position dominante ni d'un abus anti-concurrentiel.

Sur cette base s'est graduellement développée une jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes précisant les critères permettant de juger si le refus d'accorder une licence à un concurrent sur un produit ou service protégé par un droit intellectuel pouvait être considéré comme un abus de position dominante.

Dans les premiers temps, les circonstances permettant de conclure à un comportement abusif restaient encore très factuelles et liées au cas d'espèce. Dans une affaire impliquant le constructeur automobile Volvo, la Cour de justice des Communautés européennes a par exemple examiné si le refus de celui-ci de

concéder une licence sur le droit de dessin et modèle protégeant certaines pièces de carrosserie, cumulé avec un refus de fournir aux réparateurs les pièces détachées elles-mêmes constitue un abus de position dominante<sup>3</sup>. Les circonstances que la juridiction européenne soulève alors pour déterminer si le refus est abusif ne sont qu'exemplatives : il peut s'agir du fait que le refus soit arbitraire, que la fixation des prix des pièces détachées soit excessive, ou encore que l'auteur du refus ait lui-même cessé la production des pièces détachées alors que les voitures étaient encore en circulation.

Ce n'est qu'en 1995 que la Cour va élaborer un cadre plus précis d'analyse de l'application de l'article 82 au cas de refus de licence portant sur des droits intellectuels<sup>4</sup>. Des entreprises de télévision jouissaient, en vertu d'une spécificité du droit anglais, d'un droit d'auteur sur les grilles de leurs programmes et refusaient d'accorder une licence sur celles-ci à la société Magill qui souhaitait créer un magazine hebdomadaire de programmes télévisuels. En Angleterre et en Irlande, les consommateurs devaient se contenter jusque-là de programmes quotidiens couvrant l'ensemble de l'offre télévisuelle dans la presse classique ou des revues hebdomadaires vendues par les chaînes de télévision et ne couvrant que leurs seuls programmes. Se voyant opposer un refus par les chaînes de télévision sollicitées, la société Magill porta l'affaire devant les autorités de la concurrence.

Saisie en dernière instance du litige, la Cour européenne va confirmer que « l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu

<sup>1</sup> Décision de la Commission du 24 mars 2004, affaire COMP/C-3/37.392 *Microsoft*, §§ 323 et s.

<sup>2</sup> Décision du T.P.I.C.E., §§ 30 à 33.

<sup>3</sup> C.J.C.E., 5 octobre 1988, *Volvo*, C-238/87, *Rec.*, 1988, p. 6211.

<sup>4</sup> C.J.C.E., 6 avril 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission des Communautés européennes*, aff. jointes C-241/91 et C-242/91, *Rec.*, 1995 p. I-00743.

à un comportement abusif»<sup>5</sup>. Ces «circonstances exceptionnelles» font ensuite l'objet d'une systématisation, la Cour considérant que les éléments suivants peuvent être pris en compte :

- le refus empêche l'apparition d'un produit nouveau, que l'auteur du refus de licence n'offre pas, et pour lequel il existe une demande potentielle de la part des consommateurs ;
- le refus n'est pas justifié ;
- l'auteur du refus se réserve de la sorte un marché dérivé, en excluant toute concurrence sur ce marché<sup>6</sup>.

C'en est fini d'une analyse au cas par cas de circonstances qui peuvent être abusives, comme dans l'affaire *Volvo*. Ce trio de critères fonde au contraire un cadre théorique sur lequel va reposer toute la jurisprudence ultérieure des autorités européennes de la concurrence, cadre qui ne cessera de s'affiner.

Peu après la décision *Magill*, le Tribunal de première instance reprend ces conditions pour juger de l'éventuel caractère abusif d'un refus d'accorder une licence sur des images de courses hippiques à une entreprise de paris<sup>7</sup>.

La décision dite *Bronner*, qui conclut par ailleurs à l'absence d'un abus en l'espèce, s'appuie partiellement sur les critères résultant de l'affaire *Magill*. Il y aurait abus de position dominante si le refus «concernait un produit ou un service qui se présente soit comme essentiel pour l'exercice de l'activité principale de la prise de paris, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel, soit comme un produit nouveau dont l'apparition serait entravée, malgré une demande potentielle spécifique constante et régulière de la part

des consommateurs»<sup>8</sup>. Y apparaît un nouveau critère, celui du caractère essentiel du produit ou service sur lequel porte le refus de licence. Pas si nouveau toutefois car, déjà dans l'affaire *Magill*, le caractère indispensable du produit ou du service apparaissait en filigrane, la Cour admettant que les juges puissent apprécier l'existence de substituts au refus de licence<sup>9</sup>.

En outre, à suivre la décision *Tiercé Ladbroke*, les conditions à remplir seraient alternatives : soit il y a entrave à l'apparition d'un produit nouveau, soit le refus porte sur un produit ou service essentiel pour l'exercice d'une activité sur un autre marché.

On retrouve le caractère essentiel, requalifié par le terme «indispensable» dans une affaire relative à un refus de licence sur des services non protégés par un droit intellectuel, en l'espèce un service de distribution de journaux à domicile qui refusait de distribuer les publications d'un concurrent<sup>10</sup>.

Dans cette affaire, la Cour fusionne les critères de la décision *Magill* et ceux de la décision *Bronner*. Aux conditions d'exclusion de concurrence dans un marché dérivé et d'absence de justification objective du refus, s'ajoute la condition selon laquelle l'accès au produit ou au service doit être nécessaire ou indispensable pour que le concurrent, demandeur de cette possibilité d'accès, puisse poursuivre son activité sur un marché en aval du marché du produit sur lequel porte le refus.

Que la cour s'inspire des circonstances utilisées dans sa décision *Magill*, pour un cas qui ne porte aucunement sur un droit intellectuel, n'est pas anodin. Elle développe ainsi un schéma de réflexion commun à tous les cas de refus d'accès à un produit ou service

<sup>5</sup> *Ibidem*, § 50.

<sup>6</sup> *Ibidem*, §§ 51 à 56.

<sup>7</sup> T.P.I.C.E., 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke c. Commission*, T-504/93, *Rec.*, 1997, II-923.

<sup>8</sup> *Ibidem*, § 131.

<sup>9</sup> C.J.C.E., *Magill*, *op. cit.*, § 51.

<sup>10</sup> C.J.C.E., 26 novembre 1998, *Bronner c. Mediaprint*, C-7/97, *Rec.*, 1998, I-7791.

## JURISPRUDENCE

jugé essentiel pour exercer une activité sur un marché différent. C'est ce qu'on appelle la théorie des *essential facilities* ou infrastructures essentielles, même si cette théorie est telle quelle assez peu accueillie par les juridictions communautaires<sup>11</sup>. Elle s'applique dans les cas où une entreprise en position dominante sur un marché en amont use de celle-ci comme d'un levier pour s'assurer ou conforter sa position dans un marché en aval, son refus d'accorder l'accès au produit ou service qu'elle contrôle dans le premier marché lui permettant d'exclure la concurrence dans le second marché. Dans cette hypothèse, l'entreprise peut se voir imposer par les autorités de la concurrence une obligation de fournir l'accès à cet élément essentiel<sup>12</sup>, qui peut être un produit, un service, un matériau brut, une information, un accès à un endroit particulier, une infrastructure, un réseau de télécommunications, ou un droit de propriété intellectuelle.

La seule différence d'analyse entre les refus d'autoriser l'accès à une infrastructure quelconque et les refus de donner un droit intellectuel en licence réside dans la condition de l'entrave à l'apparition d'un produit nouveau. Autoriser l'accès à un bien intellectuel développé par une entreprise sans reconnaître le caractère particulier d'exclusivité qu'empporte l'innovation qui a justifié l'octroi d'un droit intellectuel, ne serait pas légitime et requiert en conséquence une condition supplémentaire. La juridiction européenne la trouve dans le concept flou de « produit nouveau », qui semble requérir en tous les cas que le demandeur d'une licence ne puisse parasiter les efforts créatifs du titulaire d'un droit intel-

lectuel en copiant purement et simplement son produit. En quelque sorte, le droit de la concurrence serait justifié à faire fléchir l'exclusivisme du droit intellectuel si l'objectif est de permettre l'apparition de produits non offerts par le titulaire du droit intellectuel, qui auraient eux-mêmes l'apparence de produits nouveaux ou innovants sur le marché.

La Cour de justice apportera quelques précisions à cette condition en 2004, dans son arrêt *IMS Health*<sup>13</sup>.

La société IMS Health fournissait sur le marché allemand des analyses des ventes de produits pharmaceutiques selon une division du territoire en 1860 modules, division qu'elle avait réalisée sur la base de différents critères et qu'elle considérait comme une structure de base de données protégée par un droit d'auteur<sup>14</sup>. Une société concurrente, NDC Health, essayait de prester des services similaires mais ne parvenait pas réellement à entrer sur ce marché en raison de l'habitude qu'avaient prise les firmes pharmaceutiques de travailler sur la structure modulaire et la division géographique opérée par IMS Health. NDC s'étant vue opposer un refus de licence pour pouvoir utiliser cette structure, elle invoqua devant les juridictions allemandes un abus de position dominante. Ces dernières posent alors à la Cour de justice des Communautés européennes des questions préjudicielles sur l'interprétation de l'article 82 du Traité.

La Cour dissipe en premier lieu l'équivoque qui pouvait subsister après la décision *Tiercé Ladbroke* quant au caractère cumulatif ou alter-

<sup>11</sup> Sur cette théorie, voy. J. TEMPLE LANG, « The application of the essential facility doctrine to intellectual property rights under European competition law », in F. LÉVÊQUE et H. SHELANSKI, *Antitrust, Patents and Copyright – EU and US perspectives*, Edward Elgar, 2005, p. 56.

<sup>12</sup> Voy. notamment C.J.C.E., 6 mars 1974, *Commercial Solvens*, aff. C-6/73 et 7/73, *Rec.*, 1974, p. 223.

<sup>13</sup> C.J.C.E., 29 avril 2004, *IMS Health*, aff. C-418/01, *Rec.*, 2004, I-5039.

<sup>14</sup> Postérieurement à la décision de la Cour de justice sur les questions préjudicielles lui ayant été soumises par la juridiction allemande en charge du litige, la protection par le droit d'auteur sur la structure sera refusée par une juridiction nationale, ce qui mettra fin au conflit.

natif des circonstances exceptionnelles permettant de juger si un refus de licence est abusif. L'arrêt tranche en faveur du caractère cumulatif des critères qui sont donc les suivants :

- le refus porte sur un produit indispensable pour l'exercice d'une activité sur un marché ;
- l'entreprise qui a demandé la licence a l'intention d'offrir, sur le marché de la fourniture des données en cause, des produits ou des services nouveaux que le titulaire du droit de propriété intellectuelle n'offre pas et pour lesquels il existe une demande potentielle de la part des consommateurs ;
- le refus n'est pas justifié par des considérations objectives ;
- le refus est de nature à réserver à l'entreprise titulaire du droit de propriété intellectuelle le marché de la fourniture des données sur les ventes de produits pharmaceutiques dans l'État membre concerné, en excluant toute concurrence sur celui-ci.

Sur la réalité du produit nouveau, bien que la démonstration ne devait pas être vérifiée par la Cour, s'agissant d'un arrêt rendu sur question préjudicielle, on pouvait toutefois s'interroger en l'espèce. NDC Health qui revendiquait de pouvoir utiliser la structure modulaire créée par son concurrent ne prétendait pas, semble-t-il, développer un nouveau produit, mais entendait simplement baser ses analyses des marchés pharmaceutiques sur la même structure. C'était d'ailleurs l'interrogation principale de la question préjudicielle posée à la Cour. L'arrêt ne donne pas une véritable définition du produit nouveau, ni n'en fournit les critères. Il se contente d'affirmer que cette condition est remplie « dans le cas où l'entreprise qui a demandé la licence n'entend pas se limiter, en substance, à reproduire des produits ou des services qui sont déjà offerts sur le marché dérivé par le titulaire du droit de propriété intellectuelle, mais a l'intention d'offrir des

produits ou des services nouveaux que le titulaire n'offre pas et pour lesquels existe une demande potentielle de la part des consommateurs »<sup>15</sup>. Le seuil minimum est donc qu'il n'y ait pas simple copie des produits ou services du titulaire du droit intellectuel, mais rien n'indique comment déterminer le seuil de cette absence de reproduction.

De *Magill* à *IMS Health*, soit sur une période d'une dizaine d'années, la jurisprudence semblait donc être fixée quant aux critères permettant d'apprécier si un refus de licence de droits intellectuels constitue un abus de position dominante, même si de nombreuses zones d'incertitudes subsistent dans la définition de ces critères.

### C. La décision de la Commission dans l'affaire Microsoft

Lorsque la Commission prononce sa décision dans l'affaire *Microsoft*, la Cour de justice n'avait pas encore tranché les questions préjudicielles qui lui étaient soumises dans le dossier *IMS Health*. C'est important de le souligner, car le cadre d'analyse s'offrant à elle, n'est alors composé que de la décision *Magill* et de circonstances exceptionnelles pouvant caractériser un abus dont on ne sait si elles sont exhaustives, ni cumulatives, et de décisions postérieures qui apportent quelques rares précisions sur ces circonstances.

La Commission peut alors se permettre une certaine indépendance et, outre la condamnation de Microsoft sur la question de la vente liée, sanctionne le refus de licence que cette dernière a opposé à la société Sun en s'écartant des circonstances normalement exigées par la jurisprudence européenne, et notamment par la décision *Magill*<sup>16</sup>. Point de vérification d'une

<sup>15</sup> *IMS Health*, *op. cit.*, § 49.

<sup>16</sup> Voy. le § 555 de la décision de la Commission où celle-ci rejette expressément le caractère exhaustif d'une liste de circonstances exceptionnelles.

## JURISPRUDENCE

possible entrave à l'apparition d'un produit nouveau, pas plus que de discussion du caractère indispensable des informations relatives à l'interopérabilité. Tout au plus peut-on déceler entre les lignes, les traces, bien qu'estompées, de la ligne antérieure des institutions judiciaires européennes<sup>17</sup>. Seule la possibilité d'une exclusion de la concurrence sur le marché des serveurs pour groupe de travail occupe l'attention des fonctionnaires communautaires.

La notion très technique d'interopérabilité, et les considérations factuelles qui en sous-tendent l'appréciation, fondent en revanche le cœur du raisonnement. Le manque d'interopérabilité entre l'architecture Windows et les serveurs pour groupes de travail d'autres entreprises, conséquence du refus de Microsoft de fournir les informations nécessaires, fausse, selon la Commission, la concurrence, ce qui rend ce refus abusif.

Plus précisément, les critères de l'abus auxquels la Commission recourt et dont elle démontre la réalité, avec force détails, largement factuels, sont les suivants :

- le refus s'inscrit dans une attitude plus générale de ne pas fournir les informations sur l'interopérabilité de ses logiciels<sup>18</sup> ;
- ce refus constitue une rupture par rapport aux niveaux de fourniture antérieurs plus élevés<sup>19</sup>, dans la mesure où par le passé, Microsoft procurait plus d'informations sur l'interopérabilité, générosité qui a diminué au fur et à mesure de la consolidation de la position de l'entreprise informatique sur le marché des serveurs pour groupe de travail ;

- l'interopérabilité est un élément clé dans le choix d'un système d'exploitation pour serveurs de groupe de travail pour les consommateurs concernés<sup>20</sup>.

De ces circonstances éparses, émerge une circonstance sans doute plus fondamentale dans le raisonnement de la Commission : le refus de collaborer à l'interopérabilité entre les systèmes d'exploitation limiterait le développement technique au détriment des consommateurs<sup>21</sup>. Cette incidence sur le bien-être des consommateurs permet d'arrimer les critères de l'abus, électrons libres par rapport à la jurisprudence *Magill*, à l'article 82, b) du Traité, qui inscrit notamment dans les pratiques constituant un abus de positions dominantes, celles qui consistent à « limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ». Selon la Commission, l'absence d'interopérabilité entre les systèmes contraint les consommateurs à être cantonnés dans une solution tout-Microsoft en raison de la présence plus que majoritaire des systèmes d'exploitation Windows sur les ordinateurs. En conséquence, « la possibilité, pour ces consommateurs, de bénéficier des caractéristiques innovantes des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail mis sur le marché par les concurrents de Microsoft s'en trouve diminuée. Cela limite en outre les perspectives de commercialisation des innovations en question pour ces concurrents et, partant, décourage ceux-ci de mettre au point de nouveaux produits »<sup>22</sup>.

Les circonstances sur lesquelles la Commission se fonde pour justifier l'abus de position dominante qu'elle établit dans le chef de la société américaine ne sont pas à proprement parler celles qui découlent de la jurisprudence

<sup>17</sup> Voir notamment sur le caractère indispensable des informations relatives à l'interopérabilité, la discussion sur d'éventuelles solutions de substitution aux §§ 666 à 691.

<sup>18</sup> Décision de la Commission, *op. cit.*, §§ 573 à 577.

<sup>19</sup> *Ibidem*, §§ 578 à 584.

<sup>20</sup> *Ibidem*, §§ 637 à 665.

<sup>21</sup> *Ibidem*, §§ 693 et s.

<sup>22</sup> *Ibidem*, § 694.

antérieure. La prédilection presque forcée des consommateurs pour les produits Microsoft et le frein à l'innovation qui en découlerait pour les concurrents, au détriment de ces consommateurs, suffisent à caractériser l'abus.

C'est ce qui crée en définitive un risque important d'élimination de la concurrence sur le marché des serveurs pour groupes de travail<sup>23</sup>, les concurrents ne pouvant se maintenir sur ce marché face aux produits compatibles avec Windows, ni ne pouvant y offrir des produits intéressant les consommateurs, par défaut d'interopérabilité. Cette élimination de la concurrence, critère repris de la jurisprudence classique, se vérifie selon la Commission, par l'analyse historique de l'évolution du marché des serveurs pour groupes de travail, la part des concurrents de Microsoft y ayant fortement diminué, au fur et à mesure de la progression de cette dernière.

## II. LA DÉTERMINATION DES CRITÈRES D'UN ABUS DE POSITION DOMINANTE

### A. Le caractère non exhaustif des circonstances exceptionnelles dites *Magill*

L'écart que la Commission adopte par rapport aux circonstances exceptionnelles traditionnellement invoquées dans la jurisprudence précédente, et sa préférence pour le critère d'interopérabilité nécessaire et d'effet négatif sur l'innovation technique, posait la question de l'exhaustivité des critères employés jusque-là. La société Microsoft, en tout cas, s'étonne et conteste la position de la Commission: celle-ci ne devait-elle pas démontrer que le refus de licence portait sur un produit ou service indispensable pour l'exercice d'une activité sur un marché voisin, qu'il empêchait l'apparition d'un produit nouveau faisant l'objet d'une demande

potentielle des consommateurs, et qu'il excluait toute concurrence sur ce marché dérivé? Ou, au contraire, les critères progressivement élaborés depuis l'affaire *Magill*, ne sont-ils qu'exemplatifs de circonstances exceptionnelles pouvant être considérées, selon les contextes économiques ou technologiques, comme constitutives d'un abus de position dominante?

Le Tribunal de première instance adopte une position médiane. Après avoir retracé l'évolution des critères classiquement utilisés<sup>24</sup>, la juridiction européenne énonce simplement que doivent *notamment* être considérées comme exceptionnelles les trois circonstances reprises dans les affaires précédentes<sup>25</sup>, soit les circonstances suivantes:

- le refus porte sur un produit ou un service indispensable pour l'exercice d'une activité donnée sur un marché voisin;
- le refus est de nature à exclure toute concurrence effective sur ce marché voisin;
- le refus fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs.

Le caractère simplement exemplatif des circonstances énoncées, très rapidement évoqué par ce lapidaire «notamment», fait cependant l'objet d'une précision importante. D'autres éléments peuvent certes être avancés pour baser l'appréciation d'un éventuel abus, mais ils ne jouent qu'un rôle subsidiaire par rapport aux circonstances *Magill* – *IMS*. Ce n'est en effet que si ces dernières font défaut, que les autorités de la concurrence peuvent démontrer une violation de l'article 82, sur la base de circonstances particulières telles que celles relevées dans la décision de la Commission<sup>26</sup>. En l'occurrence, le comportement reproché à Microsoft

<sup>23</sup> *Ibidem*, §§ 585 à 692.

<sup>24</sup> Décision du T.P.I.C.E., §§ 320 et s.

<sup>25</sup> *Ibidem*, § 332.

<sup>26</sup> *Ibidem*, § 336.

**JURISPRUDENCE**

doit en premier lieu être apprécié sur la base du trio classique de circonstances conduisant à un abus, le Tribunal ne s'interdisant pas ensuite d'adopter une approche plus souple.

La position du Tribunal ne manque pas de subtilité car elle lui permet de pardonner à la Commission son autonomie et de la suivre dans ses conclusions, tout en conservant la prééminence de la jurisprudence antérieure. Les juges européens vont alors relire la décision contestée à la lumière des critères du caractère indispensable des informations, de l'exclusion de concurrence sur un second marché et de produit nouveau, tout en essayant de faire rentrer dans ces cases, les éléments avancés par la Commission, au risque, parfois, de forcer un peu le trait.

**B. L'incidence de la présence d'un droit intellectuel**

Lorsque le refus de licence porte sur un produit ou service couvert par un droit de propriété intellectuelle, nous avons vu que les critères permettant de caractériser l'abus incluent l'exigence de la démonstration que le refus empêche l'émergence d'un produit nouveau, non offert par le titulaire du droit en question et pour lequel existe une demande potentielle de la part des consommateurs.

Cette présence d'un droit intellectuel sur les informations non fournies par Microsoft à ses concurrents était donc essentielle puisqu'elle enclenchait la nécessité de démontrer que ces derniers ne pouvaient, en raison de ce refus, développer un nouveau produit. Plus fondamentalement, en invoquant un brevet sur les protocoles de communication dont la divulgation lui est demandée, Microsoft entendait insister sur le caractère innovant et la grande valeur de ces informations, ce qui pourrait constituer, selon elle, une justification objective du refus, la divulgation de secrets ou d'innovations risquant de diminuer ses propres incitations à innover. Puisque la Commission

s'attachait essentiellement aux conséquences du refus sur l'innovation technique, cet argument était susceptible de replacer l'innovation du côté du titulaire de droits intellectuels. Recentrer l'affaire *Microsoft* sur le droit de propriété intellectuelle permettait enfin d'imposer aux autorités de la concurrence une plus grande prudence dans la détermination de l'abus, la propriété intellectuelle ne constituant bien entendu pas une défense absolue dans le cadre de l'article 82, mais limitant malgré tout les critères d'application de celui-ci.

La question de l'éventuelle présence d'un droit intellectuel sur les informations dont la fourniture était imposée à Microsoft par la Commission était donc essentielle à plusieurs points de vue. Elle a d'ailleurs occupé une grande part des discussions dans les conclusions et les plaidoiries devant le tribunal.

Microsoft prétend que ces informations sont protégées par divers droits intellectuels: le droit d'auteur, mais également un droit de brevet. Elles seraient également des secrets d'affaires de grande valeur, constituant, de l'avis de Microsoft, une forme de propriété industrielle. L'existence de ces droits était contestée par les parties inverses qui doutaient également qu'une information protégée par le secret puisse accéder à une protection similaire à celle que confère un droit intellectuel exclusif.

Sans se risquer sur les terrains périlleux ainsi ouverts par cette invocation de diverses protections privatives<sup>27</sup>, et particulièrement sur la question de l'assimilation de secrets d'affaires à des droits de propriété industrielle, pour le moins contestable, le Tribunal préfère écarter purement et simplement la question et décide de faire «comme si» les informations concernées étaient bel et bien protégées par des droits

<sup>27</sup> Le tribunal relève cependant que Microsoft ne démontre pas à suffisance l'existence des brevets qu'elle invoque. Voy. § 278.

intellectuels<sup>28</sup>. Sans doute, les juges communautaires n'ont-ils pas souhaité aborder la question de l'appréciation des conditions des différents droits intellectuels invoqués, s'alignant de la sorte sur le clivage entre l'existence du droit intellectuel, traditionnellement du ressort des États membres, et l'exercice de ces droits, que les autorités européennes de concurrence peuvent examiner. Ils relèvent aussi que la Commission elle-même, dans la décision attaquée, appuie son analyse sur une existence présumée d'une propriété intellectuelle ou de secrets d'affaires sur les protocoles en cause.

Un tel artifice, s'il permet d'éviter de se prononcer sur l'existence des droits intellectuels, laisse néanmoins ouvertes certaines questions. Cette présupposition que les protocoles de communications des programmes Windows sont des secrets d'affaires signifie-t-elle que la condition supplémentaire de produit nouveau s'applique tant aux refus d'accès impliquant des droits intellectuels basés sur un droit exclusif et privatif, qu'à ceux reposant sur des secrets d'affaires, basés sur une réserve de fait liée à l'absence de divulgation? Dans l'affirmative, le secret n'en viendrait-il pas à bénéficier d'une protection plus grande qu'un droit de brevet, ne devant par nature faire l'objet d'une divulgation, mais ne devant céder aux besoins de la concurrence qu'à la même condition que pour les véritables droits intellectuels, celle du produit nouveau? Cette condition supplémentaire ne visait-elle pas à protéger l'innovation récompensée par la propriété intellectuelle, alors que le secret d'affaires ne couvre pas nécessairement des éléments innovants?

L'application de cette jurisprudence plus stricte en cas de refus de licence portant sur un secret d'affaires équivaut en réalité à étendre la condition du produit nouveau à tout refus portant sur des informations. En effet, soit celles-ci sont protégées par un droit intellectuel, qui néces-

site l'octroi d'une licence et explique la possibilité d'un refus par le titulaire du droit, soit elles ne sont pas protégées mais restent secrètes, auquel cas le refus de les fournir se fonde sur la réserve de fait dont dispose le détenteur du secret. Les informations ne faisant l'objet ni d'un droit intellectuel ni d'un secret, ne pourraient en revanche faire l'objet d'un refus, étant en principe divulguées et librement accessibles. La condition du produit nouveau s'imposerait donc sur tout refus portant sur des ressources immatérielles ou sur des informations, sans que l'élément d'innovation ou de droit exclusif permette de comprendre ce régime plus strict en droit de la concurrence.

Alors que certains auteurs plaident pour un traitement indifférencié des refus de licences ou d'accès à des ressources détenues par une entreprise en position dominante<sup>29</sup>, le tribunal paraît au contraire étendre le régime privilégié de la propriété intellectuelle à tous les cas de refus d'accès à de l'information technologique sans qu'une justification économique soit proposée à l'appui de cette extension.

### III. L'APPRÉCIATION DES CRITÈRES DE L'ABUS

#### A. La détermination préalable de deux marchés

Afin de pouvoir appliquer les critères de la jurisprudence en matière de refus de licence ou d'infrastructures essentielles, il est essentiel de démontrer l'existence de deux marchés concernés par la situation de concurrence litigieuse<sup>30</sup>. Le premier marché est celui du produit ou service sur lequel porte le refus de licence ou

<sup>29</sup> H. ULLRICH, «Droit de la concurrence, propriété intellectuelle et accès à l'information technologique», in *L'intérêt général et la propriété intellectuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 342.

<sup>30</sup> La démonstration d'un second marché n'est en revanche pas requise pour les autres cas d'abus de position dominante visés à l'article 82 du Traité.

<sup>28</sup> *Ibidem*, § 289.

## JURISPRUDENCE

d'accès. C'est également le marché sur lequel l'entreprise incriminée a une position dominante. Un second marché, ou marché dérivé, est constitué des produits ou services produits ou fournis sur la base de l'utilisation du produit ou service refusé par l'entreprise dominante sur le premier marché. En d'autres termes, par son refus de consentir à l'utilisation d'un de ses produits ou services, refus lié ou soutenu par sa position dominante, une entreprise entrave ou freine la production d'un bien sur un autre marché. Le produit pour lequel la licence n'est pas accordée est en conséquence susceptible de servir de levier pour se réserver une place de choix sur ce second marché et y exclure ou y réduire toute concurrence.

Une étape préliminaire dans la vérification des circonstances exceptionnelles consiste à identifier ces deux marchés. La distinction entre ceux-ci n'est plus si hermétique depuis l'arrêt *IMS Health* qui a considéré qu'un marché potentiel, voire hypothétique, pouvait suffire. Dans cette affaire en effet, on pouvait douter de la réalité de deux marchés, dans la mesure où le concurrent de la base de données pharmaceutiques attaqué refusait la licence sur celle-ci pour pouvoir exercer son activité sur le même marché de fourniture de données relatives aux ventes de produits pharmaceutiques. Pour contourner la difficulté, la Cour de justice a estimé qu'« il suffit qu'un marché potentiel, voire hypothétique, puisse être identifié. Tel est le cas dès lors que des produits ou services sont indispensables pour exercer une activité donnée et qu'il existe, pour ceux-ci, une demande effective de la part d'entreprises qui entendent exercer l'activité pour laquelle ils sont indispensables. Il s'ensuit qu'il est déterminant que puissent être identifiés deux stades de production différents, liés en ce que le produit en amont est un élément indispensable pour la fourniture du produit en aval »<sup>31</sup>.

Cette position est pour le moins problématique, surtout dans les cas où le refus porte sur un droit de propriété intellectuelle. Le produit en amont peut être constitué par la licence elle-même, et la gestion ou l'exercice de droits intellectuels peut dans l'analyse de la Cour, former un marché en soi, distinct de la production de biens ou services protégés par ces droits. Dans tous les cas de refus de licence, n'y aurait-il pas forcément deux marchés, le premier étant relatif à la gestion des droits et à l'octroi de licences, et le second relatif à la fourniture de produits basés sur l'obtention de ces licences? Sur le plan économique, le marché des licences ne se réduit-il pas forcément au marché des produits couverts par les droits intellectuels dont l'exploitation est ainsi autorisée? La licence n'est en effet que l'effet de l'exclusivité accordée par le droit intellectuel qui permet à son titulaire d'opérer des transactions sur le bien intellectuel dans le marché des produits et services se basant sur celui-ci.

Les critiques n'ont d'ailleurs pas manqué sur ce « marché hypothétique » et sur l'artificialité de la distinction entre deux prétendus marchés<sup>32</sup>.

La situation est plus orthodoxe dans l'affaire *Microsoft* et ne laisse pas de place à des créations de marchés factices. Deux marchés bien réels peuvent être facilement distingués, d'une part le marché des systèmes d'exploitation des PC, d'autre part, celui des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupes de travail. Sur le premier marché, la position de l'entreprise américaine est ultra-dominante, puisque sa part de marché s'étend à plus de 90%. Les informations qu'on lui demande de fournir sont celles relatives aux spécifications des systèmes d'exploitation des PC clients, infor-

<sup>31</sup> C.J.C.E., *IMS Health*, op. cit., §§ 44-45.

<sup>32</sup> J. TEMPLE LANG, « Anticompetitive abuses under article 82 involving intellectual property rights », in Cl.-D. EHLERMANN et I. ATANASIU, *What is an abuse of a dominant position – European Competition Law Annual*, Hart Publishing, 2006.

mations jugées nécessaires par les concurrents pour développer des produits compatibles avec ces PC sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupes de travail. Et le reproche fait à Microsoft est bel et bien de s'appuyer sur sa position dominante sur le premier marché pour conforter sa position sur le second et en exclure des concurrents.

Le Tribunal, bien que répétant la condition de deux marchés, prend toutefois le soin de confirmer la position antérieure de la Cour dans l'affaire *IMS Health*, sur le marché hypothétique, constitué simplement par l'existence de deux stades de production différents<sup>33</sup>. De manière plus intéressante, l'arrêt précise que «le fait que le produit ou service indispensable ne soit pas commercialisé de manière séparée n'exclut pas d'emblée la possibilité d'identifier un marché distinct»<sup>34</sup>. En d'autres termes, un des deux marchés ne doit pas forcément être constitué des produits et services sur lesquels portent le refus de licence, ce qui est le cas des protocoles de communication permettant l'interopérabilité, qui ne font l'objet d'aucune transaction et donc d'aucun marché réel. De la sorte, la juridiction européenne de première instance s'inscrit dans la ligne du «marché hypothétique» de l'affaire *IMS Health*. En revanche, pour juger du critère de l'élimination de concurrence, l'existence du second marché, en l'espèce celui des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, fait l'objet d'un long examen, qui reprend, pour l'essentiel, la démonstration faite par la Commission dans sa décision de 2004<sup>35</sup>.

## B. Le caractère indispensable des informations refusées

La première condition à remplir pour conclure à l'abus de position dominante en matière de

refus de licence est le caractère indispensable des informations, produit ou service sur lequel porte ce refus, pour l'exercice d'une activité donnée sur un marché voisin. Un tel produit est indispensable lorsque, selon l'arrêt *Bronner*, il n'existe pas de substitut réel ou potentiel à celui-ci qui permettrait à l'entreprise d'exercer malgré tout l'activité envisagée<sup>36</sup>, dans la mesure où «il existe des obstacles techniques, réglementaires ou même économiques qui soient de nature à rendre impossible, [ou] déraisonnablement difficile» la reproduction du produit en question<sup>37</sup>.

Dans l'affaire *Microsoft*, la Commission avait considéré que la fourniture des informations nécessaires à l'interopérabilité avec l'architecture Windows était indispensable pour que les concurrents puissent exercer leur activité sur le marché des serveurs pour groupe de travail. Elle s'appuyait sur différents éléments de fait, ressortant de son analyse du contexte technique et de sondages réalisés auprès d'utilisateurs de tels produits. En premier lieu, le fonctionnement des ordinateurs en réseaux implique par essence une communication entre ces ordinateurs. Les consommateurs interrogés ont également insisté sur la nécessité d'une interopérabilité entre le système d'exploitation qu'ils choisissent pour gérer les serveurs de groupes de travail et les logiciels opérant sur les ordinateurs des utilisateurs qui composent ce groupe de travail. Enfin, toujours selon la Commission, la position dominante de Microsoft, qui atteint les 90% sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC, transforme

<sup>33</sup> Décision du T.P.I.C.E., § 335 *in fine*.

<sup>34</sup> *Ibidem*, § 335.

<sup>35</sup> *Ibidem*, §§ 480 à 532.

<sup>36</sup> C.J.C.E., *Bronner*, *op. cit.*, § 41.

<sup>37</sup> *Ibidem*, § 44. Voy. également les conclusions de l'avocat général Jacobs (§ 65) qui considère que c'est le cas «where duplication of the facility is impossible or extremely difficult owing to physical, geographical or legal constraints or is highly undesirable for reasons of public policy. It is not sufficient that the undertaking's control over a facility should give it a competitive advantage».

## JURISPRUDENCE

les systèmes Microsoft en une véritable norme de fait qui renforce la nécessité de l'interopérabilité des produits concurrents avec l'architecture de domaine Windows.

Le Tribunal va suivre la Commission en accrochant la vérification de la condition d'indispensabilité à la problématique de l'interopérabilité. Les informations demandées sont indispensables aux concurrents pour se maintenir dans le marché des serveurs pour groupe de travail, en raison de l'impératif d'interopérabilité qui caractérise l'environnement informatique.

La discussion se recentre alors sur deux questions. La première, et la plus intéressante, consiste à déterminer ce qu'on entend par interopérabilité et quel en est le degré recherché pour réellement garantir une concurrence non faussée. La deuxième est celle de l'existence ou non de substituts aux informations demandées, soit d'alternatives pertinentes pour parvenir à l'interopérabilité requise. Sur ce dernier point, Microsoft invoquait cinq autres solutions pour parvenir à la compatibilité des programmes<sup>38</sup>, solutions que le Tribunal rejette rapidement, considérant que leur effectivité n'est pas prouvée<sup>39</sup>.

C'est surtout la notion d'interopérabilité retenue par l'arrêt qui mérite un développement, tant elle permet graduellement, au départ pourtant d'une notion principalement technique, de dicter un standard de concurrence assez généreux pour les entreprises concurrentes de titulaires de droits intellectuels.

### 1. L'interopérabilité, norme de communication entre systèmes informatiques

Dans sa décision de 2004, la Commission semble opter pour une approche très large de l'interopérabilité, à la fois objectif et moyen de l'innovation technique, l'appuyant sur la notion

de standards ouverts sur lesquels reposeraient les produits de différents vendeurs «de telle façon que le consommateur ait le choix entre différents produits correspondants, qui peuvent se substituer l'un à l'autre»<sup>40</sup>. Pour parvenir à cette interopérabilité, les entreprises devraient soit s'entendre sur des normes ouvertes, qui par nature permettraient la communication des produits ainsi développés, soit communiquer les spécifications d'interfaces des logiciels pour permettre aux concurrents de développer des produits compatibles avec ceux-ci.

En somme, l'interopérabilité défendue par la Commission est celle d'une communication absolue entre les dispositifs informatiques, interopérabilité qui permettrait aux logiciels d'application de fonctionner sur tout système d'exploitation, ainsi qu'à tous systèmes d'exploitation d'interagir entre eux. Microsoft conteste cette vision et s'appuie au contraire sur la notion d'interopérabilité qui, selon elle, apparaît dans la directive européenne sur la protection des programmes d'ordinateur. Pour rappel, cette directive de 1991 protège les logiciels par le droit d'auteur et établit les droits exclusifs et les limitations à ces droits. Afin de promouvoir le fonctionnement réciproque des logiciels, ce texte autorise la décompilation du programme d'ordinateur pour obtenir l'information nécessaire pour créer un programme qui serait interopérable avec le programme décompilé. Selon Microsoft, la notion d'interopérabilité ainsi poursuivie par la directive ne vise qu'à permettre aux logiciels de fonctionner ensemble, ce degré de compatibilité étant déjà possible sur le marché sur la base des informations fournies par le développeur de Windows<sup>41</sup>. La Commission irait bien au-delà, et serait donc en contradiction avec le droit communautaire, en exigeant une information qui habiliterait deux produits logiciels

<sup>38</sup> Décision du T.P.I.C.E., § 346.

<sup>39</sup> *Ibidem*, § 435.

<sup>40</sup> Décision de la Commission, *op. cit.*, § 30.

<sup>41</sup> Décision du T.P.I.C.E., §§ 222 et s.

à échanger des informations et à les utiliser mutuellement.

On peut comprendre cette différence de positions, en tout cas, telle qu'elle est décrite par la société Microsoft, par une métaphore linguistique. L'interopérabilité dite « unidirectionnelle » selon les termes de la Commission, qu'accepterait Microsoft, serait similaire à la situation d'un francophone qui s'appuierait sur un interprète pour comprendre ce que lui dit un néerlandophone. Il ne peut interagir avec ce dernier que de manière imparfaite, mais est au moins capable de comprendre les paroles de son interlocuteur. En revanche, il y aurait une interopérabilité « bidirectionnelle », toujours selon l'expression utilisée par la Commission, lorsque le francophone et le néerlandophone, tous deux parfaitement bilingues, seraient susceptibles de dialoguer sur un même pied d'égalité, le francophone peut alors se comporter véritablement comme un néerlandophone dans sa communication avec l'autre.

L'enjeu de cette question, qui fait l'objet d'une longue et fastidieuse analyse factuelle dans la décision, n'est pas mince. La position de la Commission implique que l'information fournie jusqu'ici par Microsoft à ses concurrents n'est pas suffisante car elle permet certes à leurs serveurs pour groupe de travail d'inclure les PC fonctionnant sous Windows, mais ne laisse pas se déployer tous les avantages d'une compatibilité entre les ordinateurs des utilisateurs et le système exploitant le groupe de travail. Pour la Commission, il faut parvenir à une véritable « capacité de « travailler avec » l'environnement Microsoft »<sup>42</sup>.

Le Tribunal suit les considérations techniques relevées par la décision attaquée et principalement le fait que les fonctions principales d'un serveur pour groupe de travail est de fournir des services (tels que le partage de fichiers et

d'imprimantes, ainsi que la gestion des utilisateurs) qui s'appuient, dans le système Windows, sur une architecture d'interconnexions et d'interactions qui seule permet d'assurer un accès véritablement transparent à ces services<sup>43</sup>. Il ne suffirait donc pas que les ordinateurs des utilisateurs d'un groupe de travail puissent être compris par le logiciel gérant le serveur organisant celui-ci, mais bien que ce logiciel d'exploitation du serveur puisse parfaitement les inclure dans sa gestion des utilisateurs, dans un processus de communication transparent et réciproque (ou « bidirectionnel »).

Pour les juges communautaires, que Microsoft considère que le concept d'interopérabilité choisi déroge à la directive de 1991 sur la protection juridique des programmes d'ordinateur, importe peu. À la fois parce que ce texte lui-même penche pour une notion d'interopérabilité plus complète qu'une simple compréhension du fonctionnement d'un logiciel particulier, ainsi qu'en témoigne le considérant 12 qui réfère à la « capacité d'échanger des informations et d'utiliser *mutuellement* les informations échangées »<sup>44</sup>; mais surtout parce qu'il est question ici d'une application de l'article 82 du Traité, norme supérieure à la directive de 1991, qui n'est qu'un texte législatif dérivé<sup>45</sup>. À juste titre, nous semble-t-il, le Tribunal considère que la notion d'interopérabilité apparaissant dans la protection juridique des logiciels, quelle qu'en soit par ailleurs l'interprétation qu'on puisse en faire, ne vide pas le débat sur l'interopérabilité ni ne préjuge du degré d'interopérabilité qui pourrait être requis par le droit de la concurrence. En l'espèce, les informations déjà fournies par le concepteur des produits Windows ne sont pas suffisantes en termes d'interopérabilité puisqu'elles ne permettent pas aux concurrents d'exercer leur

<sup>42</sup> *Ibidem*, § 146.

<sup>43</sup> *Ibidem*, § 186.

<sup>44</sup> *Ibidem*, § 226 (je souligne).

<sup>45</sup> *Ibidem*, § 227.

activité d'une manière viable sur le marché en question<sup>46</sup>.

Cette différence de perception est somme toute assez logique. L'exception prévue dans la directive de 1991 sur la protection des programmes d'ordinateurs constitue une solution *ex ante* au besoin d'interopérabilité entre systèmes informatiques. Elle ne peut donc se baser que sur une notion d'interopérabilité définie de manière abstraite et par référence à un idéal de communication mutuelle entre logiciels. En revanche, l'application du droit antitrust pour parvenir à une interopérabilité nécessaire pour sauvegarder une concurrence effective sur un marché, constitue une solution *ex post*, qui autorise à apprécier le degré d'interopérabilité requis *in concreto*, en fonction de la situation réelle du marché et de la capacité des informations déjà fournies à garantir la concurrence souhaitée. En outre, le droit de la concurrence va avoir pour effet d'imposer au titulaire du droit intellectuel une obligation positive de délivrer les informations nécessaires, alors que la directive n'oblige que négativement le titulaire de droit à tolérer la décompilation.

## 2. L'interopérabilité, une interaction sans clonage

En raison du choix en faveur d'une interopérabilité synonyme de communication mutuelle et parfaite entre systèmes informatiques, Microsoft se voit obligée de fournir les spécifications relatives à l'architecture Windows afin de permettre une interopérabilité tant de serveurs à ordinateurs personnels des utilisateurs que de serveurs à serveurs. Cette dernière considère que c'est la porte ouverte à un clonage de ses produits par ses concurrents, ceux-ci bénéficiant de toutes les informations pour conformer leurs produits d'une manière identique à ceux de Microsoft. Etre capable de « travailler *avec* », n'est-ce pas confi-

gurer les systèmes pour « travailler *comme* » et donc les transformer en répliques des produits Microsoft? Pas du tout, clame la Commission, arguant du fait que les informations souhaitées ne visent que les spécifications des protocoles de communication, ce qui ne s'étend pas au code source des programmes qui seul permettrait la réalisation de clones des systèmes d'exploitation concernés.

Le Tribunal soutient cette position en considérant qu'« il ne saurait être déduit du degré d'interopérabilité retenu (...) que les systèmes d'exploitation pour serveurs concurrents fonctionnent à tous égards comme un système d'exploitation Windows pour serveurs et, partant, à ce que les concurrents de Microsoft soient en mesure de cloner ou de reproduire ses produits ou certaines caractéristiques de ceux-ci »<sup>47</sup> et qu'il « n'est pas requis que les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrents de Microsoft fonctionnent exactement de la même manière, sur le plan interne, que les systèmes d'exploitations Windows »<sup>48</sup>. L'interopérabilité « bidirectionnelle » ne signifie donc pas clonage, qui n'est pas rendu possible par la seule communication des spécifications des protocoles, en l'absence d'une fourniture du code source ou des détails de mise en œuvre sur lesquels pourrait se fonder, en revanche, une reproduction à l'identique des logiciels en question.

Cette question du clonage possible des produits Microsoft revient sans cesse dans la décision que ce soit dans la démonstration d'un second marché, ou marché dérivé (se comporter comme les produits Microsoft, cela peut être considéré comme une intervention sur le même marché), ou dans la vérification de la condition relative au nouveau produit. À chaque fois, le Tribunal va rejeter l'allégation faite par Microsoft d'une duplique de ses produits.

<sup>47</sup> *Ibidem*, § 234.

<sup>48</sup> *Ibidem*, § 238.

<sup>46</sup> *Ibidem*, § 229 *in fine*.

### 3. L'interopérabilité, une conséquence des économies de réseau

En se rangeant derrière la position de la Commission, le T.P.I. promeut une politique de standards ouverts et de communication maximale entre les produits informatiques. L'effet de réseau qui caractérise l'environnement informatique et les produits destinés au fonctionnement des ordinateurs en réseau n'y est pas étranger. Pour rappel, il y a un effet dit de réseau lorsque l'utilité d'un produit ou d'un service pour un consommateur augmente en proportion de l'utilité du même produit ou service pour d'autres utilisateurs. En conséquence, plus la demande augmente pour un produit, plus le nombre d'utilisateurs attirés par le réseau s'accroît. En outre, plus est élevé le nombre d'utilisateurs d'un réseau particulier, plus le nombre de produits compatibles avec ce réseau va augmenter, au point d'exclure progressivement les biens non compatibles. L'effet de réseau est donc par nature cumulatif. L'exemple type est celui du téléphone qui n'a d'intérêt pour les consommateurs qu'en proportion du nombre d'abonnés à ce réseau de téléphonie (à quoi servirait-il de ne pouvoir téléphoner qu'à une dizaine de personnes?).

Cet effet de réseau justifie particulièrement qu'une interopérabilité soit recherchée pour permettre à toutes les entreprises de s'accrocher à un produit gagnant dans un réseau, l'exclusion y ayant un effet boule de neige. Un standard dominant dans un réseau implique que le fournisseur de ce standard bénéficie d'un avantage particulier et peut exclure les concurrents ne jouant pas selon les normes du réseau. Les entraves à l'entrée dans des réseaux sont donc fréquentes et dépendent notamment de l'interopérabilité possible entre les produits ou services qui y sont présents.

L'idée d'une interopérabilité nécessaire dans une économie de réseaux a fortement inspiré la décision du Tribunal. On y trouve par

exemple l'affirmation selon laquelle l'absence d'interopérabilité « a pour effet de renforcer la position concurrentielle de Microsoft sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, notamment en ce qu'elle conduit les consommateurs à utiliser son système d'exploitation pour serveurs de groupe de travail de préférence à ceux de ses concurrents »<sup>49</sup>. Cette préférence des consommateurs est exactement ce qui résulte d'un effet de réseau<sup>50</sup>. La position dominante de Microsoft sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC lui procure *ipso facto* un avantage concurrentiel par rapport à ses concurrents dans une économie de réseau. Y appuyer le critère d'indispensabilité des informations sur lesquelles porte le refus de fourniture, comme le fait la juridiction européenne, s'éloigne de la démonstration normalement requise de l'absence de substituts réels ou potentiels aux informations en question pour poursuivre une activité sur un second marché. À la place, un autre critère est avancé par le T.P.I.: « il [est] nécessaire que les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrents de Microsoft soient en mesure d'interopérer avec l'architecture de domaine Windows *sur un pied d'égalité* avec les systèmes d'exploitation Windows pour serveurs de groupe de travail pour pouvoir être *commercialisés de manière viable* sur le marché »<sup>51</sup>.

S'agit-il d'un nouveau critère, celui de l'avantage concurrentiel dont devraient jouir également toutes les entreprises sur un même marché? De l'accès à un marché dont on est exclu par refus d'accès à des biens ou informations indispensables, à l'exercice d'une activité sur un marché d'une *manière viable* ou *sur un pied d'égalité* avec les produits et services

<sup>49</sup> *Ibidem*, § 422.

<sup>50</sup> Voy. la discussion sur cet effet réseau aux paragraphes 383 et suivants.

<sup>51</sup> *Ibidem*, § 421 (je souligne).

## JURISPRUDENCE

offerts par une entreprise en position dominante, il y a un saut quantitatif assez conséquent. Peut-on l'expliquer par la particularité des économies de réseau? Ou cette nouvelle générosité des autorités européennes de la concurrence sera-t-elle amenée à s'appliquer à tous les cas de refus de fourniture d'un produit ou service? Ce critère remplace-t-il, dans l'analyse du caractère indispensable de l'objet du refus contesté, la notion de substituts résultant de la jurisprudence *Bronner* ou n'en constitue-t-il qu'une illustration spécifique?

Toutes ces questions paraissent rester ouvertes. En l'espèce, il ne s'agissait pas de permettre à des concurrents l'accès à un marché dont ils étaient exclus mais de garantir que ceux-ci puissent se maintenir dans un marché dont ils sont progressivement évincés. Sun et les autres plaignants étaient en effet présents sur le marché des serveurs pour groupe de travail bien avant Microsoft. Cette éviction s'explique en partie par l'effet de réseau dont bénéficie cette dernière société, fondée sur le standard qu'est devenu son système d'exploitation Windows. Ces circonstances particulières à l'espèce et à l'environnement informatique justifient probablement que le Tribunal évoque *l'égalité* qui doit primer dans les relations entre les produits concurrents dans cette économie particulière. Il n'empêche que l'expression ne manquera pas de faire hausser les sourcils de nombreux spécialistes du droit de la concurrence.

### C. Le risque d'exclusion de la concurrence

À défaut de bénéficier d'une licence sur le produit ou service détenu par l'entreprise en position dominante, les concurrents pourraient être exclus du marché voisin sur lequel ils entendent exercer leur activité. C'est la deuxième condition requise par les arrêts *Magill* et *IMS Health*.

Ici encore, les faits sont contestés par Microsoft qui prétend que toute concurrence n'a certainement pas disparu puisque de nombreux nouveaux acteurs, tel Linux, sont apparus et ont accru leur présence sur le marché des serveurs pour groupe de travail, en dépit du refus faisant l'objet du litige. Le Tribunal de première instance, suivant une fois de plus l'analyse factuelle de la Commission, va toutefois considérer que la position de ces concurrents est marginale ou ne cesse de diminuer<sup>52</sup>. Plus intéressante est la précision que le critère ne repose pas uniquement sur une élimination effective de toute concurrence, mais qu'un simple *risque* d'élimination de la concurrence sur le marché concerné suffit. Avec une certaine logique, la décision relève que, s'il fallait attendre que toute concurrence soit éliminée du marché pour pouvoir appliquer l'article 82, « cela irait manifestement à l'encontre de l'objectif de [celui]-ci qui est de préserver une concurrence non faussée dans le marché commun et, notamment, de protéger la concurrence encore existante sur le marché en cause »<sup>53</sup>.

À quoi servirait-il en effet d'en appeler à l'intervention du droit de la concurrence lorsque celle-ci est déjà laminée par le comportement d'un acteur en position dominante? Le risque d'élimination de la concurrence apparaissait déjà dans la jurisprudence<sup>54</sup> et dans le document de discussion de la Commission européenne sur l'application de l'article 82 du Traité<sup>55</sup>.

Le T.P.I. ne se prive pas d'ailleurs de rappeler une allocution de Bill Gates qui annonçait,

<sup>52</sup> *Ibidem*, § 580.

<sup>53</sup> *Ibidem*, § 561.

<sup>54</sup> C.J.C.E., 6 mars 1974, *Commercial Solvents*, aff. jointes C-6/73 et 7/73, *Rec.*, 1974, p. 223, § 25.

<sup>55</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, December 2005, § 222.

dès 1997, que « nous essayons d'utiliser notre maîtrise des serveurs pour concevoir de nouveaux protocoles et exclure plus particulièrement Sun et Oracle (...), je ne sais pas si nous y parviendrons, mais en tout cas, c'est ce que nous essayons de faire »<sup>56</sup>. Microsoft aurait beau jeu dès lors de prétendre que l'objectif de son refus n'est pas l'élimination des concurrents sur ce marché...

#### D. L'entrave à l'apparition d'un produit nouveau

C'est probablement sur la condition du « produit nouveau » que la décision Microsoft sera le plus commentée. Issue de la jurisprudence *Magill*, et spécifique aux affaires impliquant des droits intellectuels, l'exigence de l'apparition d'un produit ou service nouveau, qui serait obérée par le refus de licence, permet de ne pas user du droit de la concurrence pour ouvrir l'accès au produit protégé à de simples volontés de copie, qui iraient fondamentalement à l'encontre de l'exclusivité conférée par la propriété intellectuelle.

Ce bonus du produit nouveau, s'il s'inscrit dans la logique inhérente de la propriété intellectuelle d'empêcher la copie par des simples « passagers clandestins » (ou *free-riders*), n'a toutefois pas permis de lever toute équivoque. Car la Cour de justice s'est bien gardée d'en définir les contours. L'affaire *Magill*, en dépit des premières réactions hostiles des « intellectuelistes », avait le mérite d'être limpide. C'était même trop beau pour être vrai : un droit intellectuel sur des informations brutes, au point que le droit intellectuel en devenait suspect, empêchait l'apparition d'un produit totalement différent de ces informations et demandé par les consommateurs. En termes de bien-être des consommateurs, il n'y avait rien à redire. Les informations allaient certes être copiées, faisant fi de l'exclusivité de prin-

cipe du droit d'auteur qui les protégeait, mais le produit intégrant ces données, le magazine de télévision, ne se limitait pas à cette duplication.

Dans *IMS Health*, c'est déjà beaucoup plus tendancieux. Le concurrent de la société de données pharmaceutiques avait bien essayé de proposer un produit nouveau sur le marché mais s'était résigné, en raison du refus des entreprises clientes, habituées à la structure de données existante, de migrer vers une nouvelle solution. Rester sur le marché signifiait en conséquence adopter le produit existant et protégé par un droit intellectuel. Malgré cette absence patente de nouveau produit dans le cas d'espèce, la Cour européenne a persisté à requérir que le refus de licence entrave l'apparition d'un nouveau produit, condition remplie dès que le concurrent ne se limite pas à dupliquer le produit sur lequel porte le droit intellectuel<sup>57</sup>.

Une condition fort gênante, celle du produit nouveau ? Cela va sans dire, car l'embarras des juridictions européennes est perceptible dans l'affaire *IMS Health*. J. Drexel a bien tenté de sortir de l'impasse de ce critère. Dans un plaidoyer excellemment argumenté<sup>58</sup>, il propose de distinguer deux situations. La première se vérifierait lorsque, à l'instar du cas *Magill*, l'apparition d'un produit nouveau est possible dans un marché en aval, mais se heurte au refus de licence nécessaire sur un des éléments permettant la fabrication et l'offre de ce produit nouveau. Dans ce cas, le critère du produit nouveau doit faire partie de l'analyse de l'éventuel abus de position domi-

<sup>57</sup> *IMS Health*, *op. cit.*, § 49.

<sup>58</sup> J. DREXEL, « Abuse of dominance in licensing and refusal to license: a « more economic approach » to competition by imitation and to competition by substitution », in Cl.-D. EHLERMAN et I. ATANASIU, *The interaction between competition law and intellectual property – European Competition Law Annual*, Hart Publishing, 2007, p. 647.

<sup>56</sup> Décision du T.P.I.C.E., § 771.

## JURISPRUDENCE

nante expliquant le refus opposé. À l'inverse, il existe des situations, et l'affaire *IMS Health* en est une (ce qui expliquait notamment la question préjudicielle posée), où l'apparition d'un produit nouveau est entravée, non seulement par le refus d'accès à des informations, produits ou services essentiels, mais par les conditions mêmes du marché, notamment par l'absence d'une demande des consommateurs pour ce produit. Pour ces situations, l'imitation du produit existant pourrait être autorisée par le moyen d'une licence obligatoire lorsque le refus d'une entreprise en position dominante exclut toute concurrence sur ce marché, sans qu'on doive nécessairement appliquer la condition du produit nouveau.

La Commission et le Tribunal de première instance auraient pu utilement s'inspirer de cette réflexion (malgré que celle-ci laisse alors béante la question de la protection spécifique du droit intellectuel). Le cas Microsoft se situe en effet dans une position intermédiaire entre une concurrence par imitation et une concurrence par substitution ou par produit nouveau. Les concurrents du géant informatique désirent rester sur un marché qu'ils occupent déjà (même si leur position tend à s'y réduire), non pas en développant de nouveaux produits<sup>59</sup> mais en adaptant les serveurs qu'ils commercialisent pour leur permettre d'interagir avec l'architecture Windows, condition à leur maintien viable sur ce marché particulier. Il ne s'agit ni d'imitation complète, en supposant que le clonage des produits de Microsoft ne soit pas recherché, ni d'apport d'un nouveau produit sur le marché. Cette incertitude est précisément ce que Microsoft conteste, insistant sur l'absence du développement d'un produit

réellement nouveau, pour lequel il existerait une demande des consommateurs.

Appliquer aveuglément la condition de produit nouveau dans le flou qui entoure celle-ci dans la jurisprudence européenne risquait de mener à une impasse. La Commission va chercher la solution dans les interstices de la notion de produit nouveau découlant de la décision *IMS Health*: s'arc-boutant sur la seule définition donnée dans cet arrêt, soit sur l'absence de pure reproduction des produits déjà offerts sur le marché par le titulaire du droit intellectuel, auteur du refus, elle justifie sa décision de 2004, comme une vérification que le refus de Microsoft « était un « refus de permettre l'innovation subséquente », c'est-à-dire le développement de produits nouveaux, et non un simple refus d'autoriser la reproduction »<sup>60</sup>.

Le Tribunal, inspiré sur ce point par la Commission, trouve une porte de sortie honorable en s'appuyant sur l'article 82 du Traité: la vérification de la condition du produit nouveau, si elle est suffisante pour prouver l'abus, ne serait pas pour autant nécessaire. En réalité, la circonstance selon laquelle le comportement reproché empêche l'apparition d'un produit nouveau sur le marché est à prendre en considération dans le contexte de l'article 82, second alinéa, sous b), CE, lequel interdit les pratiques abusives consistant à « limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ». Il faut plutôt examiner dans quelle mesure le refus reproché au titulaire du droit intellectuel est susceptible de porter préjudice aux consommateurs, sans que le critère de l'apparition d'un produit nouveau puisse être considéré comme l'unique paramètre à prendre en considération<sup>61</sup>. Toute limitation du développement technique qui serait favorisée par le refus de licence peut

<sup>59</sup> D. GERADIN, « Limiting the scope of article 82 EC: What can the EU learn from the U.S. Supreme Court's judgement in *Trinko* in the wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom*? », *Common Market Law Review*, 2004, p. 1538.

<sup>60</sup> Décision du T.P.I.C.E., § 632.

<sup>61</sup> *Ibidem*, §§ 643 à 647.

constituer un critère de l'abus de position dominante dans les cas de refus de fourniture, même soutenus par des droits de propriété intellectuelle.

Ainsi que le dit joliment N. Petit, « d'un trait de plume, la condition de produit nouveau se trouve donc reléguée du rang de principe au rang de simple illustration »<sup>62</sup>. Ce n'est pourtant pas à l'avantage de la clarté, car que signifie la notion de « développement technique » ? N'est-elle pas aussi floue, voire davantage, que celle de produit nouveau ? La condition de produit nouveau, qui distinguait les cas de refus de fourniture impliquant des droits de propriété intellectuelle, ayant désormais disparu, n'est-ce pas un nivellement avec les autres hypothèses de refus d'accès ? Comment alors protéger l'innovation inhérente aux droits intellectuels ? Que devront prouver les entreprises souhaitant accéder à un objet protégé par un droit intellectuel ? Potentiellement, la simple amélioration, voire la seule modification, de celui-ci ne suffit-elle pas à démontrer un développement technique<sup>63</sup> ? Ne suffira-t-il pas de constater que les conditions sont réunies pour qu'il y ait innovation, sans que celle-ci soit effectivement prouvée ? L'approche qui s'écarte du critère vague de produit nouveau ne manque pas d'intérêt à condition toutefois qu'elle apporte un peu plus de sécurité juridique.

En l'espèce, en démontrant que l'absence d'interopérabilité dans le secteur concerné orientait les décisions des consommateurs vers les seuls produits de l'entreprise en position dominante, la Commission aurait prouvé une limitation à l'innovation technique, les concurrents de Microsoft n'ayant aucune incitation à innover, puisque le choix des consommateurs,

dictés par l'interopérabilité prépondérante des produits Microsoft, ne tiendra pas compte des caractéristiques innovantes de leurs produits. En quelque sorte, malgré que le Tribunal ait en premier lieu prétendu analyser la situation sous le prisme des circonstances exceptionnelles de *Magill* et *IMS*, l'éviction du critère du produit nouveau au bénéfice d'une réflexion plus large sur l'innovation technique lui permet de s'affranchir de ce « triple test », comme l'avait fait, sans remords, la Commission.

Ceci dit, certaines habitudes ont la vie dure car le Tribunal semble avoir bien du mal à se défaire de cet encombrant « produit nouveau ». Ainsi il revient longuement sur l'argument de Microsoft selon lequel les concurrents seraient autorisés à reproduire purement et simplement ses produits, n'apportant donc aucune nouveauté ou innovation<sup>64</sup>. Allégation que la juridiction européenne rejette, tout en s'empêtrant les pieds dans un distinguo subtil entre « reproduction » du produit et « différenciation » par rapport à celui-ci, ce qui réintroduit en définitive la notion du produit nouveau de *IMS Health*<sup>65</sup>.

Surtout, le paragraphe 665 clôt cette discussion sur le critère du produit nouveau qui avait commencé par écarter ce critère, en y revenant pour conclure que « la circonstance relative à l'apparition d'un produit nouveau est présente en l'espèce »<sup>66</sup>. C'est à y perdre son latin.

Ce n'est pas tout. Probablement pour couvrir ses arrières, le Tribunal élargit encore un peu plus, s'il en était besoin, l'application du cadre général de l'article 82 du Traité, en y incluant les pratiques qui causent un préjudice indirect aux consommateurs en portant atteinte à une structure de concurrence effective<sup>67</sup>. Ce qui

<sup>62</sup> N. PETIT, *op. cit.*

<sup>63</sup> D. HOWARTH et K. MACMAHON, « Windows has performed an illegal operation: the Court of first instance's judgement in Microsoft v Commission », *E.C.L.R.*, 2008, p. 123.

<sup>64</sup> Voy. également notre réflexion sur cette question *supra*.

<sup>65</sup> Voy. les §§ 653 à 658 de la décision du Tribunal.

<sup>66</sup> Décision du T.P.I.C.E., § 665 *in fine*.

<sup>67</sup> *Ibidem*, § 664.

## JURISPRUDENCE

n'est pas en soi contestable<sup>68</sup>. Mais fallait-il pour autant y ajouter qu'« en l'occurrence, Microsoft a porté atteinte à la structure de concurrence effective sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail *en y acquérant une part de marché importante* »<sup>69</sup>? Quand on sait que l'occupation d'une position dominante sur un marché n'est pas en soi abusive, il faut avouer que cela fait désordre...

À prendre au sérieux ce dernier attendu tout en le reliant au reste de la décision, on pourrait croire qu'une position dominante dans un marché nuit en principe à l'innovation, réduisant les incitants des concurrents à innover, incitants qu'il faut rétablir en permettant à ces derniers d'exercer leur activité *sur un pied d'égalité* avec la position dominante, quels que soient l'innovation et les droits exclusifs qui sous-tendent l'avantage concurrentiel de celle-ci. Il y aurait là davantage une protection des concurrents, qui devraient pouvoir bénéficier des avantages acquis par les entreprises dominantes, qu'une réelle vérification du préjudice porté à la concurrence et au bien-être des consommateurs<sup>70</sup>. En outre, les économies en réseau favorisant l'acquisition de positions dominantes, forcer l'égalité entre les concurrents, sans une vérification de l'éventuel bienfait économique de ces effets de réseau, risquerait d'être excessive.

Sans doute ne faut-il voir dans cet attendu qu'une erreur de formulation et ne retenir de cet endroit de l'arrêt, que le fait que le refus de licence réduise le développement et l'innovation technique de quelque manière que ce soit, en ce compris, mais pas essentiellement,

en entravant l'apparition d'un produit nouveau sur un second marché, peut être considéré comme une circonstance à prendre en considération dans l'application de l'article 82 du Traité.

C'est d'ailleurs en ce sens que se prononce le document de discussion de la Commission européenne sur l'application de l'article 82, qui, s'éloignant du seul critère de produit nouveau, considère que: « a refusal to licence an IPR protected technology which is indispensable as a basis for follow-on innovation by competitors may be abusive even if the licence is not sought to directly incorporate the technology in clearly identifiable new goods and services. The refusal of licensing an IPR protected technology should not impair consumers' ability to benefit from innovation brought about by the dominant undertaking's competitors »<sup>71</sup>.

Reste à voir ce que feront les autorités de la concurrence, tant administratives que juridictionnelles, de ce qui ne ressemble encore qu'à un balbutiement.

### E. L'absence d'une justification objective

Traditionnellement, une fois prouvés les trois critères *Magill* constituant les circonstances exceptionnelles, soit l'abus en matière de refus de licence, l'auteur du refus peut encore arguer de l'existence d'éléments justifiant son comportement. Là aussi le critère reste assez vague et la jurisprudence n'a pas jusqu'ici livré beaucoup d'éléments permettant de cerner ce qui pourrait constituer un refus objectif.

Microsoft invoque plusieurs éléments<sup>72</sup>: les droits de propriété intellectuelle qu'il détient sur les informations demandées, le secret, l'innovation et la valeur résidant dans la technologie pour laquelle les informations sont requises.

<sup>68</sup> Voy. notamment C.J.C.E., 3 février 1979, *Hoffmann-La Roche*, C-85/76, *Rec.*, 1979, p. 461.

<sup>69</sup> Décision du T.P.I.C.E., § 664 *in fine* (je souligne).

<sup>70</sup> D. GERADIN, *op. cit.*, p. 1532. Voy. également F. LÉVÊQUE, « Innovation, leveraging and essential facilities: Interoperability licensing in the EU Microsoft case », in F. LÉVÊQUE et H. SHELANSKI, *Antitrust, Patents and Copyright – EU and US perspectives*, Edward Elgar, 2005, p. 115

<sup>71</sup> DG Competition discussion paper, *op. cit.*, § 240.

<sup>72</sup> Décision du T.P.I.C.E., §§ 666 à 671.

Plus généralement, l'entreprise accusée d'abus de sa position dominante défend que la fourniture des informations aurait un effet réducteur sur sa propre incitation à innover ce qui irait à l'encontre du but recherché par la Commission.

Aucun de ces arguments ne trouve grâce aux yeux des juges communautaires. Invoquer tout d'abord des droits de propriété intellectuelle pour faire échec à une obligation de fournir une licence ne fait aucun sens car cela immuniserait tout cas de refus basé sur le droit intellectuel, ce qui prendrait le contre-pied de la jurisprudence *Magill* et suivante<sup>73</sup>. Cela donne d'ailleurs l'occasion au TPI de rappeler la ligne de démarcation entre le principe de l'exclusivité, substance du droit intellectuel qui permet de justifier les refus de licence, et les hypothèses d'abus en raison de circonstances exceptionnelles qui autorise une intervention de la concurrence sur le champ d'application de cette exclusivité.

Quant au secret des informations, le Tribunal réitère que: «rien ne justifie qu'une technologie secrète bénéficie d'un degré de protection plus élevé que, par exemple, une technologie que son inventeur a dû divulguer au public dans le cadre d'une procédure de délivrance d'un brevet»<sup>74</sup>. Le désir de Microsoft de protéger particulièrement ce qu'il a déjà rendu secret échoue tout naturellement.

Sur le caractère innovant de la technologie, la décision considère qu'il s'agit d'une conséquence inéluctable de l'octroi de droits de propriété intellectuelle et que cela ne peut pas plus être soulevé comme un rempart contre une application de l'article 82<sup>75</sup>. On ne peut qu'approuver. Le tribunal refuse en outre de prendre en compte la possible incidence négative sur l'innovation de Microsoft elle-même, à

défaut d'éléments tangibles la démontrant<sup>76</sup>. Ici aussi, l'argument semble *a priori* circulaire: si l'exercice du droit intellectuel est raboté en raison du rappel à l'ordre des normes de la concurrence, l'incitation à l'innovation qui le sous-tend, du moins dans le discours classique de la propriété intellectuelle, en ressort amoindri, mais son invocation aux fins d'immuniser les droits intellectuels du jeu du droit de la concurrence ne peut prospérer.

En revanche, dans la mesure où cette décision Microsoft aboutit à imposer la communication de l'information relative à l'interopérabilité dans tous les cas de position dominante dans une économie de réseau, une lecture extrême de la décision pourrait impliquer qu'une licence obligatoire s'imposerait systématiquement à de telles informations. Si ces dernières sont effectivement protégées par un droit intellectuel, que reste-t-il dans ce cas de l'exclusivité qui devrait le caractériser? Il semble quand même difficile ici de faire l'économie d'une discussion sur les incitations à innover que cette imposition de licence influence<sup>77</sup>. Une des rares références à la fonction des droits intellectuels apparaît dans la décision de la Commission de 2004 qui énonce que «la fonction essentielle des droits de propriété intellectuelle est d'assurer la protection morale de l'œuvre et la rémunération de l'effort créateur. Mais la législation relative aux droits de propriété intellectuelle a également pour fondement essentiel de stimuler la créativité au service de l'intérêt public»<sup>78</sup>. Aucune mention de l'exclusivité des droits dans cette déclaration, transformée en droits à rémunération, outre la référence au droit moral (qui n'existe pourtant que de manière partielle en propriété intellectuelle). Quant à la protection des incitants à la création, si elle est liée à l'intérêt public par la Commission, c'est pour,

<sup>73</sup> *Ibidem*, §§ 690-691.

<sup>74</sup> *Ibidem*, § 693.

<sup>75</sup> *Ibidem*, § 695.

<sup>76</sup> *Ibidem*, §§ 697-698.

<sup>77</sup> Voy., pour cette réflexion, F. LÉVÊQUE, *op. cit.*

<sup>78</sup> Décision de la Commission, *op. cit.*, § 711.

## JURISPRUDENCE

dans la suite de ce passage, mieux justifier les licences obligatoires qui peuvent être imposées par le droit de la concurrence. Étrange conception de la propriété intellectuelle que celle-là ; d'autres services de la Commission ne nous ont pas habitués à une vision si minimaliste des droits intellectuels...

Sans doute aurait-il mieux valu de ne pas admettre si facilement que de telles informations faisaient l'objet d'un droit de propriété intellectuelle. Le « comme si » adopté par le tribunal pour éviter cette question, a des conséquences qu'il n'avait pas soupçonnées.

Le seul compromis fait à cette discussion sur l'incitation à innover consiste à approuver le raisonnement de la Commission qui a « mis en balance l'incidence négative que l'imposition d'une obligation de fournir les informations en cause pourrait avoir sur les incitations de Microsoft à innover avec l'incidence positive de cette obligation sur l'innovation dans l'ensemble du secteur »<sup>79</sup>.

À titre de comparaison sur les motifs objectifs de refus, le Conseil de la concurrence français dans un dossier également relatif à un cas d'interopérabilité de logiciels et systèmes informatiques, a admis certaines circonstances qui illustrent bien la justification objective qui pourrait être avancée par les auteurs de refus de licence<sup>80</sup>. Il s'agissait d'un refus de la société Apple de fournir les informations relatives à l'interopérabilité du système de gestion des droits appliqués au service iTunes et à l'architecture qui lie plus généralement le format iTunes et les iPod. En l'espèce, Apple justifiait son refus par le fait qu'une telle licence s'opposerait aux modifications fréquentes du format, nécessi-

tées par les attaques régulières dont il faisait l'objet, ainsi que l'obligation qui en découlerait de restructurer complètement l'architecture du système liant les plates-formes de téléchargement, les baladeurs et les formats utilisés, afin de pouvoir y intégrer les concurrents bénéficiant d'une telle licence, une telle modification mettant en péril la sécurité du système. L'organe français de la concurrence a admis ce point de vue<sup>81</sup>. On voit en tout cas qu'il s'agit là d'éléments externes au statut même des informations sur lesquelles porte le refus, à l'inverse des justifications avancées par Microsoft.

## CONCLUSION

Les cours de droit de la concurrence pourront désormais, au chapitre des rapports entre ce droit et la propriété intellectuelle, retracer l'évolution de la jurisprudence « de *Magill* à *Microsoft* ». Y verront-ils une évolution progressive et cohérente ou un chemin plein de détours et d'embûches ? La décision du 17 septembre 2007 a en tout cas été lue dans les deux sens par la doctrine, certains y voyant une simple adaptation du droit communautaire de la concurrence à l'environnement particulier de l'informatique<sup>82</sup>, d'autres critiquant au mieux les questions laissées ouvertes par le Tribunal<sup>83</sup>, au pire les distorsions qu'il a infligées à la jurisprudence antérieure<sup>84</sup>.

La dérive ou le retournement d'une jurisprudence ne peut réellement être jugée que quel-

<sup>81</sup> *Ibidem*, §§ 93-95.

<sup>82</sup> L. IDOT, « L'arrêt *Microsoft*: simple adaptation ou nouvelle interprétation de l'article 82 CE ? », *Europe*, décembre 2007, p. 5 ; J. GSTALTER, « L'arrêt *Microsoft* et la mise en œuvre de l'article 82 CE: quels enseignements pour l'analyse fondée sur les effets ? », *R.T.D.eur.*, octobre-décembre 2007, p. 742.

<sup>83</sup> S. VAN LOON, « Licentieweigering door Microsoft: Innovatiebelemmering of rechtmatige uitoefening van het intellectuele eigendomsrecht ? », *AMI*, 2007, p. 166.

<sup>84</sup> N. PETIT, « L'arrêt *Microsoft*: abus de position dominante, refus de licence et vente liée », *J.D.E.*, janvier 2008, p. 8.

<sup>79</sup> Décision du T.P.I.C.A., § 710.

<sup>80</sup> Décision du Conseil de la concurrence français, n° 04-D-54 du 9 novembre 2004 relative à des pratiques de mise en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques.

ques années après le fait générateur lorsque d'autres décisions permettent de prendre la mesure réelle des changements intervenus. Sur les critères d'un abus de position dominante appliqué au refus de donner en licence des droits intellectuels, tout n'est certainement pas dit et ce n'est pas l'affaire Microsoft qui clôt la discussion. Tout au plus apporte-t-elle à la fois quelques précisions bienvenues et des éléments troublants.

Au titre des précisions bienvenues, l'échappée belle de la Commission, qui semblait faire fi de la trame habituellement utilisée pour caractériser l'abus du refus de licence, a été quelque peu recadrée par le Tribunal qui s'accorde néanmoins quelques libertés par rapport à la jurisprudence *Magill* et *IMS Health*, en rejetant le caractère exhaustif des circonstances exceptionnelles relevées jusqu'ici. Cela semblait toutefois logique, tous les cas n'étant pas similaires.

Cette autonomie, avec laquelle le Tribunal, à son corps défendant, flirte néanmoins, s'explique probablement par les particularités de l'espèce et du secteur économique concerné. La super-dominance de Microsoft dont on nous dit qu'elle fut une rengaine presque gênante dans les discussions devant le Tribunal, motive certainement en partie la rigueur de la condamnation. Mais c'est surtout l'inscription des pratiques incriminées dans une économie de réseau (qu'on ne retrouve pas dans *Magill*, *Tiercé Ladbroke* ou *IMS Health*) qui peut justifier combien la question de l'interopérabilité occupe une place centrale dans l'arrêt, au point qu'on ait pris quelques libertés avec l'orthodoxie ou, pour le dire de manière moins critique, qu'on ait adapté les critères à une situation technique et économique différente.

L'interopérabilité des produits informatiques gouvernés par un effet de réseau est, selon les arguments des juges communautaires, une composante nécessaire d'une concurrence non faussée. Les produits des concurrents doivent

pouvoir se comporter comme les produits de l'entreprise dominante dans une telle économie, ce qui n'est pas sans reposer une fois de plus la pertinence de la vérification d'un produit nouveau et qui introduit l'exigence (trop?) généreuse que la concurrence doit pouvoir s'exercer *sur un pied d'égalité*. Voici les éléments troublants annoncés. Envisagée dans la ligne de la jurisprudence depuis *IMS Health*, la conjonction de l'abandon du critère de produit nouveau, du souhait d'une concurrence sur un pied d'égalité, et de la notion de marché même seulement hypothétique comme deuxième marché, ne peut qu'ébranler les titulaires de droits intellectuels. Dans les cas en effet où le refus portera sur de tels droits, la simple démonstration de l'entrave au développement technique, qui résulterait de la seule position avantageuse du titulaire du droit intellectuel dans une économie de réseau, semble suffire aux concurrents pour demander une licence afin de bénéficier des mêmes avantages sur le même marché. *Microsoft* complète *IMS-Health*: la boucle est bouclée.

Personne ne pourra contester qu'il y a là un relâchement des critères traditionnellement appliqués au refus de licence. Que ce soit pour un mieux ou non demande en revanche plus d'analyse, notamment économique.

Ce qui est tout aussi avéré est que l'interopérabilité s'invitera encore dans les arènes de la concurrence. L'affaire *Qualcomm* en cours devant les autorités de la concurrence européenne, qui porte sur des questions de standards et de brevets, n'en est pas très éloignée. Les protestations récentes sur l'acceptation du standard OOXML de Microsoft par l'ISO, en dépit des plaintes de la concurrence sur son absence d'interopérabilité<sup>85</sup>, risque également de faire tache d'huile.

<sup>85</sup> Voy. «FSFE concerned about quality of standardisation process», disponible sur: <http://mail.fsfeurope.org/pipermail/press-release/2008q2/000206.html>.

**JURISPRUDENCE**

Toutes des occasions pour le droit de concurrence communautaire de préciser sa jurisprudence, et notamment si l'affaire *Microsoft* augure d'une manière plus générale d'un abandon du critère de produit nouveau ou à tout le moins d'un affaiblissement de sa définition, et d'une insistance nouvelle sur la concurrence sur un pied d'égalité. Ou à l'inverse, si elle n'est qu'une envolée en solitaire justifiée par ce drôle de concept qu'est l'interopérabilité. Dans ce cas, des études économiques sur l'effet réel de l'interopérabilité ou son absence, sur son degré,

ou sur le bien-être des consommateurs qui en résulte, ne seraient assurément pas de trop.

Car, dans cette décision du Tribunal de première instance de septembre 2007, l'interopérabilité des systèmes informatiques est empreinte d'un caractère sacré, à l'instar d'un saint Graal des temps cybernétiques, dont on ne cherche pas à justifier la quête. Les juges européens se transformeront-ils en chevaliers de la Table ronde de l'environnement informatique ? Le droit de la concurrence en serait-il le roi Arthur ?

Séverine Dusollier