

Remarques introductives sur l'affaire Microsoft

Laurence Idot

Professeur à l'Université Paris I-Panthéon Sorbonne

1. Permettez moi tout d'abord de remercier l'ASAS et plus particulièrement son président, Me *Kobel*, pour cette aimable invitation.

Ma tâche est à la fois simple et compliquée :

* simple, parce que je n'ai qu'à présider une table ronde et que l'essentiel du travail va être fait par les deux intervenants principaux...

- Pour la Commission, M. *Kramler*, de la DG Concurrence, qui s'exprimera bien évidemment en son nom propre sans engager cette dernière,
- Pour la société Microsoft, M. C. *Maske*.

* compliquée, parce que l'affaire *Microsoft* est gigantesque, que c'est une véritable saga et que je suis beaucoup moins bien placée que mes interlocuteurs pour m'exprimer sur ce thème, ce qui me permettra de rester en retrait.

Dans les quelques minutes dont je dispose, je replacerai brièvement ce débat dans son contexte.

2. Sur le contexte mondial, je n'insisterai pas. Nous savons tous que les premiers contentieux se sont développés aux Etats-Unis, avant de gagner l'Union européenne, puis plus récemment l'Asie. Deux mots seulement.

S'agissant du contentieux américain, il faudrait tout le temps imparti à cette table ronde ne serait-ce que pour exposer les différents épisodes qui remontent à plus de 10 ans, 1994... Bien que les données de fait soient différentes, pour les européens, l'affaire *Microsoft III*, qui a débuté en 2000 et qui a connu un épisode remarqué avec l'adoption d'un *consent decree* en novembre 2002, est sans doute la plus intéressante, puisqu' étaient également en cause des problèmes d'accès à des droits protégés¹.

Hors Etats-Unis, nous avons tous entendu parler de la procédure coréenne qui s'est achevée début décembre 2005 par une condamnation pour abus de position dominante. Le débat portait, semble-t-il, sur le problème de l'intégration de certains logiciels comme le *media player* dans Windows². Cela me permet de faire le lien avec l'affaire communautaire

3. C'est, en effet, elle et elle seule qui doit aujourd'hui retenir notre attention.

¹ Parmi l'importante littérature consacrée à cette affaire, v. not., W. S. Grimes, "The Microsoft Litigation and Federalism in U.S. Antitrust Enforcement: Implications for International Competition Law", in *The Future of Transnational Antitrust – From Comparative to Common Competition Law*, J. Drexler (ed.), Berne, Staempfli, 2003, p. 237 et s. ; F. Brunet et E. de la Serre, "L'affaire Microsoft : le droit de la concurrence à la croisée des chemins", *Contrats concurrence consommation*, avril 2002, étude 9 ; v. égal. pour un parallèle avec la décision de la Commission, C. Prieto, in *Concurrences*, 2004, chr. Pratiques unilatérales, p. 57-59.

² D'après les informations fournies par la presse généraliste, une amende de 32 millions de dollars aurait été infligée.

Vous connaissez tous la décision de la Commission du 24 mars 2004³. Il suffit de rappeler le contenu de son dispositif :

* quant à la violation de l'article 82 CE, deux abus ont été identifiés :

- un problème d'accès, du fait de la limitation de l'interopérabilité entre les PC Windows et les serveurs de groupes de travail⁴ ;
- une pratique de vente liée, du fait de l'intégration du *Windows Media Player* (ci-après WMP) dans le système *Windows* pour clients de PC⁵.

* quant aux sanctions, en-dehors de l'amende de plus de 497 millions d'euros⁶ et de l'obligation de mettre fin aux infractions constatées⁷, deux injonctions ont été adoptées :

- la première pour répondre au premier abus : divulgation d'une documentation complète et précise sur les interfaces de manière à assurer l'interopérabilité totale entre les serveurs de groupe de travail concurrents et les PC et serveurs sous *Windows*⁸ ;
- la seconde, pour répondre au deuxième abus : proposer aux équipementiers une version du système *Windows* pour PC clients ne comprenant pas le lecteur WMP⁹.

L'originalité de la décision sur ce point réside dans le fait que la décision prévoit la désignation d'un mandataire chargé de vérifier que *Microsoft* se conforme à la décision¹⁰.

4. Depuis cette décision, que s'est-il passé ? Les rebondissements ont été doubles, puisqu'il y a à la fois un contentieux classique devant le juge (A) et un contentieux plus rare quant à l'exécution des injonctions (B).

5. A. De manière classique, *Microsoft* a formé **un recours en annulation** contre la décision le 7 juin 2004. D'après le résumé très sommaire publié au JOUE¹¹, les moyens peuvent être regroupés en quatre groupes :

- violation de l'article 82 CE du fait de la qualification d'abus retenue pour le refus de fournir des protocoles de communication ;
- violation de l'article 82 CE du fait de la qualification d'abus retenue pour l'intégration du WMP dans *Windows* ;
- absence de pouvoirs de la Commission pour désigner un mandataire ;
- absence de base juridique pour l'amende.

Naturellement, *Microsoft* a demandé parallèlement le sursis à exécution de la décision et dans l'attente de l'ordonnance, la Commission a accepté de suspendre l'exécution des injonctions au cours de l'année 2004.

³ Aff. COMP/C-3/37.292, disponible sur le site Internet de la Commission, DG Competition. IP/04/382, 24 mars 2004. Pour un commentaire en français, C. Prieto, in *Concurrences*, 2004, préc. ; C. de Watrigant, « 497 millions d'amende, qui dit mieux ? », *Communication commerce électronique*, 2005, étude 12 ; V. égal., R. Pardolesi et A. Renda, « The European Commission's case against Microsoft : Kill Bill ? », 27 *World Competition* 2004, n° 4, p. 513.

⁴ Dispositif, art. 2, sous a).

⁵ Dispositif, art. 2, sous b).

⁶ Dispositif, art. 3.

⁷ Dispositif, art. 4.

⁸ Dispositif, art. 5.

⁹ Dispositif, art. 6.

¹⁰ Dispositif, art. 7.

¹¹ JOUE, n° C. 179, 10 juillet 2004.

Le Président du Tribunal s'est prononcé dans une ordonnance le 22 décembre 2004¹². La demande de sursis à exécution a été rejetée, mais essentiellement parce que la condition d'urgence n'a pas été jugée remplie. En revanche, celle relative au *fumus boni juris* a été jugée satisfaite. Notons simplement que l'on trouve dans cette ordonnance des éléments intéressants pour alimenter notre table ronde.

Cette ordonnance n'est pas isolée, puisque 5 ordonnances statuant essentiellement sur des demandes d'intervention ont été rendues (la première en juillet 2004, la dernière en novembre 2005)¹³.

6. B. Mais l'élément le plus atypique résulte du contentieux qui oppose *Microsoft* et la Commission quant à **l'exécution des injonctions** depuis le rejet de la demande de sursis à exécution.

La première phase consécutive à l'ordonnance a été une phase informelle de négociations.

Mais un tournant est intervenu en juin 2005.

- Dans une lettre du 1^{er} juin 2005, la Commission spécifiait que Microsoft avait l'obligation de fournir les codes source des logiciels, y compris à des tiers ne disposant pas d'une licence ;
- parallèlement, la Commission déclarait qu'elle allait consulter les acteurs du marché sur les nouvelles propositions de Microsoft¹⁴;
- le 10 août 2005, Microsoft intentait un nouveau recours en annulation dirigé cette fois contre la lettre du 1^{er} juin 2005, fondé sur les moyens suivants : privation illégale de son droit de propriété ; violation du principe de proportionnalité ; violation du principe de sécurité juridique ; contrariété aux principes de droit international public¹⁵.
- en octobre 2005, le mandataire était désigné¹⁶.

Une nouvelle phase a débuté à la fin de l'année 2005 ;

- le 10 novembre 2005, la Commission a adopté une décision fondée sur l'article 24, § 1 du règlement n° 1/2003 ; en d'autres termes, elle a prolongé ses injonctions par une astreinte, en donnant jusqu'au 15 décembre à Microsoft pour fournir des spécifications d'interfaces complètes et adéquates à des conditions raisonnables et non discriminatoires.
- le 21 décembre 2005, estimant n'avoir pas obtenu satisfaction, elle a envoyé une communication des griefs pour non respect de ces obligations¹⁷.
- le délai pour répondre à cette communication expire le 15 février..., mais il y a eu un échange médiatiques fin janvier....

¹² TPICE (ord.), 22 décembre 2004, aff.T-201/04 R 2 ; parmi les commentaires en langue française, Europe, février 2004, comm. n° 57 ; *Concurrences*, 1/2005, chron. Procédures, p. 111-113, obs. F. Zivy. V. égal. MEMO/04/305, 22 décembre 2004.

¹³ TPICE (ord.), 26 juillet 2004, aff. T-201/04 R 1 ; v. *Concurrences*, 2004, chron. Procédures, obs. F. Zivy, p. 94-95 ; 9 mars 2005, aff. T-201/04 R 3, *Concurrences*, 2/2005, chron. Procédures, obs. F. Zivy, p. 89 ; 28 avril 2005, aff. T-201/04 R 4 ; 28 novembre 2005, aff. T-201/04 R 5, *Concurrences*, 1/2006, chron. Procédures, obs. F. Zivy, p. 183.

¹⁴ IP/05/673, 6 juin 2005.

¹⁵ Aff. T-313/05 ; JOUE, n° C. 257, 15 octobre 2005.

¹⁶ IP/05/1215, 5 octobre 2005.

¹⁷ IP/05/1695, 22 décembre 2005.

Vous comprendrez aisément que la procédure suit son cours et qu'il est difficile d'aborder de front la question du contenu des mesures proposées par *Microsoft*. Dans l'immédiat, je demanderai à nos deux intervenants de centrer leurs développements sur les problèmes de fond, qui au demeurant dépassent le cas *Microsoft*, à savoir la question des droits de propriété intellectuelle en cause et bien évidemment de l'interopérabilité¹⁸.

¹⁸ Depuis cette table ronde, Microsoft a répondu à la communication des griefs (MEMO/06/76, 15 février 2006).