

## L'EUROSCOPE

du Centre d'études européennes

Bulletin universitaire d'information sur l'Europe

PUBLICATIONS CEE - 2<sup>e</sup> TRIMESTRE 2013

## OUVRAGES

- ▶ **BERGÉ (J.-S.)**. – *Introduction générale au droit* (par P. Courbe, mise à jour de l'ouvrage à compter de la 12<sup>e</sup> éd. par J.-S. Bergé). – Paris : Dalloz, juin 2013. – 186 p..
- ▶ **ROBERT (L.)** / sous la dir. de. – *L'environnement et la Convention européenne des droits de l'homme*. – Bruxelles : Bruylant, 2013. – 244 p.

## ARTICLES / CONTRIBUTIONS / COMMUNICATIONS

- ▶ **ADALID (S.)**.
  - « Droits exclusifs des radiodiffuseurs télévisuels et droits fondamentaux : un équilibre biaisé (CJUE, 22 janv. 2013, *Sky Österreich GmbH*, aff. C-283/11) », p. 65-68 in : Chr. CEE Droit européen du marché intérieur (dir. sc. Éric Carpano). – RLDA 2013/82. Repères n° 4595.
  - « L'intégration financière : un fédéralisme pragmatique ». – Communication au colloque *L'Union européenne et le fédéralisme économique : nouveau ou continuité ?* – Paris, CEDECE, Assemblée nationale, 20-21 juin 2013.
- ▶ **BERGÉ (J.-S.)**.
  - De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé : figures pratiques de l'application du droit à différents niveaux. – *Journal du droit international* 2013/1, p. 3-25.
  - Préface de la thèse de Khédija Ben Dahmen, *Interactions du droit international et du droit de l'Union européenne : expression d'un pluralisme juridique rénové en matière de protection de la propriété industrielle*. – Paris : L'Harmattan, 2013. – 1 062 p.
  - « Pluralisme juridique mondial appliqué et hiérarchies des normes », p. 61-84 in M. Navokovic (ed.). – *Basic Principles of International Public Law : Monism & Dualism*, P.F. - IUP - IMPP, 2013.
  - Compte rendu *RTDeur.* 2013/1, p. 8-9 sur DESHAYES (O.). – *Le droit commun européen de la vente. Examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*. – Paris : Société de législation comparée, 2012. – 450 p. et SCHULZE (R.). – *Common European Sales Law (CESL)*. – Oxford : Hart Publishing, 2012. – 800 p. – [www.dalloz-revues.fr](http://www.dalloz-revues.fr).
  - Compte rendu *RTDeur.* 2013/1, p. 11 sur LE BARBIER-LE BRIS (M.) / sous la dir. de. – *L'Union européenne et la gouvernance mondiale. Quel apport avec quels acteurs ?* – Bruxelles : Bruylant, 2012. – 376 p. – [www.dalloz-revues.fr](http://www.dalloz-revues.fr).
  - Compte rendu *RTDeur.* 2013/1, p. 12 sur POILLIOT (E.), RUEDA (I.). – *Les frontières du droit privé européen / The Boundaries of European Private Law*. – Bruxelles : Larcier, 2012. – 369 p. – [www.dalloz-revues.fr](http://www.dalloz-revues.fr).
  - Compte rendu *RTDeur.* 2013/1, p. 17 sur VAN RAEPENBUSCH (S.). – *Les recours des particuliers devant le juge de l'Union européenne*. – Bruxelles : Bruylant, 2012. – 120 p. – [www.dalloz-revues.fr](http://www.dalloz-revues.fr).
- ▶ **COMBET (M.)**. – « Le renforcement de la protection des passagers aériens en question (CJUE, 31 janv. 2013 *McDonagh c/ Ryanair*, aff. C-12/11, CJUE, 26 févr. 2013, *Air France c/ Folkerts*, aff. C-11/11 et *Prop. Règl. Parl. et Cons. UE, 13 mars 2013, COM(2013) 130 final*) », p. 60-63 in : Chr. CEE Droit européen du marché intérieur (dir. sc. Éric Carpano). – RLDA 2013/82. Repères n° 4593.
- ▶ **FERRARI-BREUR (Ch.)**.
  - Prémption : un droit de l'État aux modalités acceptables. – *Juris Art etc.* (Dalloz), n° 1, avril 2013, p. 43-47.
  - L'(in)aliénabilité : quand le politique prime sur le droit. – *Juris Art etc.*, n° 3, juin 2013, p. 43-47.
- ▶ **KARPENSCHIF (M.)**.
  - Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence. – *CP-ACCP*, n° 131, avril 2013, p. 56-59.
  - « Quand la parole, à défaut d'être d'or, est constitutive d'une aide d'État (CJUE, 19 mars 2013, *Bouygues e.a. c/ Comm.*, aff. C-399 et C-401/10) », p. 68-69 in : Chr. CEE Droit européen du marché intérieur (dir. sc. Éric Carpano). – RLDA 2013/82. Repères n° 4596.
- ▶ **ROBERT (L.)**. – « Concurrence et justice privée (CJUE, 7 févr. 2013, *Protimonopolný úrad Slovenskej republiky c/ Slovenská sporiteľňa a.s.*, aff. C-68/12) », p. 58-60 in : Chr. CEE Droit européen du marché intérieur (dir. sc. Éric Carpano). – RLDA 2013/82. Repères n° 4592.
- ▶ **SOLDATOS (P.)**.
  - L'union politique de l'Europe : une finalité en voie d'actualisation étagée ou un rêve mouvant ? – *Revue de l'Union européenne*, mai 2013.
  - « L'urgence de protéger le pouvoir d'initiative législative de la Commission européenne », p. 175-190 in *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*. – Paris : Pedone, 2013.
  - « L'impact de la constitutionnalisation du Conseil européen sur l'équilibre de gouvernance dans l'Union européenne : une décote programmée de la Commission », p. 967-984 in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*. – Paris : Publications de la Sorbonne, 2013. – 1088 p.
- ▶ **ZAMPINI (F.)**. – « Fraude fiscale et principe *ne bis in idem* : la position de la CJUE (CJUE, 26 févr. 2013, *Åklagaren c/ Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10) », p. 52-57 in : Chr. CEE Droit européen du marché intérieur (dir. sc. Éric Carpano). – RLDA 2013/82. Repères n° 4591.

Centre d'études européennes – EDIEC, EA 4185 – Faculté de Droit

Université Jean Moulin Lyon 3

15 quai Claude Bernard – BP 0638 – 69239 Lyon Cedex 02

Tél. : +33 478 787 251

Fax : +33 478 787 466

Mail : [cee@univ-lyon3.fr](mailto:cee@univ-lyon3.fr)

71362

visites depuis le 20 mars 2009

CÉE

Directeur de publication : Pr. Michaël Karpenschif,  
Directeur du CEEResponsable d'édition / réalisation : Véronique  
Gervasoni, Responsable administrative de l'EDIECConception de la maquette : Rajendranuth Loljeeh,  
Doctorant en droit européen, CEE

# **Microsoft : L'abus de position dominante coûte cher.**

## **Étude sur l'ensemble des affaires concernant la violation de l'article 102 TFUE par l'éditeur américain.**

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie est bien proclamé, le principe de la liberté de la concurrence également. Il est même soutenu que l'un englobe l'autre<sup>1</sup>. Or il est constamment affirmé que sur les entreprises dominantes pèse une obligation, une responsabilité particulière de s'abstenir de pratiques présentant des risques pour la concurrence. C'est-à-dire que l'autonomie et la liberté d'action dans le marché de l'entreprise dominante trouve des limites, limites qui ne concernent pas les autres joueurs du marché<sup>2</sup>. L'entreprise qui dispose d'une puissance significative par rapport aux autres ne peut qu'exercer des pratiques relevant d'une concurrence par les mérites<sup>3</sup>. Une pratique qui peut être considérée comme un comportement « normal » pour une petite entreprise est interdite pour la compagnie qui dispose d'une position dominante sur le marché. Les affaires relatives aux pratiques de la compagnie américaine *Microsoft* confirment cette règle.

Ces dernières années, la compagnie se trouve constamment dans le collimateur des autorités et juridictions de l'Union européenne pour exploitation abusive de la position dominante qu'elle détient dans le secteur de l'informatique. Ainsi, un auteur remarque : « Décidément, le géant américain de l'informatique semble en délicatesse avec le droit communautaire de la concurrence »<sup>4</sup>. Décisions et arrêts successifs ont donné lieu à une longue et grande discussion autour de la question de la conciliation entre innovation et concurrence loyale<sup>5</sup>. Il fallait chercher les frontières entre les droits de la propriété intellectuelle et la concurrence libre. Ce débat a eu une importance accrue puisqu'il a opposé en la matière les autorités américaines et européennes de la concurrence. La sévérité des décisions constitue également un point crucial. Les sanctions infligées à *Microsoft* par les autorités européennes ont été considérées comme un record en Europe<sup>6</sup>. Récemment, le non-respect des engagements offerts par *Microsoft* et rendus contraignants par la Commission a amené cette dernière à lui infliger une amende de 561 millions d'euros<sup>7</sup>.

Dans un premier temps, nous allons présenter une chronique des pratiques mises en place par *Microsoft* et sanctionnées en tant qu'anticoncurrentielles par la Commission européenne, pour examiner par la suite au niveau procédural les engagements et les sanctions imposées par la Commission, à l'occasion de sa récente décision.

### **I – Infractions à plusieurs reprises à l'article 102 TFUE**

Les pratiques commerciales de *Microsoft* étaient qualifiées de comportements tendant à l'éviction de ses concurrents. Il s'agit des pratiques non basées sur les prix<sup>8</sup>. Ces pratiques consistaient notamment en ventes liées et refus de fournir les informations nécessaires à ses concurrents afin qu'ils puissent fabriquer des produits compatibles avec les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail. Il convient d'ajouter qu'il n'est pas nécessaire de consacrer une analyse particulière à la position dominante de *Microsoft*, sa place dans le marché des systèmes d'exploitation étant bien reconnue et incontestable. La compagnie elle-même n'a pas contesté les conclusions de la Commission sur la position qu'elle détient sur les marchés en cause<sup>9</sup>.

### **A – Refus de fournir des informations**

Dans sa décision de 2004, la Commission a constaté que *Microsoft* a refusé de fournir à la société concurrente *Sun* les informations nécessaires concernant l'interopérabilité<sup>10</sup> des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail. Or le transfert de ladite technologie était indispensable pour les concurrents présents sur le marché concerné. Le refus adressé à l'entreprise *Sun* faisait partie d'une politique globale de *Microsoft* qui « justifiait son refus de fourniture des informations en invoquant l'existence des droits de propriété intellectuelle et la nécessité de protéger ses incitations d'innover »<sup>11</sup>.

Il faut préciser que le principe de la liberté contractuelle donne le droit à ne pas contracter<sup>12</sup>. De plus, le droit de la propriété intellectuelle vise à favoriser l'innovation et l'investissement créatif et protéger ainsi les titulaires<sup>13</sup>. Or le droit de la concurrence a comme mission d'assurer la présence d'un bon nombre d'entreprises sur les marchés en cause afin de garantir l'offre des produits nouveaux et améliorer aux consommateurs. Souvent les deux droits s'opposent. L'affaire *Microsoft* a donné encore une fois l'occasion à des discussions portant sur les conflits entre le droit de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle. Il est affirmé que

« l'interaction entre le droit de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence n'a pas toujours été harmonisée »<sup>14</sup>. La jurisprudence *Microsoft* tient une partie de son importance des solutions adoptées par la Commission et le Tribunal concernant ce conflit. Il est affirmé que « l'arrêt du TPICE nous montre que le besoin d'interopérabilité peut sous certaines conditions justifier l'exception au droit de propriété intellectuelle »<sup>15</sup>.

Plus précisément, dans sa décision validée par le Tribunal, la Commission a considéré que le refus de *Microsoft* de fournir à ses concurrents les informations nécessaires à la conception de systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail constituait un abus de position dominante au sens de l'article 102L TFUE (82 CE). La Commission avait précisé que *Microsoft* n'avait qu'à communiquer à ses concurrents (en l'espèce, la société *Sun*) les spécifications des protocoles correspondants, c'est-à-dire une documentation technique, et non à leur donner accès au code source de *Windows*, et encore moins à leur autoriser sa reproduction. La Commission avait rejeté l'argument de *Microsoft* qui craignait un risque de clonage et de contrefaçon. Le Tribunal a validé l'appréciation de la Commission<sup>16</sup> sur le degré d'interopérabilité. Il n'y avait pas de risque de clonage<sup>17</sup>.

1. M. Kdhir, Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ?, *D.* 1994, chr. 30.
2. V. par exemple, A. Decocq, G. Decocq, *Droit de la concurrence*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2010, p. 381, où les auteurs affirment : « Des moyens différents de conquérir ou de conserver des parts de marché qui peuvent être licites pour toute entreprise sont refusés à celle-là, ce qui peut s'exprimer par un adage : "Position dominante oblige" ». V. également, A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law*, 4<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, 2011, p. 366.
3. Arrêt du Tribunal du 6 octobre 1994 dans l'affaire T-83/91 – *Tetra Pak*, *Rec. II-755*. V. également la Communication de la Commission, *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, *JOUE C 45* du 24 février 2009, p. 7, point 1, où il est précisé : « Conformément à la jurisprudence, il n'est pas illégal en soi pour une entreprise d'occuper une position dominante et cette entreprise dominante peut participer au jeu de la concurrence par ses mérites. Il lui incombe toutefois une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par son comportement, à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun ».
4. M. Chagny, *Microsoft* : suite sans fin, *Communication Commerce électronique* 2008, comm. 67.
5. V. D. Bosco, Abus de position dominante de *Microsoft* : le Tribunal de première instance confirme... et *Microsoft* se soumet, *Contrats Concurrence Consommations* 2007, comm. 279.
6. Ph. Ricard, Bruxelles veut mettre un terme à l'hégémonie de *Microsoft*, *Le Monde*, 26 mars 2004 – *Rev. Lamy de la Concurrence*, 2008.
7. Communiqué de presse de la Commission du 6 mars 2013.
8. Sur la distinction entre les différentes pratiques d'éviction, v. la Communication 2009/C 45/02 de la Commission du 24 février 2009, ainsi que : A.-S. Chone, Premiers regards sur les orientations de la Commission par l'application de l'article 82 CE aux pratiques d'éviction, *Europe* 2009, étude 3.
9. V. par exemple, point 854 de l'arrêt du Tribunal dans l'affaire T-201/04 – *Microsoft c/ Commission*.
10. « L'interopérabilité est la capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement ces informations » : M. Behar-Touchais, Être interopérable ou ne pas être : telle est la question !, *Communication Commerce électronique* 2008, étude 6.
11. I. Lianos, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Athènes/Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas/Bruylant, 2007, p. 1563.
12. V. les orientations précitées de la Commission, où il est précisé : « Une entreprise, qu'elle soit ou non dominante, devrait avoir le droit de choisir ses partenaires et de disposer librement de ses biens » (point 75).
13. V. sur ce sujet, A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law*, préc., p. 706. V. également, Ch. Gavalda, G. Parleani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Paris, Litec, 5<sup>e</sup> éd., 2006, p. 441. Selon les auteurs, « le monopole conféré au titulaire lui permet, à son choix, d'utiliser son droit, ou de ne pas l'utiliser ».
14. I. Lianos, *La transformation du droit de la concurrence (...)*, préc., p. 1525. L'auteur ajoute : « Considérés initialement comme étant un droit de propriété conférant une exclusivité, les droits de propriété intellectuelle s'opposaient à une des finalités principales du droit de la concurrence ».
15. M. Behar-Touchais, Être interopérable ou ne pas être, préc.
16. V. points 235 et s. de l'arrêt du Tribunal.
17. Le Professeur Laurence Idot indique : « Le but poursuivi par la Commission a été d'écartier l'obstacle que constitue pour les concurrents le caractère insuffisant du degré d'interopérabilité existant avec l'architecture de domaine *Windows* en obligeant *Microsoft* à fournir les spécifications de certains protocoles. Il n'a jamais été question de demander la fourniture des éléments de code source, qui auraient permis aux concurrents de reproduire les produits » (L'arrêt *Microsoft* : simple adaptation ou nouvelle interprétation de l'article 82 CE ? *Europe* 2007, étude 22).

Sur la question délicate des droits de propriété intellectuelle qui couvriraient les protocoles de communication de *Microsoft* ou les spécifications de ceux-ci, le Tribunal a précisé que la Commission n'avait pas refusé l'existence de tels droits<sup>18</sup>. La question qui se posait ne concernait pas la validité de ces droits mais la justification du refus de *Microsoft* de mettre à disposition les informations nécessaires à l'interopérabilité. Un auteur précise sur la matière : « En l'espèce, la Commission comme le tribunal ont considéré qu'il n'était pas nécessaire de statuer sur la question de savoir si *Microsoft* avait bien un droit de propriété intellectuelle sur les éléments d'information de l'interopérabilité. Ils sont partis de l'hypothèse la plus favorable à *Microsoft*, à savoir qu'elle disposait bien d'un tel droit de propriété intellectuelle. Il faut donc raisonner comme s'il s'agissait d'un refus de licence d'un droit de propriété intellectuelle »<sup>19</sup>.

Le Tribunal a rappelé que, selon une jurisprudence constante, « 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 »<sup>20</sup>.

Ainsi les droits de propriété intellectuelle ne sauraient-ils subir une éventuelle atteinte au nom de la liberté de la concurrence, que sous certaines conditions, qui mettraient les concurrents de l'entreprise dominante dans une situation concurrentielle très désavantageuse<sup>21</sup>. Or, comme on l'a déjà indiqué, l'entreprise dominante est chargée d'une responsabilité accrue et doit agir avec sagesse dans le marché. Donc, elle ne peut pas refuser de céder ses droits, par exemple accorder l'octroi des licences, sans raisonnement objectif<sup>22</sup>. De plus, il est soutenu que dans l'affaire *Microsoft*, la Commission, soutenue par le Tribunal, a fait une interprétation large de la condition d'élimination de la concurrence<sup>23</sup>.

Selon la jurisprudence antérieure<sup>24</sup>, pour qu'un refus de licence soit considéré comme abusif, trois conditions doivent être réunies : caractère indispensable du produit, exclusion d'une concurrence effective, obstacle à l'apparition d'un produit nouveau. La jurisprudence *Microsoft* a permis d'étendre l'interdiction de l'article 102 TFUE au-delà de ces conditions. Cette évolution est illustrée dans les orientations de la Commission. Un auteur remarque « qu'est supprimé le critère traditionnel de l'empêchement de l'apparition d'un produit nouveau qui avait été requis dans le cas où un droit de propriété intellectuelle protégeait l'information »<sup>25</sup>. En fait, ce n'est pas seulement l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau qui permettra de reconnaître l'exploitation abusive d'une position dominante, mais également l'obstacle à la fourniture des produits meilleurs<sup>26</sup>. En espèce, la Commission et le Tribunal ont mis l'importance sur « la diminution des incitations d'innover des entreprises sur le marché »<sup>27</sup>. En outre, *Microsoft* n'a pas démontré en quoi la divulgation des informations relatives à l'interopérabilité pouvait affaiblir ses incitations à innover. Ainsi son refus n'était-il pas justifié par des considérations objectives et constituait alors une exploitation abusive de position dominante au sens de l'article 102 TFUE.

## B – La pratique des ventes liées

Dans deux décisions distinctes<sup>28</sup> la Commission européenne a qualifié de ventes liées la pratique de préinstallation de *Windows Media Player* ainsi que l'intégration de son navigateur web *Internet Explorer*. Dans ses orientations portant sur les pratiques d'éviction, la Commission se réfère en détail aux pratiques des ventes liées et groupées<sup>29</sup>. En fait, c'est la jurisprudence *Microsoft* qui a servi de base pour l'élaboration desdites orientations. L'existence d'une « vente liée » nécessite la subordination de la vente d'un produit donné (le produit liant) à l'achat d'un autre produit (le produit lié).

La question de la compatibilité de la pratique des ventes liées avec les règles de concurrence a soulevé des longues discussions chez les juristes et les économistes<sup>30</sup>. Pour la Commission, une telle pratique peut présenter des avantages, en ce qu'elle vise « à proposer aux clients de meilleurs produits ou offres de façon plus économique »<sup>31</sup>. Cependant, la situation est différente quand l'entreprise qui effectue cette pratique occupe une position dominante sur un ou plusieurs marchés de produit liés. Dans ce cas-là, les avantages sont réduits dès lors que la vente liée verrouille le marché des autres produits.

La Commission a précisé dans ses décisions les conditions pour qu'une vente liée soit interdite en vertu de l'article 102<sup>32</sup>. Il faut la réunion d'un certain nombre d'éléments. Certains d'eux, comme la position dominante de l'entreprise et la restriction de la concurrence sont en outre les conditions indispensables pour l'application en général de l'article 102 TFUE. Il y a, cependant, un autre élément qui mérite une analyse particulière. Afin de qualifier une pratique de vente liée, les produits liants et liés doivent être des produits distincts. La Commission dans ses orientations précise sur ce point : « Deux produits sont distincts si, en l'absence de vente liée ou groupée, de nombreux clients achèteraient ou auraient acheté le produit liant sans acquérir également le produit lié auprès du même fournisseur, permettant de la sorte une production indépendante du produit liant comme du produit lié »<sup>33</sup>.

Pour ce qui concerne la subordination de la fourniture du système d'exploitation pour PC clients *Windows* à l'acquisition simultanée du *Windows Media Player (WMP)*<sup>34</sup>, la Commission a rejeté l'argument de *Microsoft* selon lequel *WMP* faisait partie intégrante de *Windows*. Entre autres, la Commission a soutenu qu'il existe toujours, de la part des consommateurs, une demande de lecteurs multimédias autonomes et qu'un certain nombre d'éditeurs développent et fournissent des lecteurs autonomes. En outre, la Commission a constaté que *Microsoft* ne donnait pas aux clients la possibilité d'obtenir *Windows* sans *WMP*. Cette pratique donnait, selon la Commission, un avantage considérable au détriment des autres éditeurs de lecteurs multimédias.

18. Point 284.

19. M. Behar-Touchais, Être interopérable ou ne pas être : telle est la question !, préc.

20. Point 331.

21. V. Ch. Gavalda, G. Parleani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, préc., p. 338. Les auteurs précisent : « Le monopole légal qui résulte de la titularité d'un droit de propriété industrielle ou intellectuelle a pour conséquence que les refus opposés par le titulaire sont *a priori* légitimes, sauf, justement, circonstances exceptionnelles ». Les auteurs ajoutent : « On ne peut poser en axiome que seule la détention du droit de propriété industrielle détenue par l'entreprise dominante soit nécessaire aux tiers pour accéder au marché » (p. 441).

22. « Dans un tel cas, le titulaire stérilise abusivement l'offre, au détriment de la demande », Ch. Gavalda, G. Parleani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, préc.

23. I. Lianos, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, préc., p. 1562. V. également, D. Bosco, Abus de position dominante de *Microsoft* : le Tribunal de première instance confirme... et *Microsoft* se soumet, préc.

24. V. les arrêts *Magill* (CJCE, 6 avril 1995, *RTE et ITP c/ Commission*, aff. jtes C-241 et C-242/91, *Rec. I-743*) et *IMS Health* (CJCE, 29 avril 2004, aff. C-418/01, *Rec. I-5039*).

25. A.-S. Chone, Premiers regards sur les orientations de la Commission par l'application de l'article 82 CE aux pratiques d'éviction, préc.

26. D. Bosco, Abus de position dominante de *Microsoft* : le Tribunal de première instance confirme... et *Microsoft* se soumet, préc.

27. I. Lianos, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, préc., p. 1563.

28. V. Décision 2007/53/CE du 24 mai 2004 dans l'affaire COMP/C-3/37.792 et décision du 16 décembre 2009 dans l'affaire COMP/C-3/39.530.

29. Communication 2009/C 45/02, préc., points 47 à 62.

30. V. Laurence IDOT, L'arrêt *Microsoft* : simple adaptation ou nouvelle interprétation de l'article 82 CE ?, préc., et Maria II. Korompilia, Les pratiques tying et bundling en tant que formes d'abus de position dominante (en grec), *Epitheorisi tou Emporikou Dikaïou* (Revue de droit commercial), oct.-déc. 2011, p. 953-976.

31. Point 49 de la Communication 2009/C 45/02, précitée.

32. V. par exemple, point 33 de la décision de la Commission du 16 décembre 2009 dans l'affaire COMP/C-3/39.530 – *Microsoft*.

33. Point 51. V. également les points 917, 921 et 922 de l'arrêt du Tribunal dans l'affaire T-201/04 – *Microsoft c/ Commission*, *Rec. II-3601*.

34. Décision du 24 mai 2004.

Quelques années plus tard, et suite à une plainte déposée par un fournisseur concurrent de navigateurs, la société norvégienne *Opera*, la Commission a adopté une nouvelle décision à l'encontre de *Microsoft* pour violation de l'article 102 TFUE en raison de la vente liée de son navigateur web *Internet Explorer* avec son système d'exploitation dominant pour ordinateurs personnels (PC) clients *Windows*<sup>35</sup>. La Commission a d'abord estimé que les deux produits, c'est-à-dire *Internet Explorer* et *Windows* étaient des produits distincts. Elle a ensuite observé qu'aux plans technique et contractuel, les fabricants d'ordinateurs et les utilisateurs finaux ne pouvaient obtenir *Windows* sans *Internet Explorer* et que la vente liée était susceptible de restreindre la concurrence sur le marché des navigateurs web en ce qu'elle conférerait à *Internet Explorer* un avantage artificiel en matière de distribution que les autres navigateurs web concurrents étaient incapables d'égaliser<sup>36</sup>.

Évidemment, on peut se poser la question de savoir si le téléchargement sur Internet d'autres navigateurs pouvait constituer une alternative suffisante pour permettre de contrebalancer les avantages dont bénéficiait *Internet Explorer* du fait de la vente liée à *Windows*. La Commission a conclu que cette option ne peut pas constituer un canal de distribution suffisamment efficace<sup>37</sup>, en raison notamment de l'inertie des utilisateurs, qui doivent connaître les produits alternatifs et du manque de compétences techniques. La Commission a considéré qu'il y avait des barrières qui empêchent les utilisateurs de passer d'*Internet Explorer* à des navigateurs web concurrents<sup>38</sup>. La pratique de vente liée effectuée par *Microsoft* était susceptible de renforcer sa position sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients et enfreindre ainsi l'article 102 TFUE. La Commission craignait alors une restriction à la concurrence et à l'innovation.

## II – Une série des remèdes pour garantir une concurrence par les mérites

Reconnaître l'illégalité des comportements d'une entreprise dominante et les éventuelles atteintes à la libre concurrence ne suffit pas pour pallier les conséquences qui affectent les concurrents, les consommateurs et le marché dans son ensemble. Les autorités et juridictions compétentes doivent prendre toutes mesures nécessaires afin de rétablir l'équilibre et éliminer les perturbations au marché provoquées par les pratiques abusives. Les remèdes adoptés par la Commission limitent souvent considérablement la liberté des opérateurs économiques. Certains d'entre eux sont le résultat de longues négociations<sup>39</sup>, même si la Commission dispose d'une grande marge d'appréciation<sup>40</sup>. Ils ont la forme d'engagements de la part des entreprises. Puis, les autorités de la concurrence ont la possibilité d'infliger des amendes afin, d'une part, de sanctionner la violation de l'article 102 TFUE et l'exploitation abusive d'une position dominante et, d'autre part, d'empêcher l'entreprise concernée ou d'autres opérateurs de commettre une nouvelle infraction<sup>41</sup>. En l'espèce, *Microsoft* a proposé dans le cadre de chaque affaire concernant l'infraction de l'article 102 TFUE des engagements rendus juridiquement contraignants par la Commission. Le non-respect de certains d'entre eux a conduit la Commission à imposer à la compagnie des sanctions pécuniaires.

### A – L'imposition de mesures comportementales à *Microsoft*

Dans sa décision du 2004 concernant l'interopérabilité et les ventes liées, la Commission a ordonné la divulgation des informations requises ainsi que l'autorisation de leur utilisation aux fins de développement de produits compatibles, à des conditions raisonnables et non discriminatoires<sup>42</sup>. En ce qui concerne la pratique abusive que constitue la vente liée, la Commission a ordonné à *Microsoft* de proposer une version totalement fonctionnelle de *Windows* ne contenant pas *Windows Media Player*. Le Tribunal, statuant sur le recours de *Microsoft* a validé la décision de la Commission du 24 mars 2004, à l'exception de l'article 7. Il s'agit du seul point de différenciation entre la juridiction européenne et la Commission. Cette disposition prévoyait une obligation pour *Microsoft* de présenter une proposition portant sur la mise en place d'un mécanisme qui devrait comprendre la désignation d'un mandataire indépendant.

La mission du mandataire a été considérée comme « trop étendue »<sup>43</sup>. Le Tribunal a jugé que « la Commission n'est pas habilitée, en exerçant les pouvoirs qu'elle tire de l'article 3 du règlement n° 17, à contraindre *Microsoft* à concéder à un mandataire indépendant des pouvoirs qu'elle-même n'est pas autorisée à conférer à un tiers »<sup>44</sup>. Un auteur a précisé que le Tribunal n'a pas contesté le recours au mandataire mais les modalités d'exercice de ses fonctions<sup>45</sup>.

Un autre point qui a alimenté les discussions quant à la pertinence des engagements, concernait la détermination précise, non seulement des obligations imposées aux entreprises mais également des actes constituant des infractions au sens de règles de concurrence. Des auteurs trouvent que l'argument de *Microsoft* concernant la détermination de ce qu'est une rémunération « raisonnable » pour avoir accès aux informations d'interopérabilité n'est pas totalement privé de pertinence<sup>46</sup>. Toutefois, le Tribunal a considéré que les critères établis par la Commission étaient suffisamment précis et que la Commission n'avait pas l'obligation de fixer les taux de rémunération.

Pour ce qui concerne la décision du 2009 relative à la vente liée par *Microsoft* de son navigateur web avec *Windows*, nous trouvons l'application de l'article 9 du règlement 1/2003. Cette disposition prévoit la possibilité pour la Commission d'adopter une décision d'« acceptation d'engagements », par laquelle elle rendra obligatoires certains engagements offerts par des entreprises, dont le comportement suscite des préoccupations. Il est soutenu que la procédure d'engagements est plus adaptée aux abus de positions dominantes qu'aux ententes<sup>47</sup>, en raison notamment de la multitude d'entreprises qui participent aux cartels. Il y a une facilité de coordination quand l'infraction des règles de concurrence est le résultat d'une seule entreprise.

Dans le cadre de l'affaire concernant son navigateur web, et afin de remédier aux préoccupations de la Commission, *Microsoft* s'est engagée à permettre aux utilisateurs de *Windows* de faire un choix non biaisé entre différents navigateurs web grâce à un écran multichoix.

35. Décision du 16 décembre 2009 dans l'affaire COMP/C-3/39.530 – *Microsoft*.

36. Points 36, 37 et 39 de la décision.

37. Point 46 de la décision.

38. Point 48.

39. Les engagements qui aboutissent à des solutions négociées permettent de rétablir la concurrence sans recourir à des procédures rigoureuses, v. Ch. Gavalda, G. Parleani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, préc., p. 458-459.

40. V. sur les remèdes adoptés dans le cas du secteur spécial de l'aviation, D. Vougioukas, *Le secteur de l'aviation et les règles de concurrence de l'Union européenne. Étude des comportements et des rapprochements d'entreprises*, th., Lyon 3, 2012. Sur les compétences de la Commission des auteurs précisent : « Il appartient d'abord aux entreprises de solliciter l'ouverture de la procédure de réception d'engagements. Ensuite, la Commission demeure maîtresse du jeu. Elle peut refuser les engagements proposés ou décider de les rendre obligatoires, le cas échéant pour un temps limité », Ch. Gavalda, G. Parleani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, préc., p. 459.

41. V. A. Tercinet, *Affaire Microsoft* : sanction du non-respect d'une décision comportant des engagements, *D.*, 28 mars 2013, n° 12. V. également sur l'effet dissuasif des amendes, à l'occasion de l'affaire *Microsoft*, J. Probst, *Arrêt Microsoft*, note sur l'arrêt du Tribunal du 27 juin 2007, *Revue du droit de l'Union européenne*, 3/2012, p. 555.

42. Article 5(a) de la décision du 24 mars 2004.

43. D. Bosco, *Abus de position dominante de Microsoft* : le Tribunal de première instance confirme... et *Microsoft* se soumet, préc.

44. Point 1271 de l'arrêt du 17 septembre 2007. Nous précisons qu'à l'époque du traitement de l'affaire par la Commission, le règlement 17/62 était applicable. Ce règlement est remplacé par le règlement 1/2003.

45. D. Gérard, *L'arrêt Microsoft* : quelle portée pour l'application de l'article 82 CE ?, *Rev. Lamy de la concurrence*, 2008, n° 17.

46. J. Probst, *Arrêt Microsoft*, note sur l'arrêt du Tribunal du 27 juin 2007, préc., p. 556.

47. V. Ch. Gavalda, G. Parleani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, préc., p. 459. Nous acceptons partiellement cet avis, puisque nous trouvons que la procédure d'engagements a remplacé l'ancien système de notification des accords, et elle trouve alors une application constante dans le cadre de la coopération sous forme d'alliances entre entreprises.

## B – Des sanctions sévères

Le vice-président de la Commission chargé de la concurrence, Joaquín Almunia, à l'occasion de la récente décision sur *Microsoft* a affirmé : « Les engagements juridiquement contraignants contenus dans nos décisions jouent un rôle très important dans notre politique d'application des règles antitrust, car elles permettent de trouver des solutions rapides aux problèmes de concurrence. Évidemment, les décisions de ce type doivent être rigoureusement respectées. Leur non-respect constitue une infraction très grave qui doit être sanctionnée en conséquence »<sup>48</sup>. Dans la saga *Microsoft*, la Commission, soutenue par le juge de l'Union européenne a constaté le manquement de la compagnie à ses obligations. Les sanctions pécuniaires, amendes et astreintes, qui ont une nature administrative et non pas pénale, sont fixées par rapport à la gravité de l'infraction<sup>49</sup> et toujours dans le respect du principe de proportionnalité<sup>50</sup>. Ainsi, dans sa première décision de 2004 concernant la violation de l'article 102 TFUE, la Commission a considéré l'infraction comme très grave et a infligé à *Microsoft* une amende de 497,2 millions d'euros. Il est précisé que « le caractère très grave de l'infraction résulte du fait que les deux comportements en cause s'inscrivent dans une stratégie dite d'effet de levier »<sup>51</sup>.

Ensuite, le Tribunal a rendu le 27 juin 2012 un arrêt<sup>52</sup> concernant l'imposition d'une astreinte par la Commission à *Microsoft* pour le non-respect de la décision de 2004. En fait, la Commission avait adopté en 2005 une décision<sup>53</sup> laissant 35 jours à *Microsoft* pour se conformer à ses obligations définies dans la décision de 2004, délai à partir duquel l'entreprise devrait payer une astreinte de 2 millions d'euros par jour de retard. La décision n'ayant pas été respectée, la gardienne des traités a adopté une nouvelle décision<sup>54</sup> par laquelle elle a fixé à 280,5 millions d'euros le montant total de l'astreinte. De plus, la Commission a élevé le montant de l'astreinte à 3 millions d'euros par jour. Finalement, et en raison de la réticence de *Microsoft* à divulguer des informations complètes et précises sur l'interopérabilité, la Commission a fixé par la décision du 27 février 2008 le montant définitif de l'astreinte à 899 millions d'euros. Dans son recours, *Microsoft* soutenait que la Commission aurait dû spécifier de manière positive les actions à suivre pour se conformer à sa décision. Le Tribunal a rejeté l'argumentation de *Microsoft* estimant que cette dernière était en mesure de déterminer ses obligations issues de la décision de 2004.

Finalement, dans sa dernière décision du 6 mars 2013<sup>55</sup>, la Commission a infligé une amende de 561 millions d'euros pour non-respect de ses engagements prévus dans la décision de 2009 concernant le choix du navigateur web. La Commission a constaté que *Microsoft* n'a pas intégré l'écran multichoix au Service Pack 1 de *Windows 7* entre mai 2011 et juillet 2012. Cette fois-ci la sanction a de loin dépassé l'amende de 497,2 millions d'euros de la décision de 2004. La raison est la mauvaise foi de *Microsoft* et la gravité de l'infraction qui a affecté les 15 millions d'utilisateurs de *Windows* de l'Union européenne<sup>56</sup>. Il a été considéré que la durée de l'infraction (14 mois) constituait une part importante de la durée totale d'application des engagements (4 ans et 39 semaines). En outre, la Commission a souligné que le seul non-respect d'une décision relative à des engagements constitue une grave infraction au droit de l'Union<sup>57</sup>. Des auteurs trouvent alors derrière cette approche de la Commission la volonté de faire un exemple et de garantir l'effet dissuasif de l'amende infligée<sup>58</sup>.

La sévérité des sanctions infligées à *Microsoft* constitue un des éléments dont ce cercle jurisprudentiel tire son importance. Il faut également mentionner les polémiques suscitées envers les approches des autorités et juridictions de l'Union européenne en matière de concurrence ainsi que le conflit transatlantique provoqué par ces affaires, qui a révélé les différences entre États-Unis et Union Européenne concernant l'élimination de la concurrence, le progrès technologique et la protection des intérêts des consommateurs<sup>59</sup>. En outre, les présentes affaires sont particulièrement liées au développement du concept de la concurrence libre et à la réforme de l'article 102 TFUE et alimentent les discussions autour d'une approche plus pragmatique du droit antitrust qui prendra en compte l'évolution du marché et de la technologie.

**Dimitrios Vougioukas**

Docteur en droit communautaire (Centre d'Études Européennes)

Avocat au Barreau d'Athènes

Enseignant agrégé à l'Université Paris 13/Id'EF d'Athènes

(<http://www.idef.gr/ideffr/idef.htm>)

48. Communiqué de presse du 6 mars 2013.

49. Ch. Gavalda, G. Parleani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, préc., p. 460.

50. *Ibidem*. Les auteurs précisent que « les amendes doivent être proportionnées à la gravité de l'infraction, c'est-à-dire en particulier à la nature et à l'importance de la restriction de concurrence ».

51. L. Idot, L'arrêt *Microsoft* : simple adaptation ou nouvelle interprétation de l'article 82 CE ?, préc.

52. Arrêt du Tribunal du 27 juin 2012 dans l'affaire T-167/08 – *Microsoft c/ Commission*.

53. Décision du 10 novembre 2005 dans l'affaire COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*.

54. Décision du 12 juillet 2006.

55. Communiqué de presse du 6 mars 2013. V. également un résumé de la décision dans l'affaire COMP/39.530 – *Microsoft*, JOUE C 120 du 26 avril 2013, p. 15.

56. A. Tercinet, Affaire *Microsoft* : sanction du non-respect d'une décision comportant des engagements, préc. Il convient d'ajouter que le montant de l'amende infligé à *Microsoft* correspond à 1,02 % de son chiffre d'affaires pour la période juillet 2011-juin 2012.

57. Du moment où une entreprise manque à ses engagements, la Commission peut lui imposer une amende équivalente à 10 % maximum de son chiffre d'affaires annuel total, sans avoir à prouver l'existence d'une nouvelle violation des règles antitrust.

58. A. Tercinet, Affaire *Microsoft* : sanction du non-respect d'une décision comportant des engagements, préc.

59. Le Professeur Laurence Idot, à l'occasion de l'arrêt du Tribunal de 2007, indique : « De telles divergences ne sont pas surprenantes. Au travers de cette affaire, ce sont en réalité deux conceptions de la promotion de l'innovation et donc de la concurrence qui s'affrontent quant au mode d'exploitation des logiciels » (L'arrêt *Microsoft* : simple adaptation ou nouvelle interprétation de l'article 82CE ?, préc.).

## Soutenances de thèses

ediec

» *La pertinence du modèle français de la société civile professionnelle pour le notariat iranien.* – **Seyed Abbas SEYEDI ARANI**, soutenue le 28 mars 2013 (dir. : M. le Professeur **Cyril Nourissat**, EDIEC-CREDIP). Mention : Très honorable avec les félicitations du jury.

» *L'attribution de la responsabilité aux organisations internationales dans le cadre des opérations de paix. Le nouveau droit de la responsabilité des organisations internationales à l'épreuve de l'externalisation du maintien de la paix.* – **Frédérique LOZANORIOS**, soutenue le 14 mai 2013 (dir. : M. le Professeur **Stéphane Doumbé-Billé**, EDIEC-CDI). Mention : Très honorable avec les félicitations du jury.

## Prix et distinctions

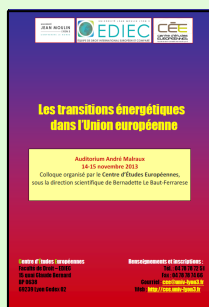
Le prix de thèse Pierre-Henri Teitgen 2013 de la *Commission pour l'Étude des Communautés Européennes* (CEDECE) a été co-attribué à **Sébastien ADALID** (*La Banque centrale européenne et l'Eurosystème : Recherches sur le renouvellement d'une méthode d'intégration*, dirigée par Mme le Professeur **Blanche Sousi** et M. le Professeur **Michaël Karpenschif** et soutenue le 9 novembre 2012) et à **Anne HAMONIC** (thèse soutenue à Rennes et intitulée : *Les relations entre l'Union européenne et l'Organisation des Nations Unies dans le domaine de la gestion des crises*).

## Agenda ediec Second semestre

14-15 novembre 2013, UJML3, Auditorium André Malraux

### « Les transitions énergétiques dans l'Union européenne »

Colloque **CEE**, sous la direction scientifique de **Bernadette Le Baut-Ferrarese**, Maître de conférences HDR en droit public.



Pour en savoir plus :

<http://cee.univ-lyon3.fr/spip.php?rubrique127>

21-22 novembre 2013

Colloque international du **Centre de droit de la famille** (*Équipe de droit privé*, EA 3707) sur le thème « **Vers un statut européen de la famille ? (DIP européen & Interactions normatives)** », en collaboration avec le **CREDIP**.

Ce colloque bénéficie d'une subvention de l'Union européenne obtenue par le **CREDIP** dans le cadre du **Programme Jean Monnet**.

13 décembre 2013

### « L'autre droit (européen et international) des contrats ? » Journée d'études CREDIP

Le **CREDIP**, avec le soutien de l'*Institut de droit comparé Édouard Lambert*, de l'*École doctorale de droit* (ED 492) et des *Éditions Lextenso*, organise une demi-journée de réflexion sur le thème « **L'autre droit (européen et international) des contrats ?** » (Vendredi 13 décembre, après-midi – Faculté de droit).

Il s'agira notamment de s'interroger sur le point de savoir si le droit international et/ou européen des contrats s'écrit de la même manière qu'un droit national des contrats.

Animeront notamment cette discussion, des chroniqueurs de la *Revue des contrats* et autres spécialistes de droit civil, public, européen et international.

## Concours de plaidoiries

2013

### CONCOURS HABEAS CORPUS

Toute l'équipe de l'APIDH a le plaisir de vous annoncer les résultats de la 7<sup>ème</sup> édition du Concours Habeas Corpus qui a été, une fois encore, un véritable succès.

*Demi-finaliste* : Université Montpellier 1

*Troisième* : Université Paris II

*Deuxième* : IEJ de Lyon 3

*Vainqueur* : **Université de Saint-Étienne**

*Meilleur plaideur* : **Silya Hamoudi** (Université de Saint-Étienne)

*Meilleur mémoire* : IEJ de Lyon 3

Nous tenons à remercier toutes les personnes qui nous ont soutenus lors de cette nouvelle édition et espérons pouvoir vous compter nombreux l'année prochaine.

**Le bureau de l'APIDH**

**Alexandra Cuenin, Pauline Dalmazir et Françoise Paccaud**

Pour en savoir plus : <http://www.apidh.eu>.