

CHAP VI : LE CAS MICROSOFT ET LA POSITION DU DROIT DE LA CONCURRENCE

L'intégration verticale est souvent présentée comme une stratégie visant à réduire les risques amont (fournisseurs) et à prendre position sur l'aval du marché (clients). Le Conseil de la Concurrence en France et la Direction générale de la Concurrence au sein de l'UEM veillent à encadrer ces pratiques, généralement associées à un abus de position dominante. Afin d'appréhender les enjeux de l'intégration verticale (conception d'une organisation intégrée), nous examinerons le cas Microsoft, qui constitue depuis la fin des années 90, un véritable défi pour la Commission Européenne. Défi qui a donné lieu à la condamnation de Microsoft pour abus de position dominante, en mars 2004.

I. CHRONOLOGIE DES EVENEMENTS

Au delà de la procédure engagée par la Commission européenne, il convient de signaler que Microsoft a une longue expérience des affaires judiciaires. Aux Etats-Unis, la firme a échappé à un démantèlement et à un ensemble de sanctions pénales, en négociant pas à pas avec ses principaux opposants.

A. La procédure en Europe

Le 10 décembre 1998, Sun¹ a introduit auprès de la Commission européenne une demande d'ouverture d'une procédure à l'encontre de Microsoft au titre de l'article 3 du règlement n° 17 («la plainte de Sun»). Sun faisait valoir que Microsoft occupait une position dominante en tant que fournisseur d'un certain type de produits logiciels appelés «systèmes d'exploitation pour ordinateurs personnels» («systèmes d'exploitation pour PC»). Elle affirmait également que Microsoft avait enfreint l'article 82 du traité CE en se réservant l'information dont certains produits logiciels pour les réseaux informatiques, appelés systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, ont besoin pour inter-opérer pleinement avec le système d'exploitation pour PC de Microsoft. D'après Sun, l'information relative à l'interopérabilité² qui n'est pas divulguée par Microsoft est nécessaire à toute entreprise souhaitant être un concurrent viable sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail. Le 3 août 2000, la Commission ayant reçu des preuves selon lesquelles Microsoft ne se serait pas pliée à l'obligation de fournir des informations suffisantes sur l'interface de son système d'exploitation pour micro-ordinateurs (problèmes d'interopérabilité évoqués par Sun), a envoyé une «**première communication des griefs**» à Microsoft, afin de donner à celle-ci la possibilité de transmettre ses observations sur les résultats préliminaires de l'enquête menée par la Commission, tant en ce qui concerne les faits que l'appréciation juridique. La Commission estimait également que «*l'entreprise n'avait fourni que des informations fragmentaires et sur une base discriminatoire à certains de ses concurrents*» (CE, IP/00/906). Microsoft a répondu à la communication des griefs le 17 novembre 2000.

¹ Sun Microsystems Inc. («Sun») est une société dont le siège social se trouve à Palo Alto, Californie, Etats-Unis. Elle fournit des solutions pour réseaux informatiques, en particulier des systèmes informatiques (matériel et logiciel), des systèmes de stockage de données en réseau (matériel et logiciel), des services d'assistance technique ainsi que des services aux professionnels de l'informatique et des services de formation.

² L'interopérabilité est la capacité des micro-ordinateurs de communiquer avec le serveur, c'est la base de l'informatique en réseau. Or l'interopérabilité n'est effective que si les logiciels pour PC et pour serveurs peuvent communiquer au moyen de liens, dits « interfaces ».

L'importance de cette affaire a été renforcée par le fait que la Commission avait ouvert, le 10 février 2000, une enquête d'office (aucune accusation n'a été formulée, la DG IV effectuait seulement un examen provisoire) sur le comportement de Microsoft, au titre du règlement³ n° 17 de 1962. Cette enquête concernait plus particulièrement la génération Windows 2000 de systèmes d'exploitation pour PC et serveurs de groupe de travail de Microsoft ainsi que l'intégration par Microsoft d'un logiciel appelé Windows Media Player à son système d'exploitation pour PC, Windows. Il était reproché à Microsoft « *d'avoir lié, au moyen de Windows 2000, son système d'exploitation pour PC à son propre logiciel pour serveur et à d'autres logiciels Microsoft (aussi appelés « middleware » ou logiciels personnalisés) de telle façon que seuls les produits de Microsoft soient parfaitement compatibles entre eux* » (CE, IP/00/141, p. 2). Les concurrents de Microsoft, qui n'avaient pas accès à ces interfaces, subissaient selon certaines informations, de graves désavantages concurrentiels qui permettaient en définitive à Microsoft d'étendre la position dominante dont l'entreprise jouissait, sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC, aux marchés étroitement liés à celui-ci des logiciels pour systèmes d'exploitation de serveurs et du middleware. Les clients étaient ainsi obligés d'acquiescer Windows 2000 pour serveurs s'ils souhaitaient exploiter à fond les fonctions propres à Windows 2000 pour PC. Microsoft aurait ainsi étendu au marché des serveurs les barrières techniques à l'entrée sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC. La Commission européenne avait alors donné quatre semaines à Microsoft pour répondre à ses questions

Le 30 août 2001, cette enquête a abouti à l'envoi d'une « **deuxième communication des griefs** ». Cette communication des griefs portait sur des questions liées à l'interopérabilité ainsi que sur l'intégration de Windows Media Player à Windows. La Commission européenne a informé Microsoft, qu'à son avis, cette dernière avait enfreint la réglementation anti-trust européenne « *en recourant à des pratiques illégales en vue d'élargir sa position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour ordinateurs personnels au marché des systèmes d'exploitation pour serveurs bas de gamme*⁴ » (CE, IP/01/1232). Par ailleurs, Microsoft aurait lié illégalement son produit Media Player (diffuseur de médias) à Windows, son système d'exploitation qui domine le marché. Dans cette deuxième communication des griefs, la Commission a intégré les conclusions préliminaires auxquelles elle était parvenue dans sa première communication des griefs. Microsoft a répondu à la deuxième communication des griefs le 16 novembre 2001. En réponse aux deux communications des griefs de la Commission, Microsoft a soumis plusieurs déclarations émanant de clients - entreprises ou administrations - et d'intégrateurs de systèmes (« les déclarations de clients présentées par Microsoft »), censées confirmer ses réponses aux griefs de la Commission concernant l'interopérabilité. Au total, 46 déclarations ont été présentées par Microsoft à la Commission.

En février et mars 2002, la Commission a envoyé des demandes de renseignements aux 46 clients ayant fourni des déclarations, afin d'obtenir des données quantitatives sur l'usage par ces clients des produits pertinents dans le cadre de l'enquête de la Commission. D'avril à juin 2003, la Commission a procédé à une étude de marché plus étendue. Pour ce qui est de l'interopérabilité, sur la base d'un échantillon indépendant d'organisations qui utilisaient à la fois des systèmes d'exploitation pour PC et des serveurs de groupe de travail, la Commission a envoyé le 16 avril 2003 une première demande de renseignements à 75 sociétés, toutes implantées dans l'Espace Economique Européen. Ces

³ Le règlement n°17 de 1962 détermine les modalités d'application des articles 81 et 82 du Traité CE.

⁴ Ces systèmes sont des serveurs moins chers utilisés habituellement comme serveurs de gestion de fichiers et d'impression ainsi que comme serveurs web.

sociétés, qui ont été sélectionnées au hasard, sont actives dans différents secteurs d'activités et sont de taille variable. Parmi les 71 sociétés qui ont répondu, certaines ont fourni des réponses pour leurs sous entités ou leurs filiales, de sorte que le total des réponses obtenu a dépassé 100, ce qui correspond à plus de 1,2 millions de PC clients (ordinateurs portables et de bureau). Les réponses au questionnaire ont suscité des questions complémentaires, et un questionnaire de suivi a donc été envoyé les 4 juin 2003 et 28 mai 2004 aux 62 organisations qui avaient déjà répondu, à ces dates, aux demandes de renseignements du 16 avril 2003. Parallèlement, 46 demandes de renseignements ont été envoyées, le 16 avril 2003, à des sociétés opérant dans des secteurs concernés par les problèmes liés à l'intégration de Windows Media Player à Windows (propriétaires de contenus, fournisseurs de contenus, éditeurs de logiciels et associations sectorielles). La Commission a reçu 33 réponses à ces demandes de renseignements.

Compte tenu des résultats de l'enquête de marché de 2003 et de leurs liens avec les griefs déjà émis par la Commission, une « **communication des griefs complémentaire** » a été envoyée le 6 août 2003. La Commission Européenne a souligné que « *dans le domaine de l'interopérabilité, Microsoft avait bien étendu le pouvoir que lui conférait sa position dominante dans le secteur des ordinateurs personnels aux serveurs bas de gamme* » (CE, IP/03/1150). Par ailleurs, le refus de Microsoft de communiquer des informations d'interface aurait influencé artificiellement le choix des clients en faveur des produits pour serveurs Microsoft. Enfin, en ce qui concerne la vente liée, l'omniprésence de Windows Média Player sur les ordinateurs personnels aurait influencé la stratégie de développement des fournisseurs de contenus et des créateurs de logiciels en faveur de Microsoft. Microsoft y a répondu le 17 octobre 2003 et a communiqué des documents complémentaires le 31 octobre 2003. Ces documents comprenaient les résultats de deux sondages réalisés par Mercer Management Consulting à la demande de Microsoft. En décembre 2001, Microsoft avait déjà communiqué les résultats et l'analyse d'un premier sondage que Mercer avait réalisé à la suite de la deuxième communication des griefs.

Tout au long de la procédure, un grand nombre de sociétés, y compris des concurrents majeurs de Microsoft, ainsi que les associations sectorielles, ont obtenu la qualité de parties tierces intéressées. Il s'agit notamment de l'Association for Competitive Technology («ACT»), de Time Warner Inc. («Time Warner »), (précédemment AOL Time Warner), de la Computer & Communications Industry, Association («la CCIA»), de la Computing Technology Industry Association («CompTIA»), de la Free Software Foundation Europe («FSF Europe»), de Lotus Corporation («Lotus»), de Novell Inc. («Novell»), de RealNetworks, Inc. («RealNetworks») et de la Software & Information Industry Association («la SIIA»).

Microsoft a été invitée à commenter certaines communications de ces parties tierces ainsi que celles du plaignant, Sun, notamment les observations faites par les parties tierces et le plaignant à propos de la réponse de Microsoft à la deuxième communication des griefs, ainsi que certaines déclarations qu'elles ont envoyées à la Commission après la communication des griefs complémentaire. À la demande de Microsoft, une audition a eu lieu les 12, 13 et 14 novembre 2003. Microsoft a eu la possibilité de fournir des pièces au dossier après l'audition et de communiquer ses observations sur les questions soulevées par les services de la Commission, le plaignant et les parties tierces intéressés qui avaient participé à l'audition, ce qu'elle a fait le 1er décembre 2003.

Tout au long de la procédure, Microsoft a eu accès au dossier à six reprises (28 août 2000, 14 septembre 2001, 14 février 2002, 6 décembre 2002, 7-8 août 2003 et 16 janvier 2004). La Commission a envoyé à Microsoft le 16 janvier 2004 une lettre énonçant un certain nombre de conclusions qui reposaient sur des documents du dossier non mentionnés dans la communication des griefs, et l'invitant à commenter ces conclusions. Microsoft a répondu à cette lettre le 7 février 2004.

B. Les produits concernés

Microsoft fournit des systèmes d'exploitation pour PC clients depuis le début des années 80. Après plusieurs versions de son système d'exploitation pour PC MS DOS, elle a lancé les systèmes Windows 3.0 et Windows 3.1, qui ajoutaient une interface graphique à MS DOS. Les versions suivantes, Windows 95, Windows 98 et Windows 98 Second Edition («Windows 98 SE»), dépendaient toujours en partie de la technologie MS DOS. MS DOS, Windows 95, Windows 98 et Windows 98 SE étaient tous des systèmes d'exploitation pour PC clients. Windows Millennium Edition («Windows Me») était développé sur la base de Windows 98 et était destiné uniquement à un usage domestique. Parallèlement, Microsoft a développé une autre famille de systèmes d'exploitation, Windows NT, dont elle a commercialisé plusieurs versions jusqu'à la version Windows NT 4.0. Sous le nom Windows NT ont été commercialisées des produits tant pour les PC clients que pour les serveurs. Microsoft souligne que *«dès le début, Windows NT a été conçu pour offrir des versions client et serveur construites autour de la même base et exposer les mêmes interfaces de programmations (API) [au niveau des concepteurs de logiciels]»*. Windows 2000 (qui était appelé Windows NT 5 au début de la phase de développement et a été lancé en 2000) dépendait de la technologie NT. La version de Windows 2000 pour PC clients était destinée à un usage professionnel et s'appelait Windows 2000 Professional. En ce qui concerne les serveurs, Microsoft vendaient trois produits différents: Windows 2000 Server, Windows 2000 Advanced Server et Windows 2000 Datacenter Server. La version la plus récente du système d'exploitation pour PC clients de Microsoft s'appelle Windows XP et elle a été lancée le 25 octobre 2001. Elle est fondée sur la structure Windows 2000 et Microsoft a utilisé ce nom pour deux produits différents, à usage domestique et professionnel respectivement: Windows XP Home Edition et Windows XP Professional. Le 24 avril 2003, Microsoft a lancé plusieurs systèmes d'exploitation pour serveurs qui ont pris la succession de la gamme Windows 2000 (Windows 2003 Server). L'«API Win32» est l'ensemble d'API utilisé par la plupart des applications basées sur Windows dans Windows 95, Windows 98, Windows Me ainsi que Windows NT 4.0 et Windows 2000. Chacun de ces systèmes d'exploitation comporte également une implémentation partielle de l'API Win32. Windows n'offre qu'un support limité pour les premières versions de la norme API d'UNIX, POSIX 1.

Tableau 1: Chronologie des produits Windows

Produit	Première version bêta	Mise sur le marché
Windows 95	juin 1994	août 1995
Win NT 4.0	février 1996	août 1996
Windows 98	juin 1997	juin 1998
Windows 98 SE	-	mai 1999
Win 2000 Professional	septembre 1997	février 2000
Windows Me	-	juin 2000
Windows XP	octobre 2000	octobre 2001
Vista	novembre 2005	janvier 2007

Les systèmes d'exploitation pour PC clients actuellement commercialisés par Microsoft sont Windows Me, Windows 2000 Professional, Windows XP Home Edition et Windows XP Professional Edition. Ces produits sont disponibles dans des versions qui ont été légèrement modifiées depuis leur mise sur le marché, afin de corriger d'éventuelles erreurs et d'apporter quelques améliorations. Ces modifications sont soit appelées des «mises à jour» (quant elles sont légères) ou des «service packs» (lorsqu'elles sont plus importantes). Les redevances versées par les équipementiers pour pré-installer un système d'exploitation Microsoft sur les PC qu'ils assemblent ne sont pas publiées.

Pour ce qui est des achats directs du logiciel, Microsoft opère une distinction entre les «prix de détail pour ordinateurs individuels» et les «licences en volume pour les achats de cinq licences ou plus». Les «licences en volume» n'existent que pour Windows 2000 Professional et Windows XP Professional, mais pas pour Windows Me ou Windows XP Home Edition. Il existe différents programmes adaptés aux besoins particuliers des clients, et qui sont fonction du nombre de PC et de la façon dont le client souhaite acheter (achats centralisés, décentralisés, etc.)

Tableau 2 : Prix des systèmes d'exploitation Windows pour PC client sur le marché en 2003-2004

Version	Mise à niveau	Prix total
Windows Me	USD 109	USD 209
Windows2000 Professional	USD 219	USD 319
Windows XP Professional	USD 199	USD 299
Windows XP Home Edition	USD 99	USD 199

Enfin, pour que du contenu sous forme numérique (fichiers audio et vidéo) puisse être diffusé par l'intermédiaire de réseaux informatiques, il faut non seulement une infrastructure informatique physique, mais également une infrastructure logicielle qui permette la création, la transmission et la lecture de ces contenus sous forme numérique. C'est le domaine dans lequel opèrent des fournisseurs de technologies logicielles tels que Microsoft, RealNetworks et Apple. La particularité de Microsoft, RealNetworks et Apple est que leurs produits constituent une solution complète (du logiciel de codage au lecteur), fondée essentiellement sur leurs *propres* technologies médias numériques et formats de fichiers *propriétaires*. Les «formats Windows Media» de Microsoft sont WMA (contenus audio comprimés à l'aide du codec Windows Media Audio), WMV (contenus audio et vidéo comprimés à l'aide du codec Windows Media Video) et ASF. Apple possède ses formats «QuickTime», avec des extensions de fichiers tels que «.qt», «.mov» et «.moov». Les formats RealNetworks s'appellent RealAudio (extension de fichiers «.ra») et RealVideo (extension de fichiers «.ram») et ils sont dénommés collectivement «formats Real».

II. LES DEMELES DE MICROSOFT AVEC LA JUSTICE

Parallèlement à l'enquête de la Commission, Microsoft a également fait l'objet d'une enquête pour violation des lois antitrust aux États-Unis. La procédure engagée à ce titre en vertu du droit antitrust américain («la procédure américaine») ayant eu des répercussions sur le comportement commercial de Microsoft.

A. La violation du droit anti-trust américain

Les premières enquêtes des autorités fédérales américaines commencent en 1990. Quatre ans plus tard, ce sera la mise en place d'un accord amiable entre le département américain de la justice et Microsoft qui accepte de ne plus imposer ses logiciels aux constructeurs de PC. En octobre 1998, les États-Unis et 20 États ont engagé une action en justice contre Microsoft en vertu du Sherman Act. Leur plainte concernait les différentes mesures prises par Microsoft à l'encontre du navigateur Web de Netscape, «Netscape Navigator», et des «technologies Java» de Sun. Les plaignants alléguaient quatre violations distinctes du Sherman Act :

- i) accords exclusifs illégaux, en violation de la Section 1;
- ii) vente liée illégale du navigateur Web «Internet Explorer» de Microsoft et de ses systèmes d'exploitation pour ordinateurs personnels «Windows 95» et «Windows 98», en violation de la Section 1;
- iii) maintien illégal d'un monopole sur le marché des systèmes d'exploitation pour ordinateurs personnels, en violation de la Section 2;
- iv) tentative d'instauration illégale d'un monopole sur le marché des navigateurs Web, en violation de la Section 2.

Les États ont également introduit des actions contre Microsoft pour violation de leurs propres lois antitrust.

Le 3 avril 2000, la US District Court for the District of Columbia a jugé Microsoft coupable de ventes liées contraires à la Section 1 et de maintien d'un monopole et tentative d'instauration d'un monopole contraires à la Section 222, tout en statuant qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves pour attester une violation de la section 1 pour cause d'accords exclusifs. Le 7 juin 2000, la District Court a rendu une ordonnance approuvant les mesures correctives proposées par les plaignants, qui imposaient des restrictions provisoires au comportement commercial de Microsoft, en vue de préparer la séparation, ordonnée par la Cour, de la société en deux entités distinctes. Microsoft ayant fait appel, la US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit s'est prononcée le 28 juin 2001. La Cour d'appel a (i) confirmé que Microsoft avait agi illégalement en protégeant son monopole; (ii) annulé la conclusion selon laquelle Microsoft avait tenté d'instaurer illégalement un monopole sur le marché des navigateurs Web; (iii) renvoyé en première instance pour réexamen la question de savoir si Microsoft avait illégalement lié son système d'exploitation dominant à son navigateur Web; (iv) renvoyé en première instance pour réexamen la question de la définition d'une mesure corrective appropriée pour les abus de Microsoft.

Le 2 novembre 2001, Microsoft et les États-Unis ont conclu un accord à l'amiable. Le 6 novembre 2001, cet accord a également été signé (sous une forme légèrement modifiée) par les États suivants: New York, Illinois, Caroline du Nord, Kentucky, Michigan, Ohio, Wisconsin, Louisiane et Maryland (moyennant une indemnité avoisinant les 1.5 milliard de dollars).

Le 1er novembre 2002, le juge de la District Court, Colleen Kollar-Kotelly considérait que *« Du fait des changements rapides de l'industrie du logiciel... personne n'est en mesure d'arrêter des sanctions pour des faits qui ont débuté au milieu des années 1990, et qui devront être encore efficaces en 2012 »*. L'arrêt rendu (i) approuvait pour l'essentiel l'accord à l'amiable négocié par Microsoft et le ministère de la justice et (ii) rejetait les

propositions de mesures correctives proposées par les neuf États qui n'acceptaient pas l'accord à l'amiable. Le Massachusetts a cependant introduit un recours contre cet arrêt.

Le 1^{er} janvier 2004, le juge Colleen Kollar-Kotelly, soupçonnant Microsoft d'une certaine mauvaise volonté à appliquer le décret amiable, a organisé des auditions pour en avoir le cœur net. Le magistrat de Washington a reconnu que l'accord n'avait pas encore produit les effets escomptés. Une obligation avait ainsi été faite à Microsoft de fournir, moyennant le versement de Royalties, des informations techniques sur Windows aux éditeurs de logiciels concurrents. L'objectif était de garantir que tout logiciel, développé ou non par Microsoft, pourrait fonctionner de la même manière avec Windows, et donc favoriser des alternatives. Lors des auditions, seuls onze éditeurs relativement mineurs ont adopté ce programme, un résultat qui ne permettait pas de considérer qu'une réelle concurrence s'était formée⁵. Lors de son audience du 23 janvier 2004, Microsoft s'est engagé à simplifier les termes des contrats proposés aux éditeurs et à baisser le montant des royalties exigées. Durant cette même période, les avocats du Massachusetts (qui abrite de nombreux éditeurs de logiciels concurrents de Microsoft) ont souligné que Microsoft prévoyait de s'appuyer sur sa position forte en micro-informatique pour s'introduire sur de nouveaux marchés. En particulier, celui de la recherche en ligne (dominé par Google), de la sécurité⁶ (Microsoft a racheté en septembre 2003 une petite société, GeCAD spécialisée dans les antivirus) et des documents formatés de façon universelle (Adobe). Une stratégie de « Bundle » serait ainsi susceptible de bouleverser le marché des logiciels de sécurité (dominé par Symantec et McAfee).

Le 29 mars 2004, à la suite de la condamnation de Microsoft par les autorités européennes, Le « General Attorney » de l'Etat du Massachusetts, Thomas Reilly, notait que l'obligation faite à la firme Bill Gates de commercialiser une version de Windows expurgée du logiciel Windows Media Player validait ses propres arguments selon lesquels la justice américaine devait prioritairement s'attaquer à la pratique du « Bundling » (lier un logiciel au système d'exploitation) si elle voulait empêcher réellement Microsoft d'abuser de sa position dominante. L'Etat du Massachusetts a ainsi constitué un dossier qui devrait aboutir à une nouvelle plainte pénale antitrust dès que Microsoft aura annoncé sa nouvelle technologie de moteur de recherche sur internet (et que celle-ci aura intégré à son système d'exploitation).

A la fin du mois de mars 2004, Microsoft faisait face aux six plaintes⁷ suivantes : 1/ La Commission Européenne pour abus de position dominante ; 2/ L'Etat du Massachusetts pour pratique de « Bundling », 3/ Les utilisateurs (1 million) de l'Etat du Minnesota pour des prix trop élevés, 4/ Sun Microsystems et Real Networks pour concurrence déloyale, 5/ Une cour d'appel fédérale de Washington pour réexamen du jugement à l'amiable, 6/ Daum le premier portail Internet de Corée du Sud a intenté une action en justice, reprochant à Microsoft d'imposer son service de messagerie instantanée dans WINDOWS XP, 7/ la filiale japonaise de Microsoft faisait l'objet d'une enquête de la part des autorités anti-trust nippones.

⁵ Un autre volet de l'accord prévoyait que Microsoft ne devait pas appliquer de mesures de rétorsion aux fabricants de PC qui souhaitaient commercialiser d'autres systèmes d'exploitation que Windows. Dell et Hewlett Packard, les deux premiers constructeurs mondiaux ont précisé que le Géant Américain ne leur avait fait aucune pression.

⁶ Un rapport intitulé « *Cyber-Insecurity : The cost of Monopoly* » a été publié par des experts américains de la sécurité informatique (CCIA) en octobre 2003. Ce document insiste sur le fait que Windows étant présent sur la plupart des ordinateurs de la planète connectés à Internet, ceci pose un problème de sécurité informatique qui va au-delà des faiblesses propres à l'écriture du logiciel. Linux a ainsi été proposé comme une alternative.

⁷ En Juin 2003, Microsoft a obtenu un accord à l'amiable avec AOL (moyennant une indemnité de 750 millions de dollars). L'éditeur a également placé sa technologie dans la plupart des développements du fournisseur d'accès.

Cette situation s'est cependant décrispée durant le mois d'avril. Le 2 avril 2004, Sun Microsystems et Microsoft décidaient de mettre fin à leurs différends judiciaires (après 7 ans de poursuites à propos du langage JAVA). Microsoft a ainsi payer près de 700 millions de dollars à Sun en échange du retrait de toutes ses plaintes antitrust aux Etats-Unis (les arguments ayant servi à instruire le dossier européen sont inclus dans cet accord). Une somme de 900 millions d'€ a également été versée à Sun contre la promesse qu'aucune plainte ne serait déposée dans le domaine de la propriété intellectuelle, y compris le langage JAVA. Sun s'est engagé à accepter les termes de l'accord amiable signé par Microsoft pour résoudre ses poursuites pénales avec le ministre américain de la Justice et 18 Etats de l'Union. Enfin, les deux sociétés se verseront des royalties pour l'utilisation de leurs technologies respectives (Microsoft a effectué un paiement initial de 350 millions de dollars à Sun). Le 12 avril 2004, Microsoft a conclu un accord avec InterTrust, petite société⁸ spécialisée dans les technologies de protection des droits numériques⁹ qui l'accusait de violation de ses droits de propriété intellectuelle. Le montant de l'indemnité est égal à 440 millions de dollars. Toujours en avril, après un mois d'audience, le procès antitrust intenté à Microsoft par l'Etat du Minnesota s'est interrompu suite à la conclusion d'un accord amiable entre « l'Attorney General », Kevin Burke et les avocats de l'éditeur de logiciels. Ce procès résultait d'une plainte collective (« Class Action ») déposée par un million d'utilisateurs de logiciels Microsoft, qui réclamaient 425 millions de dollars en dédommagement pour un prix excessif de leurs programmes.

B. La condamnation de Microsoft par la Commission européenne

Au début du mois de mars 2004, après deux jours d'ultimes négociations, Steve Ballmer, le PDG de Microsoft, et Mario Monti, le commissaire européen à la concurrence, ne sont pas parvenus à conclure un accord à l'amiable, ouvrant la voie à une condamnation de l'éditeur de logiciels. Dans une déclaration datée du 18 mars 2004, Mario Monti déclarait qu'il n'avait pas été possible, « *malgré l'attitude constructive et l'esprit de coopération dont Microsoft avait fait preuve* » de parvenir à un accord (CE, IP/04/365). Il ajoutait que la meilleure solution consistait à adopter une décision qui créerait un certain précédent : « *Nous avons tout particulièrement besoin d'un précédent qui définit clairement les principes qui devront guider à l'avenir le comportement de toute entreprise détenant une position dominante aussi forte sur le marché* ».

Le 24 mars 2004, après 5 ans d'enquête, la Commission européenne a ainsi conclu que Microsoft Corporation avait enfreint les règles de la concurrence communautaires en abusant de son quasi-monopole sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC afin de restreindre la concurrence sur les marchés des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail et des lecteurs multimédias. L'enquête initiée en 1998 aurait ainsi révélé que « *Sun n'était pas la seule entreprise à laquelle les informations [sur les interfaces] avaient été refusées et que ces refus de divulguer des informations nécessaires à l'interopérabilité s'inscrivaient dans une stratégie plus large conçue pour évincer les concurrents* » (CE, IP/04/382). Ce serait de sa propre initiative que la Commission aurait étendu son enquête aux effets des ventes liées du lecteur WMP de Microsoft avec le système d'exploitation pour PC Windows 2000. La vente liée du lecteur Media Player avec Windows risquait « *de faire définitivement basculer le*

⁸ La société est devenue entre temps la propriété de Sony, Philips et de Stephen Banks.

⁹ Le marché des technologies de « DRM » est devenu très stratégique. Ebranlés par les échanges illégaux de musique sur Internet, les grands labels se sont résolus à distribuer leurs contenus en ligne, à condition bien sûr que cela ne débouche pas sur un piratage en règle. Microsoft, qui a gagné à sa cause Disney et Time Warner, ambitionne d'imposer son standard de protection numérique, face à Apple et Real Networks.

marché en faveur de Microsoft. L'entreprise pourrait alors contrôler les marchés connexes du secteur des médias numériques, comme ceux des techniques de codage, des logiciels de diffusion de contenus musicaux sur l'internet, de la gestion des droits numériques (DRM). Plus généralement, la Commission [craignait] que la vente liée, par Microsoft, de Media Player ne soit un exemple de modèle économique de rentabilité plus général, qui, étant donné le quasi-monopole que cette entreprise possède sur les systèmes d'exploitation pour PC, décourage l'innovation et limite le choix offert au consommateur dans les technologies auxquelles il n'est pas exclu que Microsoft puisse s'intéresser et dont elle pourrait lier la vente, à l'avenir, à son système Windows » (ibid). Le comité composé des représentants des autorités de la concurrence des quinze a fixé le montant de l'amende à 497 millions d'€. Cette dernière est la plus importante¹⁰ infligée à une entreprise par un exécutif communautaire. L'amende la plus élevée prononcée pour un abus de position dominante concernait la société Tetra Pak (1991, 75 millions d'€). Cette amende pouvait apparaître importante, toutefois elle ne représentait que 1% de la trésorerie de Microsoft (estimée à près de 52 milliards de \$). Le chiffre d'affaires et le résultat net du Géant américain sont respectivement estimés à 31.3 et 9.73 milliards d'€. Ce n'est donc pas le montant de l'amende qui posait un problème au géant américain, mais bien les remèdes imposés par la Commission Européenne.

Tableau 3 : Amendes infligées par la Commission Européenne

Sociétés	Montant en millions d'€	Année	Motif
Microsoft	497	2004	Abus de position dominante
Roche Holding	462	2001	Cartel des vitamines
BASF	296	2001	Cartel des vitamines
Lafarge	250	2002	Cartel des plaques de plâtre
Arjo Wiggins Appleton	184	2001	Cartel des papiers
Nintendo	149	2002	Cartel des jeux vidéo
Tetra Pak	75	1991	Abus de position dominante

L'autorité européenne a imposé à l'éditeur de logiciels l'application de deux mesures correctrices dans l'espace économique européen (Union européenne plus l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein).

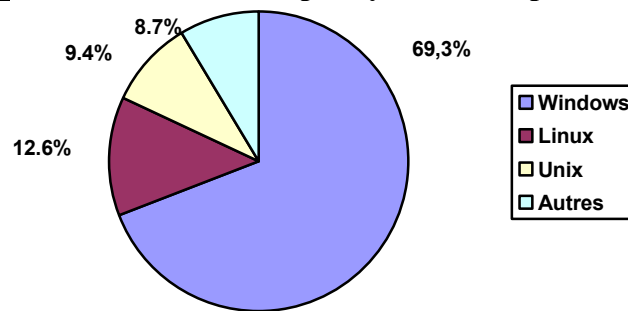
- Microsoft devait, dans un délai de 120 jours, divulguer une documentation « *complète et précise de certaines interfaces de Windows* » (CE, IP/05/673), de manière à assurer une interopérabilité totale entre les serveurs de ses concurrents et les PC et les serveurs sous Windows. Microsoft devait mettre à jour « *gratuitement* » les informations ainsi divulguées chaque fois qu'il mettait sur le marché de nouvelles versions des produits en cause. L'obligation de transparence ne portait que sur la documentation et les interfaces, et non sur le code source Windows. Microsoft devait s'engager à élaborer les documents, la Commission se contentant de les valider.

- Microsoft devait également, dans un délai de 90 jours, proposer aux équipementiers fabricants de PC deux versions du système d'exploitation Windows. L'une avec le logiciel d'accès aux fichiers audio et vidéo, Windows Media Player, l'autre sans. Cette décision de la CE porte un rude coup à la politique d'intégration de Microsoft qui avait toujours profité de sa position dominante sur le marché des PC pour imposer toute future extension (technique du « *Bundling* ») de son système d'exploitation (Internet explorer, Windows Media Player), au détriment de ses concurrents (Networks ou Apple). On pouvait toutefois s'interroger sur la

¹⁰ Le précédent record était détenu par la société Hoffman- La Roche qui avait écopé une amende de 462 millions d'€ en 2001 pour avoir dirigé un cartel sur le marché des vitamines.

portée d'une telle sanction. Pour que cela ait un effet, il fallait au moins une différence de prix entre les deux versions. Bruxelles ne pouvant pas imposer de prix, son commissaire à la Concurrence, Mario Monti, a souligné que Microsoft devrait « *s'abstenir de recourir à tout moyen commercial, technique ou contractuel ayant pour effet de rendre moins intéressante ou aussi moins performante la version non liée* ». En d'autres termes, Microsoft n'avait pas la possibilité de proposer de rabais sur la version intégrée pour contourner la décision de Bruxelles. A l'issue de cette décision, l'image du groupe auprès du Grand Public est fortement éprouvée. Faute d'être parvenu à un accord à l'amiable avec Bruxelles, Microsoft sera désormais stigmatisé comme un monopole ayant profité de son hégémonie – Windows équipe près de 95% des PC dans le monde – pour évincer ses concurrents du marché.

Graphique 1 : Ventes de serveurs par système d'exploitation



Source : Gartner (2003)

Microsoft a cependant décidé d'attaquer la décision de la CE devant le tribunal de première instance de Luxembourg, dans le cadre d'une procédure accélérée. Sur le fond, l'éditeur de logiciels invoquait une violation de ses droits de propriété intellectuelle tout en réclamant un sursis à exécution en attendant le jugement. Cette stratégie lui a déjà souri dans le passé : après 10 ans de procédures, la justice américaine n'a pas réussi¹¹ à empêcher l'éditeur d'enrichir Windows au détriment de ses concurrents. En décembre 2004, le président du Tribunal de première instance de la Cour Européenne de justice, Bo Vesterdof, a confirmé la condamnation de Microsoft pour abus de position dominante (CE, MEMO/04/305) et réitéré son obligation de fournir les logiciels promis (avec et sans Windows Media player) pour la fin février 2005.

Le premier trimestre 2005 fût le théâtre d'un véritable bras de fer entre Microsoft et la Commission européenne. Cette dernière demandait à l'éditeur de logiciels d'accepter la nomination, sans condition, d'un expert chargé de vérifier que les sanctions imposées à la firme soupçonnée d'avoir abusé de son monopole, avaient été appliquées. Finalement un accord avec Bruxelles a été trouvé le 29 mars 2005 sur plusieurs modalités techniques qui faisaient encore débat : « *Je suis heureuse que Microsoft ait reconnu certains principes qui doivent être pris en compte dans sa mise en œuvre de la décision de la Commission* » (propos tenus par Mme Nellie Kroes, commissaire en charge de la concurrence, CE, IP/05/673). Ainsi, Microsoft avait accepté de laisser dans la base de données au cœur du système d'exploitation Windows les fichiers liés au lecteur WMP, le logiciel d'accès aux fichiers audio et vidéo (demande des concurrents de Microsoft). Microsoft s'était également engagé à ne pas faire

¹¹ Rappelons qu'en 2000, le Juge Jackson avait prononcé l'éclatement de la firme en deux parce qu'elle avait illégalement incorporé Explorer dans Windows pour exclure Netscape du marché des logiciels de navigation internet. Microsoft a fait appel de cette décision tout en ouvrant de nouvelles négociations qui ont finalement donné lieu à un accord à l'amiable.

figurer sur les emballages du Windows expurgé de mention du type « certaines programmes ne fonctionneront pas avec ce système d'exploitation », qui selon la Commission européenne, aurait rendu le produit invendable. Enfin, Microsoft devait s'engager à mettre à disposition de ses clients, gratuitement, sur internet, un logiciel téléchargeable capable de restituer à un Windows expurgé le Media Player. Avec ces dispositions, Microsoft estimait avoir réglé l'essentiel des désaccords qui persistaient avec Bruxelles. Toutefois, la Commission a souhaité désigner en octobre 2005, un mandataire informaticien, chargé de lui fournir des avis techniques (interopérabilité, version avec et sans WMP) dans le cadre de l'examen du respect par Microsoft de sa décision de mars 2004. En application de cette décision, Microsoft a proposé plusieurs mandataires possibles, la Commission a considéré que « *Mr Neil Barrett était le plus qualifié pour remplir le mandat en question* » (CE, IP/05/1215).

Les conclusions du mandataire furent rendues dans le courant du mois de novembre 2005. Elles soulignaient « *qu'un développeur ou groupe de développeur souhaitant utiliser la Documentation Technique [fournie par Microsoft] pour développer un produit logiciel serait dans l'incapacité de le faire sur la base de la documentation en question. La Documentation Technique est donc impropre à l'usage envisagé par la décision* » (CE, IP/05/1695). A la suite de ce rapport du mandataire et des enquêtes de marchés approfondies, la Commission européenne a adopté le 10 novembre 2005, une décision en vertu de l'article 24 (1) du règlement du 01/2003. Cette décision donnait à Microsoft jusqu'au 15 décembre 2005 pour : (i) fournir des spécifications d'interfaces complètes et adéquates, en accord avec la décision de mars 2004 ; (ii) fournir ces spécifications à ses concurrents à des termes raisonnables et non discriminatoires sous peine d'astreintes journalières pouvant s'élever jusqu'à 2 millions d'€ (CE, MEMO/05/499). Les objections de la Commission européenne ont été formulées dans un compte rendu publié le 22 décembre 2005 (CE, IP/05/1695).

Le 25 janvier 2006, Microsoft annonça, par voie de presse, qu'il offrait le code source de la licence à toutes les licences potentielles. Dans un communiqué du même jour (CE, MEMO/06/49), la Commission européenne prit acte de l'annonce de Microsoft, tout en soulignant qu'elle attendrait jusqu'au 15 février 2006 pour recevoir les réponses de Microsoft aux objections formulées par la circulaire du 22 décembre 2005 (CE, IP/05/1695). Le 10 février 2006, la firme de Seattle adressa une documentation du code source de la licence à la Commission. Microsoft souligna également que ni la Commission, ni le mandataire n'avait pris connaissance de la dernière version des documents techniques, rendus publics, le 15 décembre 2005. Dans un MEMO/06/76 du 15 février 2006, la Commission européenne précisa qu'elle avait reçu le nouveau document le 26 décembre 2005, soit 11 jours après la Dead line, et 5 jours après l'envoi des objections. Son commissaire à la concurrence, Nellie Kroes ajouta que la révélation du code source de la licence Microsoft n'avait jamais été demandée par la décision de mars 2004, et qu'elle ne pouvait constituer une réponse aux objections formulées : « *Source code is not necessarily a solution to respond to Microsoft's failure to provide complete and accurate specifications* ». Microsoft a demandé à être entendu par la Commission. Un grand oral qui devrait intervenir dans les jours qui viennent. Rappelons simplement qu'au terme de cet oral, la Commission peut décider d'adopter une décision en vertu de l'article 24 (2) du règlement 01/2003, imposant une amende à Microsoft pour chaque jour de non respect de ses obligations (entre le 15 décembre et la date de cette seconde décision)

C. Une affaire de droits de propriété

Dans la guerre juridique se sont livrées la Commission européenne et Microsoft, l'arrêt sur la propriété intellectuelle du 20/04/2004 rendu par la Cour Européenne de Justice (CEJ), a suscité un certain intérêt pour les spécialistes du droit de la concurrence. La CEJ a en effet déterminé les conditions selon lesquelles un refus d'octroyer une licence à un concurrent pouvait constituer un abus de position dominante. Trois conditions doivent ainsi être remplies :

- L'entreprise qui a demandé la licence, 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 ;
- 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 concerné en excluant toute concurrence de celui-ci.

Cet arrêt constitue un élément important de la jurisprudence sur laquelle se sont appuyées la Commission Européenne et Microsoft tout au long de l'année 2004 et l'année 2005. Le 24 mars 2004, la Commission Européenne a sanctionné le groupe informatique pour abus de position dominante. La CE voulait obliger Microsoft à divulguer des informations à ses concurrents pour leur permettre de mieux faire dialoguer leurs serveurs avec Windows. Pour Microsoft, cette mesure violait ses droits de propriété intellectuelle. Il fit appel en juin 2004 en demandant une suspension des mesures requises, invoquant les dommages irréparables qu'elles lui infligeraient. Microsoft considérait que son refus de communiquer ses codes, n'était pas de nature à éliminer toute concurrence.

III. FIRME INTEGREE ET DROIT DE LA CONCURRENCE

L'affaire Microsoft permet de tirer quelques enseignements :

- La condamnation de Bruxelles est le résultat de consultations des experts de la concurrence des Quinze. En déclarant le Géant américain coupable d'abus de position dominante, les services européens ont également cherché à proposer des remèdes pour rétablir une situation concurrentielle sur le marché. Economiquement, ces mesures correctrices redonnent une liberté de choix aux consommateurs. Ceux n'avaient pas la possibilité de se procurer Windows sans le Media Player lié. Par ailleurs, les autres fabricants de logiciels d'accès aux fichiers audio et vidéo se retrouvaient dans une situation d'asymétrie d'informations.
- Si la somme de 497 millions est l'amende la plus élevée annoncée par la CE, les règles en vigueur prévoient que les amendes ne peuvent excéder 10% du chiffre d'affaires de l'entreprise concernée. Dans le cas de Microsoft, le plafond théorique aurait donc pu atteindre près de 3 milliards d'€.
- Si l'analyse des autorités antitrust est la même des deux côtés de l'Atlantique, les solutions préconisées pour remédier à une position dominante restent différentes. Les autorités antitrust américaines, imprégnées par l'Ecole de la concurrence de Chicago, ne se sont intéressées aux situations de monopole que sous l'angle des prix. Ce qui a changé avec le cas de Microsoft, c'est que les autorités américaines ont fait de l'innovation, et non plus des prix, un critère tout aussi légitime d'intervention. La Justice américaine a réglé à l'amiable son différend avec l'éditeur de logiciels, offrant ainsi une protection claire et efficace de la concurrence et

préférant au final l'intérêt des consommateurs. La Commission a choisi quant à elle de ne pas lâcher prise sur un sujet qui remet en cause toute la stratégie de Microsoft. Aux yeux du ministère de la justice américain, les exigences de la Commission Européenne pourraient ralentir l'innovation et la concurrence même de la part d'entreprises dominantes. Elles risquent même de protéger les concurrents mais pas la concurrence.

- Le secteur de l'informatique, comme de nombreux secteurs stratégiques, a toujours su montrer son pragmatisme. Les frontières entre les conflits et les alliances sont sans cesse revisitées. C'est le cas de l'alliance Sun Microsystem et Microsoft annoncée le 3 avril (près de 10 jours après la condamnation de la Commission Européenne) et qui est venue mettre un terme à près de 7 ans de procédures. Il s'agissait en fait d'une alliance défensive. Sun et Microsoft ont tous deux construit leur empire sur le développement de systèmes d'exploitation payants (SOLARIS et WINDOWS), aujourd'hui menacés par LINUX. L'annonce de l'alliance est venue à point nommé pour Sun qui avait procédé à un nouveau¹² plan de licenciements concernant plus de 3300 salariés (soit 9% des effectifs). Les difficultés de Sun Microsystem (baisse de 60% du chiffre d'affaires) résidaient dans le fait que le constructeur ne pouvait plus justifier auprès de ses clients le prix élevé de ses serveurs équipés des puces Sparc et du système d'exploitation SOLARIS. Un serveur INTEL-LINUX de puissance équivalente à celle d'une machine Sun pouvait faire économiser jusqu'à 80% du prix d'achat aux entreprises. C'est donc pour inverser cette tendance et rendre son offre plus compétitive que Sun a conclu avec Microsoft cet accord technologique. Les deux partenaires se sont engagés à collaborer dans les services internet (messagerie électronique) et à partager leurs technologies serveurs pour développer des applications de type base de données (les applications écrites en JAVA devant fonctionner de manière identique dans les deux environnements). En outre, les serveurs de Sun équipés de puces INTEL seront « certifiés WINDOWS », ce qui ouvre la voie à une possible commercialisation de véritables machines WINDOWS (à l'instar de celles que vendent ses concurrents IBM et Hewlett-Packard). Enfin, Sun a pris une licence dans le cadre du programme Communications Protocol Program imaginé par la justice pénale américaine pour permettre aux éditeurs de logiciel d'accéder à davantage d'informations techniques de la part de Microsoft.

L'accord conclu entre les deux protagonistes pose toutefois un problème¹³ à la Commission Européenne. Compte tenu de l'ampleur de la coopération, Sun ne sera plus à même de donner un avis éclairé sur les remèdes préconisés par la CE pour restaurer la concurrence sur le marché des serveurs.

- Malgré l'amende et les mesures de correction infligées à Microsoft, on peut s'interroger sur la portée des sanctions. D'une part, la volonté d'obliger Microsoft à proposer une version de Windows sans Media Player va à contre courant des grandes stratégies d'intégration. Ainsi Linux, le principal concurrent de Windows, propose près d'une centaine d'utilitaires. D'autre part, l'éditeur de logiciels a eu tout le loisir de diffuser largement son format de fichier multimédia sécurisé. Ainsi, sans réelle incitation financière, rien ne dit que les constructeurs de PC trouveront un intérêt à livrer des machines dotées d'une version allégée de Windows.

¹² Depuis 2001, la firme avait déjà procédé à la suppression de 8500 emplois.

¹³ Sun n'est pas la seule société à faire défection. Le CCIA (association des industriels de l'informatique et des communications), porte drapeau des procès contre l'éditeur de logiciels aux Etats-Unis et en Europe (en 2003, cette association avait été à l'origine d'une plainte européenne contre Windows XP et les logiciels de Microsoft pour les appareils nomade, téléphones mobiles et ordinateurs de poche), a également perçu quelques millions de dollars en contrepartie de l'abandon de ses plaintes.