

***Microsoft Corp. contre
Commission***
T-167/08, 27 juin 2012



**EIPA ANNUAL CONFERENCE
RECENT TRENDS IN THE CASE LAW OF THE
COURT OF JUSTICE OF THE EU**

LUXEMBOURG, 29-30 NOVEMBER 2012

**NICOLAS PETIT
UNIVERSITE DE LIEGE (ULG)
NICOLAS.PETIT@ULG.AC.BE
WWW.CHILLINGCOMPETITION.COM**

Plan



1. Rappel des faits
2. Interprétation nouvelle et préoccupante du régime de l'astreinte en droit de la concurrence
3. Revirement opportun du régime probatoire du refus d'accès abusif impliquant des DPI
4. Propos confondants sur la tarification des redevances de DPIs

I. Rappel des faits (1)



- Microsoft (MSFT) dégrade l'interopérabilité des OS pour serveurs de groupe de travail fabriqués par ses concurrents avec son OS Windows pour PC clients
- A cet effet, Microsoft refuse de fournir les spécifications des protocoles utilisés dans Windows
- Résultat => extension de la position dominante de MSFT vers le marché des OS pour serveur de groupe de travail
- Décision de 2004 => abus de position dominante, amende

I. Rappel des faits (2)



- **Article 5 a)**: Microsoft Corporation divulguera, dans un délai de 120 jours à compter de la notification de la présente décision, les *Informations relatives à l'interopérabilité* à toute entreprise souhaitant développer et distribuer des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, et elle autorisera, à des **conditions raisonnables et non discriminatoires**, ces entreprises à utiliser les *Informations relatives à l'interopérabilité* pour développer et distribuer des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail;
- **Article 5 d)**: Microsoft Corporation communiquera à la Commission, dans un délai de 60 jours à compter de la notification de la présente décision, toutes les mesures qu'elle entend prendre pour se conformer aux points a), b) et c) ci-dessus; à cette occasion, Microsoft Corporation doit communiquer à la Commission suffisamment de détails pour que celle-ci soit en mesure de réaliser une première évaluation des mesures mentionnées ci-dessus, afin de déterminer si elles respectent effectivement la présente décision; Microsoft Corporation indiquera notamment en détail les conditions auxquelles elle autorisera l'utilisation des *Informations relatives à l'interopérabilité*;

I. Rappel des faits (3)



- Microsoft fait des propositions à la Commission, que celle-ci rejette
- La Commission ne dit pas quel est le niveau de redevance est raisonnable
- Processus d'essai-erreur, ou de tâtonnement
- 10 novembre 2005 => **décision en vertu de l'article 24(1)** ordonnant une astreinte de €2,000,000/jour, aussi longtemps que l'article 5 a) n'est pas respecté
- 22 octobre 2007 => La Commission accepte la dernière proposition de Microsoft
- 27 février 2008 => Décision en vertu de l'article 24(2), liquidant l'astreinte, et la fixant à €899,000,000, pour non-conformité du 21 juin 2006 au 21 octobre 2007
- Cette décision est celle frappée du recours en annulation

I. Rappel des faits (4)



- Décision portant uniquement sur le projet de contrat dit “*No Patent*”, un contrat inutilisable avant la fin de la période de conformité, dont la tarification prétendument déraisonnable fut pourtant été sanctionnée (!)
- Décision ne portant pas sur la période infractionnelle du 15 décembre 2005 au 20 juin 2006
- Décision portant uniquement sur le montant des redevances, et non sur le champ matériel des accords
- Annulation en 2007 de l'article 7 de la décision de 2004 relatif au mandataire, mais utilisation de ses conclusions pour établir la non-conformité (!)
- Encadrement général de la tarification: la « *rémunération ne doit pas refléter la valeur stratégique dérivant du pouvoir de marché dont Microsoft bénéficie sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients ou des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail* » (§1008, décision de 2004).

II. Interprétation nouvelle et préoccupante du régime de l'astreinte en droit de la concurrence (1)



- Thèse de MSFT => une astreinte ne peut pas être imposée sans spécifier préalablement, et de manière précise, l'obligation principale
- Arguments de MSFT
- Arrêt
 - Critères WSPP “*cumulatifs et suffisamment précis*”
 - Concept juridiques indéterminés n'empêchent pas de prononcer des amendes (“abus”) et par analogie des astreintes
 - Article 5 d) imposait uniquement des obligations sur MSFT. Il n'imposait en revanche aucune sujétion à charge de la Commission

II. Interprétation nouvelle et préoccupante du régime de l'astreinte en droit de la concurrence (2)



- Incompatibilité de cet arrêt avec les principes usuellement appliqués en droit

- Droit civil

- Droit européen (affaire *Commercial Solvents*)

- Décision de la Commission

- Conclusions de l'AG WARNER:

« Il est généralement *peu équitable* envers une personne de lui adresser une injonction lui imposant de faire quelque chose de positif sans préciser exactement dans cette injonction ce qu'elle doit faire en vue de s'y conformer ».

Une « injonction libellée en termes généraux invitant [les entreprises coupables] à mettre un terme à leur infraction [...] les aurait placé dans une *situation intolérable* ».

II. Interprétation nouvelle et préoccupante du régime de l'astreinte en droit de la concurrence (3)



- **Raisonnement douteux**
 - Les critères WSPP sont clairs => really?
 - ✦ Pourquoi nommer un mandataire?
 - ✦ Pourquoi s'entourer d'experts?
 - ✦ Pourquoi discuter autant des critères dans l'arrêt?
 - L'analogie est incomplète
 - ✦ Certes, amendes possibles pour des infractions rédigées “à l'aide de concepts imprécis” => même solution s'impose en matière d'astreintes
 - ✦ Mais le Tribunal rappelle que l'amende est subordonnée à « l'adoption d'une décision préalable établissant l'infraction »
 - ✦ Cette décision qui établit l'infraction doit répondre aux exigences de motivation adéquate de l'article 269 TFUE
 - ✦ Donc la décision fixant l'astreinte devrait être sujette aux mêmes exigences de décision préalable avec motivation adéquate => décision définissant l'obligation principale

II. Interprétation nouvelle et préoccupante du régime de l'astreinte en droit de la concurrence (4)



- Si l'on fait comme le Tribunal, cad interpréter textuellement l'article 5 pour dégager des obligations sur Microsoft => alors les obligations de proposition de Microsoft s'éteignaient après 60 jours (article 5(d)). Après 120 jours, la balle était dans le camp de la Commission, qui pouvait, par un acte administratif unilatéral, restaurer la légalité
- La Commission a des obligations en vertu de sa mission de gardienne des traités, et notamment celle d'assurer la conformité des entreprises au droit de la concurrence
 - Obligation de moyen
 - Mais obligation plus lourde une fois qu'une infraction a été constatée?

III. Revirement opportun du régime probatoire du refus d'accès abusif impliquant des DPI (1)



- Le refus de fournir après l'arrêt *Microsoft I*
 - Le test à 4 branches des affaires *Magill* et *IMS Health*
 - Abrogation par l'affaire *Microsoft I*
 - ✦ *La « circonstance relative à l'apparition d'un produit nouveau, telle qu'elle est ainsi envisagée dans les arrêts Magill et IMS Health ... ne saurait constituer l'unique paramètre permettant de déterminer si un refus de donner en licence un droit de propriété intellectuelle est susceptible de porter préjudice aux consommateurs au sens de l'article 82 »*
 - Critiques doctrinales (*lex specialis Microsoft?*)

III. Revirement opportun du régime probatoire du refus d'accès abusif impliquant des DPI (2)



- *Obiter dictum*, §139:

« A cet égard, il convient de rappeler que, pour que le refus d'une entreprise titulaire d'un droit d'auteur, de donner accès à un produit ou un service indispensable pour exercer une activité déterminée puisse être qualifié d'abusif, il suffit que trois conditions cumulatives soient remplies, à savoir que ce refus fasse obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvue de justification et qu'il soit de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé (arrêt de la Cour du 29 avril 2004, IMS Health, C-418/01, Rec. P. I-5039, point 38 »

- Certes, le Tribunal refuse de se déjuger (§140). Mais la motivation ne souffre pas l'incertitude

IV. Propos confondants sur les principes applicables à la tarification de DPIs



- **Redevance déraisonnable ou unFRAND?**
 - Tribunal considère que FRAND est une fourchette (§95)
 - Prix d'exclusion?: redevance > prix de réserve => Tribunal parle de niveau "*prohibitif*" (§142)
 - Prix d'exploitation : prix de réserve > redevance > coûts => Tribunal parle de prix supérieur à celui qui prévaudrait en l'absence de position dominante (§144)

Merci de votre attention