

---

## Cour d'appel de Paris, 1<sup>ère</sup> ch., 24 mai 2005

---

Demanderesse au recours :

SARL Digitechnic, prise en la personne de ses représentants légaux, ayant son siège social 72-74, avenue Gambetta, 93170 Bagnole, assistée de M<sup>e</sup> Claude Guez, avocat au barreau de Paris, toque B 548, 134, avenue de Villiers, 75017 PARIS.

En présence de M. le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 59, boulevard Vincent-Auriol, 75703 PARIS, représenté par M. Michel Roseau, muni d'un pouvoir spécial.

Composition de la cour : l'affaire a été débattue le 12 avril 2005, en audience publique, devant la cour composée de :  
Mme Riffault-Silk, présidente ;  
M. Maunand, conseiller ;  
Mme Mouillard, conseillère ;  
qui en ont délibéré.

Greffier lors des débats : M. Dupont.

Ministère public représenté lors des débats par M. Woirhaye, avocat général, qui a fait connaître son avis.

Arrêt contradictoire, prononcé publiquement par Mme Riffault-Silk, présidente, signé par Mme Riffault-Silk, présidente, et par M. Dupont, greffier présent lors du prononcé.

La SARL Digitechnic, créée en 1979, exerce l'activité d'assembleur d'ordinateurs qu'elle commercialise sur le marché français à l'enseigne Carri Systems.

A ce titre, elle se situe à un niveau intermédiaire de la chaîne de distribution du matériel micro-informatique destiné aux entreprises et aux particuliers, puisqu'elle regroupe des composants informatiques - matériel et logiciels - qu'elle se procure soit directement auprès de fabricants, soit auprès de grossistes.

La société Microsoft Corporation (société Microsoft), société de droit américain, est le leader mondial en matière de logiciels pour micro-ordinateurs, aussi bien de logiciels dits systèmes d'exploitation - qui sont nécessaires au fonctionnement même de l'ordinateur - que de logiciels d'application qui proposent des fonctionnalités particulières (traitement de texte, tableurs, lecteurs multimédia, jeux...).

Privilégiant une politique d'intégration de ces deux types de logiciels dans les équipements auxquels ils sont destinés, la société Microsoft vend ses produits en France, par des canaux différents selon qu'il s'agit de fabricants et d'assembleurs, qui les pré-installent, ou de vendeurs d'ordinateurs.

Ainsi, le canal OEM (Original Equipment Manufacturer) concerne, d'une part, les fabricants dits « grands OEM » qui reçoivent, en contrepartie d'une redevance proportionnelle au nombre de produits vendus, un kit de préinstallation comprenant un exemplaire de base du logiciel, le « master », à reproduire autant de fois que nécessaire, d'autre part les assembleurs dits « petits OEM » qui bénéficient d'un programme DSP (Delivery Service Partner) par le biais duquel ils peuvent se procurer les logiciels en vue de leur préinstallation auprès de grossistes agréés, en signant avec la société Microsoft un accord de licence.

Le canal « non OEM » concerne les revendeurs, qui se procurent auprès de la filiale irlandaise de la société Microsoft, la société Microsoft Ireland Operation Ltd (MIOL), des logiciels d'application et des mises à jour de logiciels d'exploitation pour les proposer à leur clientèle.

Le 28 mai 1998, la société Digitechnic a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques qu'elle reprochait à la société Microsoft, relatives à la distribution de la suite logicielle Office Professional ou « Pack Office Pro », ensemble de logiciels d'application comprenant le traitement de texte *Word*, le tableur *Excel*, le créateur de présentation *Powerpoint*, l'agenda *Schedule* et le gestionnaire de base de données *Access*.

Elle exposait que de janvier 1995 au 21 juin 1996, en dépit de plusieurs demandes adressées directement à la société Microsoft, la première le 11 novembre 1994, elle s'était vu refuser le bénéfice d'une licence de distribution de ces produits, qu'elle n'avait pu se procurer qu'au prix de détail proche de 5 000 F HT cependant que les équipementiers américains Gateway 2000 et Dell Computer titulaires pour ce produit de licences concédées dès 1994 les obtenaient à un prix se situant entre 300 et 600 F HT. Elle ajoutait que si, à partir du 21 juin 1996 et jusqu'à la saisine du conseil, elle avait pu se fournir auprès de grossistes agréés en application du programme DSP, le prix qui lui

avait été proposé, soit 2 600 HT puis 1 500 F HT, était encore discriminatoire par rapport à ceux dont bénéficiaient les deux constructeurs.

Par décision n° 04-D-76 du 22 décembre 2004, le conseil a estimé qu'il n'était pas établi que la société Microsoft aurait, entre 1995 et 1998, mis en œuvre des pratiques de limitation de la diffusion de son logiciel « Pack Office Pro » qui auraient eu pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence sur le marché de la vente d'ordinateurs, et faisant application des dispositions de l'article L. 464-6 du code de commerce, a dit n'y avoir lieu à poursuivre la procédure.

LA COUR

Vu le recours en réformation déposé le 27 janvier 2005 par la société Digitechnic au greffe de la cour d'appel de Paris ;

Vu le mémoire déposé le même jour à l'appui du recours, soutenu par un mémoire en réplique déposé le 6 avril 2005, par lesquels la société Digitechnic demande à la cour de réformer la décision du conseil, de prendre les initiatives qui s'imposent et d'infliger les sanctions pécuniaires qu'elle jugera utiles ;

Vu les observations écrites du Conseil de la concurrence du 18 mai 2005 ;

Vu les observations écrites du ministre chargé de l'économie, en date du 18 mars 2005, tendant au rejet du recours ;

Vu les observations écrites du ministère public, mises à la disposition des parties à l'audience ;

Où à l'audience publique du 12 avril 2005, en leurs observations orales, le conseil de la requérante ainsi que le représentant du ministre chargé de l'économie et le ministère public, la société requérante ayant été en mesure de répliquer et ayant eu la parole en dernier.

Considérant que la société Digitechnic critique la décision en faisant valoir que la société Microsoft, du fait de la position ultra-dominante qu'elle détient sur le marché des logiciels pour micro-ordinateurs, n'avait pas le droit d'octroyer des licences préférentielles aux équipementiers américains Gateway 2000 et Dell Computer qui s'implantaient alors en France, leur permettant ainsi de prendre la majorité des parts du marché des micro-ordinateurs destinés aux entreprises et aux particuliers, au détriment d'autres constructeurs qui, comme elle, assemblaient sans les fabriquer des composants informatiques ;

Qu'elle soutient que le logiciel litigieux était un bien essentiel pour leur activité, dès lors qu'il n'existait à l'époque aucun produit véritablement substituable au « Pack Office Pro », qui

représentait plus de 90 % de la demande des utilisateurs de logiciels de bureautique ;

Qu'elle souligne qu'en lui refusant toute licence concernant le logiciel d'application « Pack Office Pro » pendant près de vingt mois, soit du 11 novembre 1994 au 21 juin 1996, et ce alors qu'elle-même était titulaire depuis 1992 d'une licence de distribution du logiciel d'exploitation Windows édité par Microsoft, et en la contraignant à se procurer les logiciels Pack Office Pro au prix de détail dix fois supérieur, puis en lui imposant à partir du 21 juin 1996 des prix triples voire quatre à cinq fois supérieurs à ceux qu'elle consentait aux deux sociétés américaines, la société Microsoft a mis en œuvre des pratiques discriminatoires qui lui ont causé un préjudice considérable, entravant sa croissance jusqu'à provoquer son éviction du marché ;

Considérant que pour rejeter ces griefs le conseil se fonde, d'abord, sur le fait qu'un refus de licence n'est pas, en soi, anticoncurrentiel, puisqu'il relève de la liberté commerciale du propriétaire du bien intellectuel sauf si ce bien est essentiel à l'activité du demandeur ; qu'il estime que tel n'est pas le cas en l'espèce dès lors que la plaignante a doublé ses ventes entre 1995 et 1996 bien qu'aucune licence OEM ne lui ait alors été accordée, que l'intérêt porté par les utilisateurs à ce produit n'est pas établi, et qu'il existait à l'époque des solutions alternatives telles Corel ou Lotus ; qu'il estime, ensuite, que les effets anticoncurrentiels des pratiques dénoncées ne sont pas démontrés, citant à nouveau le doublement du chiffre d'affaires de la requérante pendant la période considérée alors que les parts de marché des équipementiers américains restaient limitées pendant la même période et la progression de leur chiffre d'affaires inférieure ; qu'il estime enfin que l'écart constaté entre les prix respectivement facturés aux équipementiers et aux assembleurs au cours de la seconde période n'est pas significatif, eu égard notamment aux quantités très différentes achetées par les grands constructeurs et à la « niche » de produits haut de gamme occupée par la plaignante, et rappelle encore que ce handicap n'a pas empêché la société Digitechnic de doubler son chiffre d'affaires au cours des années considérées ;

Considérant que si une entreprise en situation de domination peut, en principe, choisir ses partenaires, un refus de fournir peut constituer dans certains cas un abus de cette domination s'il n'est pas objectivement justifié et ce, ainsi que l'a rappelé la Commission européenne dans sa décision du 24 mars 2004 relative à d'autres pratiques reprochées à la société Microsoft, même dans les situations où le refus de fournir résulte du refus de donner en licence des droits de propriété intellectuelle ; que de même, selon cette décision, les situations factuelles où

l'exercice d'un droit exclusif peut constituer un abus de position dominante ne peuvent se limiter à un cas particulier de circonstances ;

Qu'il y a lieu de rappeler au cas d'espèce, en premier lieu, l'ampleur de la domination exercée sur le marché des logiciels d'exploitation par la société Microsoft, qui repose selon l'analyse de la commission dans la décision sus rappelée, non seulement sur la détention de parts de marché considérables (plus de 90 %), mais aussi sur l'existence de barrières à l'entrée sur ce marché dues aux effets de réseau indirects très élevés qui le caractérisent ; qu'en effet et comme le rappelle cette décision, l'utilisation quotidienne d'un ordinateur implique généralement l'utilisation d'une application exécutée sur le système d'exploitation, et l'utilité globale d'un système d'exploitation pour un consommateur dépend des applications qu'il peut utiliser avec ce système, l'omniprésence des logiciels d'exploitation Windows sur le marché des ordinateurs personnels et le grand nombre d'applications de toute nature (bureautique, multimédia, jeux notamment) créées par les éditeurs pour ce système ayant pour conséquence une « boucle de rétroaction positive » bénéficiant à la société Microsoft en tant qu'éditeur des logiciels d'exploitation Windows ;

Considérant, s'agissant du marché voisin des logiciels de bureautique qui n'a pas été examiné en tant que tel par la commission dans la décision précitée, qu'il s'agit de produits occupant à l'évidence une place essentielle dans les solutions d'application proposées aux entreprises et aux particuliers ; qu'il est noté dans les propositions de non-lieu successivement présentées au Conseil le 20 février 2002 (page 9) et le 8 juillet 2004 (page 9) que la société Microsoft était également en position dominante sur le marché des suites logicielles pendant la période considérée, avec près de 85 % des parts de ce marché en Europe ; que la suite logicielle Office Professional réunissait à elle seule, selon les tenues de la publicité diffusée dans la revue *InfoPC* par la société Gateway en septembre 1995, « cinq des logiciels les plus cotés au monde », soit la grande majorité des suites logicielles alors vendues en micro-informatique ;

Que dès lors le conseil aurait dû rechercher compte tenu des caractéristiques propres et des liens étroits existant entre les produits en cause, d'une part, et de la domination apparemment exercée par la société Microsoft sur ces deux marchés, d'autre part, si les suites logicielles d'application proposées par d'autres éditeurs tels Corel ou Lotus, et celles proposées le 7 avril 1995 par la société Microsoft elle-même aux assembleurs titulaires de licences pour les systèmes d'exploitation Microsoft (v. *infra*), constituaient dans ces circonstances, en France, des produits véritablement substituables

- soit à des conditions techniques et financières crédibles - tant pour les offreurs, que pour les consommateurs, entreprises et particuliers, acquéreurs d'ordinateurs personnels prééquipés de logiciels d'exploitation, et notamment de produits Windows édités par Microsoft ;

Qu'il doit être constaté, en second lieu, que la requérante, titulaire depuis le 16 décembre 1992 d'une licence pour la distribution des logiciels d'exploitation Microsoft, licence renouvelée le 7 avril 1993 par la société Microsoft Corporation (pièces n° 120 s., 130 s. de la procédure suivie au conseil), était déjà contractuellement liée avec cette dernière ; que le conseil, qui note dans sa décision qu'existaient à la même époque plus de 250 assembleurs français de la taille de la société Digitechnic, qui détenaient à eux seuls entre 15 % et 30 % des parts du marché et apparaissent avoir été placés devant les mêmes obstacles, n'a pas tiré les conséquences de cette constatation en estimant que les effets anticoncurrentiels de cette situation n'étaient pas établis et qu'il appartenait éventuellement à la société saisissante de porter ce litige devant le juge commercial ; qu'il y a lieu de relever encore qu'un même refus d'octroi de licence sur le produit Office Professional apparaît avoir été opposé aux intégrateurs britanniques au cours de la période considérée, selon les renseignements portés au dossier (observations du ministre de l'économie et des finances du 22 avril 2002, page 2/3) ;

Que si, dans un courrier adressé au conseil le 19 juin 2000 (page 5), la société Microsoft déclarait qu'« aucun OEM français n'était en mesure d'offrir en 94-95 des conditions et des garanties [comparables à celles qu'offraient les deux équipementiers américains] justifiant l'existence d'une relation commerciale directe », il résulte pourtant d'une lettre circulaire adressée à la requérante le 7 avril 1995 par la société Microsoft France (pièce n° 129 de la procédure suivie au conseil) que Microsoft proposait alors à ses distributeurs une « Offre application » intitulée « Microsoft OEM complète » comprenant les logiciels Microsoft Works et Publisher pour Windows, « soit 6 applications en un seul produit : traitement de texte, tableur/grapheur, logiciel de mise en page, base de données, outils de dessin, 160 images clipArt, outil de communication », mais pas la suite logicielle Office Professional que les assembleurs ont dû se procurer au prix de détail jusqu'au 21 juin 1996 ;

Que la lettre circulaire diffusée le 21 juin 1996 aux assembleurs sous l'intitulé « Nouveau-Microsoft Office Professional disponible chez les grossistes agréés Microsoft OEM » (pièce n° 133 de la procédure), précise que « l'arrivée de Microsoft Office Professional pour Windows 95 dans le catalogue OEM à côté de Microsoft Word, Money & Publisher et de Microsoft Works, vous permet de répondre à

*chacun de vos clients, quels que soient leur profils et leurs attentes » ; qu'un paragraphe intitulé « Un nouveau marché » ajoute « vous gagnerez ainsi de nouvelles opportunités de marché avec cette suite bureautique qui est la plus attendue des petites entreprises (...) » ;*

Que, cependant, les équipementiers Dell et Gateway titulaires de licences concédées courant 1994 commercialisaient en France des ordinateurs équipés du Pack Office Pro depuis au moins janvier 1995 ainsi qu'en convient la société Microsoft dans sa lettre du 15 février 2001 (page 4) adressée au conseil ; que les affirmations de la société Microsoft contenues dans ces mêmes courriers, selon lesquelles le produit Pack Office Pro n'a pas été commercialisé en version française avant la mi-1996 et les assembleurs n'ont réclamé la fourniture de licences sur ce produit qu'à compter de cette période, sont contredites par les pièces versées au dossier ; que le conseil n'a effectué aucune vérification sur les caractéristiques techniques comparées et la date de mise sur le marché des produits mentionnés dans les offres successivement adressées aux assembleurs le 7 avril 1995 puis le 21 juin 1996, quatorze mois plus tard ;

Qu'en troisième lieu, le conseil n'a pas recherché quelle a été l'évolution pendant toute la période - soit de 1994 à 1998 - du marché français des ordinateurs personnels prééquipés de suites logicielles d'application de bureautique, tant en ce qui concerne sa structure générale que l'évolution des parts détenues par chaque catégorie d'intervenant (« grands » OEM, « petits » OEM, non OEM), la décision attaquée se bornant à noter qu'en 1995-1996 les assembleurs et les deux constructeurs en détenaient respectivement « 30 % » (assembleurs) 2,1 % (Gateway) et 4,2 % (Dell) ;

Qu'enfin le conseil ne pouvait s'arrêter au taux d'augmentation du chiffre d'affaires comparé des deux équipementiers et de la requérante pour conclure que les premiers ont connu une progression inférieure à celle de la seconde et qu'ainsi les effets anticoncurrentiels dénoncés par la plaignante ne sont pas établis, alors qu'en chiffres absolus le doublement des ventes de la société Digitechnic entre 1995 et 1996 a porté son chiffre d'affaires à 2039 appareils vendus - prééquipés ou non de suites logicielles de bureautique -, cependant que selon la décision du conseil les ventes mondiales totales des deux équipementiers respectivement de 1 500 000 et 1 900 000 machines en 1995, augmentaient respectivement de 160 % et 90 % au cours de l'exercice suivant pour atteindre 2 et 3 millions ; que la mise en regard de données nationales pour la société Digitechnic, et mondiales pour ses deux concurrentes, et ce alors qu'il apparaît que le produit litigieux était distribué dans des conditions privilégiées par les

deux équipementiers, en France, en version française, depuis au moins le début de l'année 1995, n'est pas pertinente ;

Que l'incidence éventuelle, sur le marché français des ordinateurs personnels prééquipés de suites logicielles bureautiques, du délai apporté à la fourniture de licences permettant aux assembleurs déjà titulaires du statut « OEM » de s'approvisionner auprès de grossistes en produits Office Professional, et ses conséquences éventuelles sur le prix qui leur a été proposé à compter du 21 juin 1996 par la société Microsoft, pour ce même produit, n'ont pas été mesurées, étant en outre observé que, selon la société Digitechnic, c'est précisément l'impossibilité de s'approvisionner en suites logicielles Pack Office Pro à des conditions compétitives qui l'a conduite à se repositionner sur une niche « haut de gamme » ;

Qu'il résulte de ces circonstances particulières qu'il ne peut être exclu que la société Microsoft ait abusé de sa position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation des ordinateurs personnels et sur celui des logiciels d'application de bureautique, en différant pendant près de vingt mois, sans justification objective, l'octroi aux assembleurs, qui représentaient une part non négligeable de sa clientèle, de licences de distribution de la suite logicielle d'application Pack Office Pro qu'elle concédait par ailleurs aux équipementiers Dell Computer et Gateway 2000, et en imposant dans un deuxième temps à ces mêmes partenaires des prix sans commune mesure avec ceux qu'elle consentait depuis 1994 aux deux équipementiers, et que ces faits aient eu un objet ou un effet anticoncurrentiel sur le marché français des ordinateurs personnels prééquipés de suites bureautiques et destinés aux entreprises et aux particuliers, ces pratiques devant être appréciées non seulement au regard des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce mais également, compte tenu de leur mise en œuvre dans plusieurs Etats membres et de l'affectation du commerce intracommunautaire qui a pu en résulter, au regard des dispositions de l'article 82 CE et du règlement 1/2003 du Conseil pris pour son application, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2004 ;

Considérant qu'il convient d'annuler la décision attaquée, et de renvoyer l'affaire devant le conseil pour poursuivre l'enquête,

PAR CES MOTIFS

Annule la décision n° 04-D-76 du  
22 décembre 2004 du Conseil de la concurrence  
disant n'y avoir lieu à suivre sur la plainte de la  
société Digitechnic ;

Renvoie l'affaire au Conseil de la concurrence  
pour poursuite de l'enquête ;

Met les dépens à la charge du Trésor public.

*Le greffier*

*La présidente*