

# TRIBUNAL DE L'UNION EUROPEENNE

2<sup>ème</sup> chambre, 27 juin 2012

Affaire T-167/08, Microsoft Corp., établie à Redmond, Washington (États-Unis) contre Commission européenne

## Arrêt

### Antécédents du litige

- 1 Microsoft Corp., société établie à Redmond, Washington (États-Unis), conçoit, développe et commercialise une vaste gamme de produits logiciels destinés à différents types d'équipements informatiques. Ces produits logiciels comprennent notamment des systèmes d'exploitation pour ordinateurs personnels clients (ci-après les « PC clients ») et des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail.
- 2 Le 24 mars 2004, la Commission a adopté la décision 2007/53/CE, relative à une procédure d'application de l'article 82 [CE] et de l'article 54 de l'accord EEE engagée contre Microsoft Corp. (Affaire COMP/C-3/37.792 – Microsoft) (JO 2007, L 32, p. 23, ci-après la « décision de 2004 »).
- 3 Selon la décision de 2004, Microsoft a violé l'article 82 CE et l'article 54 de l'accord EEE du fait de deux abus de position dominante, dont le premier, seul pertinent dans le cadre de la présente affaire, est constitué par le refus que Microsoft aurait opposé à ses concurrents de fournir les « informations relatives à l'interopérabilité » et d'en autoriser l'usage pour le développement et la distribution de produits concurrents aux siens sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, pour la période comprise entre le mois d'octobre 1998 et la date de notification de la décision de 2004 [article 2, sous a), de la décision de 2004].
- 4 Au sens de la décision de 2004, les « informations relatives à l'interopérabilité » sont les « spécifications exhaustives et correctes de tous les protocoles [mis en œuvre] dans les systèmes d'exploitation Windows pour serveurs de groupe de travail et qui sont utilisés par les serveurs de groupe de travail Windows pour fournir aux réseaux Windows pour groupe de travail des services de partage des fichiers et d'imprimantes, et de gestion des utilisateurs et des groupes [d'utilisateurs], y compris les services de contrôleur de domaine Windows, le service d'annuaire Active Directory et le service 'Group Policy' » (article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la décision de 2004).
- 5 Les « réseaux Windows pour groupe de travail » sont définis comme des « groupe[s] de PC clients [sur lesquels est installé un système d'exploitation Windows pour PC clients] et de serveurs [sur lesquels est installé un système d'exploitation Windows pour serveurs de groupe de travail] connectés entre eux via un réseau informatique » (article 1<sup>er</sup>, paragraphe 7, de la décision de 2004).
- 6 Les « protocoles » sont définis comme « un ensemble de règles d'interconnexion et d'interaction entre différents systèmes d'exploitation Windows pour serveurs de groupe de travail et systèmes d'exploitation Windows pour PC clients installés sur différents ordinateurs dans un réseau Windows pour groupe de travail » (article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la décision de 2004).
- 7 Dans la décision de 2004, la Commission souligne que le refus en question ne porte pas sur des éléments de « code source » de Microsoft, mais uniquement sur des spécifications des protocoles concernés, c'est-à-dire sur une description détaillée de ce qui est attendu du logiciel en cause, par opposition aux implémentations constituées par l'exécution du code sur l'ordinateur (considérents 24 et 569 de la décision de 2004). Elle précise notamment qu'elle « n'envisage pas d'ordonner à Microsoft de permettre à des tiers de copier Windows » (considérant 572 de la décision de 2004).
- 8 Les deux abus identifiés par la décision de 2004 ont été sanctionnés par l'imposition d'une amende d'un montant de 497 196 304 euros (article 3 de la décision de 2004).

- 9 À titre de mesure visant à corriger le refus abusif mentionné à l'article 2, sous a), de la décision de 2004, l'article 5 de cette décision ordonne à Microsoft ce qui suit :
- « a) Microsoft [...] 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 ;
  - b) Microsoft [...] fait en sorte que les informations relatives à l'interopérabilité divulguées soient mises à jour dès que nécessaire et dans les meilleurs délais ;
  - c) Microsoft [...] mettra en place, dans un délai de 120 jours à compter de la notification de la présente décision, un mécanisme d'évaluation qui permettra aux entreprises intéressées de s'informer de façon efficace sur l'étendue et les conditions d'utilisation des informations relatives à l'interopérabilité ; Microsoft [...] peut imposer des conditions raisonnables et non discriminatoires pour garantir que l'accès donné dans ce cadre aux informations relatives à l'interopérabilité ne soit utilisé qu'à des fins d'évaluation ;
  - d) Microsoft [...] 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 [...] 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 [...] indiquera notamment en détail les conditions auxquelles elle autorisera l'utilisation des [i]nformations relatives à l'interopérabilité ;
- [...] »
- 10 L'article 7 de la décision de 2004 dispose :
- « Dans un délai de 30 jours à compter de la notification de la présente décision, Microsoft [...] présentera à la Commission une proposition portant sur la mise en place d'un mécanisme destiné à aider la Commission à s'assurer que Microsoft [...] se conforme à la présente décision. Ce mécanisme comprendra un mandataire indépendant de Microsoft [...] »
- Au cas où la Commission estimerait que le mécanisme proposé par Microsoft [...] n'est pas adéquat, elle serait habilitée à imposer un tel mécanisme par voie de décision. »
- 11 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 7 juin 2004, Microsoft a introduit un recours contre la décision de 2004.
- 12 Par acte séparé enregistré au greffe du Tribunal le 25 juin 2004, Microsoft a introduit, en vertu de l'article 242 CE, une demande visant à ce qu'il soit sursis à l'exécution de l'article 4, de l'article 5, sous a) à c), et de l'article 6, sous a), de la décision de 2004.
- 13 Par ordonnance du 22 décembre 2004, Microsoft/Commission (T-201/04 R, Rec. p. II-4463), le président du Tribunal a rejeté cette demande.
- 14 Par la décision C (2005) 2988 final, du 28 juillet 2005, relative à une procédure d'application de l'article 82 [CE] (Affaire COMP/C-3/37.792 – Microsoft), la Commission a imposé le mécanisme prévu à l'article 7 de la décision de 2004. Le 4 octobre 2005, la Commission a procédé à la nomination du mandataire indépendant.
- 15 Par décision du 10 novembre 2005 (ci-après la « décision de 2005 »), imposant une astreinte en vertu de l'article 24, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 [CE] (JO L 2003, L 1, p. 1), la Commission a estimé que la documentation technique préparée par Microsoft au 20 octobre 2005

contenant les informations relatives à l'interopérabilité n'était ni précise ni complète (considérant 101 de la décision de 2005). Elle a également estimé que les taux de rémunération réclamés par Microsoft pour donner accès à et autoriser l'utilisation des informations relatives à l'interopérabilité n'étaient pas raisonnables (considéranants 161 et 193 de la décision de 2005). Pour ces motifs, elle a enjoint à Microsoft de se conformer aux obligations imposées par l'article 5, sous a) et c), de la décision de 2004 dans un délai expirant le 15 décembre 2005, sous astreinte de 2 millions d'euros par jour de retard.

16 Par décision du 12 juillet 2006 (ci-après la « décision de 2006 »), fixant le montant définitif de l'astreinte infligée à Microsoft [...] par la décision C (2005) 4420 final (Affaire COMP/C-3/37.792 – Microsoft) (JO 2008, C 138, p. 10), la Commission a estimé que la documentation technique préparée par Microsoft au 20 juin 2006 contenant les informations relatives à l'interopérabilité n'était ni précise ni complète (considérant 232 de la décision de 2006). Elle a donc imposé à Microsoft une astreinte de 280,5 millions d'euros au motif que cette dernière ne se serait pas conformée à l'article 5, sous a) et c), de la décision de 2004 pendant la période allant du 16 décembre 2005 au 20 juin 2006. En outre, elle a augmenté l'astreinte susceptible d'être imposée en vertu de la décision de 2005 à 3 millions d'euros par jour à partir du 31 juillet 2006.

17 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 2 octobre 2006, Microsoft a attaqué la décision de 2006.

18 Par arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission (T-201/04, Rec. p. II-3601), le Tribunal a annulé l'article 7 de la décision de 2004 et a rejeté le recours pour le surplus. Le premier point du dispositif de l'arrêt Microsoft/Commission, précité, se lit comme suit :

« 1. L'article 7 de la décision 2007/53/CE de la Commission, du 24 mars 2004, relative à une procédure d'application de l'article 82 [CE] et de l'article 54 de l'accord EEE engagée contre Microsoft [...] (Affaire COMP/C-3/37.792 – Microsoft) est annulé dans la mesure où :

- il ordonne à Microsoft de présenter une proposition portant sur la mise en place d'un mécanisme qui doit comprendre la désignation d'un mandataire indépendant doté des pouvoirs d'accéder, indépendamment de la Commission, à l'assistance, aux informations, aux documents, aux locaux et aux employés de Microsoft ainsi qu'au 'code source' des produits pertinents de Microsoft ;
- il exige que la proposition portant sur la mise en place de ce mécanisme prévoie que l'ensemble des coûts liés à la désignation du mandataire, en ce compris la rémunération de celui-ci, seront à la charge de Microsoft ;
- il réserve à la Commission le droit d'imposer par voie de décision un mécanisme tel que visé aux premier et deuxième tirets ci-dessus. »

19 Par lettre déposée au greffe du Tribunal le 24 octobre 2007, Microsoft s'est désistée du recours qu'elle avait introduit contre la décision de 2006 (voir point 17 ci-dessus).

#### Décision attaquée

20 Par la décision C (2008) 764 final, du 27 février 2008, fixant le montant définitif de l'astreinte infligée à [Microsoft] par la décision C (2005) 4420 final (Affaire COMP/C-3/37.792 – Microsoft) (JO 2009, C 166, p. 20, ci-après la « décision attaquée »), la Commission a imposé à Microsoft une astreinte de 899 millions d'euros au motif que cette dernière ne se serait pas conformée aux obligations imposées par l'article 5, sous a), de la décision de 2004 pendant la période allant du 21 juin 2006 au 21 octobre 2007.

21 Il ressort du considérant 14 de la décision attaquée que celle-ci concerne exclusivement l'obligation imposée à Microsoft en vertu de l'article 5, sous a), de la décision de 2004, selon laquelle Microsoft est tenue de donner accès à et d'autoriser l'utilisation des informations relatives à l'interopérabilité à des conditions raisonnables et non discriminatoires.

#### *Programme des protocoles pour serveurs de groupe de travail*

- 22 Il ressort des considérants 21 à 23 de la décision attaquée que, par lettre du 29 octobre 2004, Microsoft a soumis à la Commission deux projets de conventions qu'elle entendait proposer à ses concurrents dans le cadre d'un « Work Group Server Protocol Program » (programme des protocoles pour serveurs de groupe de travail). Il s'agissait, d'une part, d'un projet de convention visant l'obtention d'une licence sur les droits de propriété intellectuelle relatifs aux protocoles en question et, d'autre part, d'un projet de convention visant l'évaluation desdits protocoles.
- 23 Par lettre du 20 mai 2005 et dans le cadre des contacts continus avec la Commission, Microsoft a présenté cinq types de conventions (ci-après, prises ensembles, les « conventions WSPP »), à savoir :
- Microsoft Work Group Server Protocol Program License Agreement (All IP) for Development and Product Distribution (Work Group Server Operating System Software) [convention de licence (All IP) pour le développement et la distribution des produits logiciels d'exploitation pour serveurs de groupe de travail dans le cadre du programme des protocoles pour serveurs de groupe de travail de Microsoft, ci-après la « convention All IP »] ;
  - Microsoft Communications Protocol Program Agreement for Evaluation of Technical Documentation (3-Day) [convention pour l'évaluation de la documentation technique dans le cadre du programme des protocoles de communication de Microsoft (3 jours)] ;
  - Microsoft Communications Protocol Program Agreement for Evaluation of Technical Documentation (30-Day) [convention pour l'évaluation de la documentation technique dans le cadre du programme des protocoles de communication de Microsoft (30 jours)] ;
  - Microsoft Work Group Server Protocol Program License Agreement (No Patents) for Development and Product Distribution (Work Group Server Operating System Software) ; [convention de licence (No Patents) pour le développement et la distribution des produits logiciels d'exploitation pour serveurs de groupe de travail dans le cadre du programme des protocoles pour serveurs de groupe de travail de Microsoft, ci-après la « convention No Patent »] ;
  - Microsoft Work Group Server Protocol Program Patent Only License Agreement for Development and Product Distribution [convention de licence (Patent Only) pour le développement et la distribution des produits logiciels dans le cadre du programme des protocoles pour serveurs de groupe de travail de Microsoft, ci-après la « convention Patent Only »] (considérants 32 et 33 de la décision attaquée).
- 24 Il ressort des considérants 33, 37, 39, 40, 44, 57, 59, 66, 92 et 103 de la décision attaquée que, dans le cadre des contacts continus avec la Commission, Microsoft a soumis, du 20 mai 2005 au 21 mai 2007, treize versions successives révisées des conventions WSPP pourvues des schémas de rémunération. Un schéma de rémunération soumis le 22 octobre 2007 prévoit la conclusion d'une convention No Patent permettant l'accès à et l'utilisation de la documentation technique renfermant les informations relatives à l'interopérabilité contre paiement forfaitaire d'un montant de 10 000 euros. En outre, une convention de licence des technologies brevetées est également disponible contre rémunération calculée sur la base du revenu net du cocontractant de Microsoft (considérant 102 de la décision attaquée).
- 25 Selon le considérant 39 de la décision attaquée, la version des conventions WSPP soumise par Microsoft à la Commission le 31 mai 2005 contenait également des principes d'évaluation des informations relatives à l'interopérabilité (ci-après les « principes d'évaluation WSPP »), élaborés à l'issue de négociations entre les deux parties. Lesdits principes guideraient le mandataire indépendant non seulement dans le cadre de l'élaboration des avis consultatifs, mais également lorsqu'il est saisi par un cocontractant de Microsoft afin de statuer sur le caractère raisonnable du taux de rémunération concerné, sa décision pouvant être déclarée exécutoire par la High Court of Justice (England & Wales) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), Royaume-Uni] (considérants 47 et 113 de la décision attaquée).

*Communication des griefs*

- 26 Le 1<sup>er</sup> mars 2007, la Commission a adressé à Microsoft une communication des griefs (considérant 73 de la décision attaquée).

- 27 Par lettre du 2 mars 2007, Microsoft a demandé à la Commission de lui communiquer les taux de rémunération précis qu'elle devrait solliciter afin que son action soit considérée conforme aux obligations découlant de la décision de 2004. Par lettre du 8 mars 2007, la Commission a répondu qu'il ne lui incombait pas d'établir les taux de rémunération précis, mais de s'assurer que toute rémunération revendiquée par Microsoft était raisonnable et non discriminatoire conformément à l'article 5, sous a), de la décision de 2004 (considérant 75 de la décision attaquée).
- 28 Par lettre du 23 avril 2007, Microsoft a présenté sa réponse à la communication des griefs. Le 24 juillet 2007, la Commission a communiqué à Microsoft une « lettre de faits » ayant pour objet de lui donner l'occasion de commenter les éléments récoltés postérieurement à la communication des griefs. Microsoft a présenté ses observations le 31 août 2007 (considéranants 82, 98 et 99 de la décision attaquée).

*Appréciation sur le respect des obligations imposées par l'article 5, sous a), de la décision de 2004*

Critères d'appréciation du caractère raisonnable des taux de rémunération réclamés par Microsoft

- 29 Au considérant 105 de la décision attaquée, la Commission a rappelé que, selon le considérant 1003 de la décision de 2004, toute rémunération réclamée en contrepartie de l'accès à et de l'utilisation des informations relatives à l'interopérabilité devait permettre aux utilisateurs de ces informations de concurrencer de manière viable le système d'exploitation pour serveurs de groupe de travail de Microsoft. En outre, selon le considérant 1008, sous ii), de la décision de 2004, une telle rémunération ne saurait refléter la valeur stratégique dérivant du pouvoir dont Microsoft bénéficie sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients ou des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail.
- 30 Dans ces circonstances, la Commission a considéré que le caractère raisonnable, au sens de l'article 5, sous a), de la décision de 2004, de toute condition imposée par Microsoft ayant pour effet potentiel de restreindre l'accès à et l'utilisation des informations relatives à l'interopérabilité impliquait qu'une telle condition soit nécessaire et proportionnée au vu des intérêts légitimes de Microsoft qu'elle aurait pour objet de protéger. Afin d'être objectivement justifiée, toute rémunération réclamée par Microsoft devrait donc refléter la seule valeur intrinsèque éventuelle des informations en cause, à l'exclusion de la valeur stratégique résultant de la simple possibilité qu'elles octroient d'interopérer avec les systèmes d'exploitation de Microsoft. Il incomberait à Microsoft de démontrer cette circonstance (considéranants 106 et 107 de la décision attaquée).
- 31 La Commission a estimé que les principes d'évaluation WSPP (voir point 25 ci-dessus) étaient conformes aux objectifs visés par les considérants 1003 et 1008, sous ii), de la décision de 2004. En effet, d'une part, ces principes prévoient que le schéma de rémunération doit permettre aux utilisateurs des informations sur l'interopérabilité de concurrencer Microsoft de manière viable. D'autre part, ils prévoient que, afin d'apprécier si les informations relatives à l'interopérabilité présentent une valeur intrinsèque, c'est-à-dire qui ne consiste pas en la valeur stratégique décrite au point 29 ci-dessus, il y a lieu, premièrement, d'examiner si les protocoles concernés sont des créations de Microsoft, deuxièmement, d'apprécier si ces créations sont innovantes et, troisièmement, de tenir compte d'une évaluation de marché portant sur des technologies comparables et excluant la valeur stratégique dérivant de leur éventuelle position dominante (considéranants 117 et 118 de la décision attaquée).
- 32 La Commission a également exposé, aux considérants 119 et 158 de la décision attaquée, qu'elle appliquerait les critères exposés au point 31 ci-dessus afin d'apprécier si les taux de rémunération réclamés par Microsoft étaient raisonnables.
- 33 La Commission a, par ailleurs, souligné que son appréciation se ferait, pour la période allant jusqu'au 21 octobre 2007, par référence à la version des conventions WSPP soumise le 21 mai 2007 (voir point 24 ci-dessus). Étant donné que le schéma de rémunération inclus dans cette version des conventions WSPP prévoyait des taux de rémunération plus bas que ceux prévus dans les versions précédentes, les conclusions de la Commission s'appliquaient à plus forte raison à ces dernières versions, selon le considérant 103 de la décision attaquée.
- 34 S'agissant du premier critère exposé au point 31 ci-dessus, la Commission a indiqué que celui-ci n'était pas rempli lorsque Microsoft avait recours à des protocoles relevant du domaine public (considérant 129 de la décision attaquée).

- 35 S'agissant du deuxième critère exposé au point 31 ci-dessus, la Commission a souligné que, si les technologies en question n'étaient pas nouvelles, en ce sens qu'elles sont comprises dans l'état de la technique, ou si elles découlaient d'une manière évidente de l'état de la technique pour un homme du métier, Microsoft n'avait pas droit à une rémunération. Elle a estimé que les critères tirés de la nouveauté et de la non-évidence étaient appropriés, dès lors qu'il s'agissait des notions bien établies dans le domaine de la propriété intellectuelle (considérants 130 et 138 de la décision attaquée). Dans ce contexte, elle a considéré que des changements incrémentaux mineurs et des améliorations mineures ne représentant qu'une valeur négligeable pour les destinataires des informations relatives à l'interopérabilité ne sauraient être qualifiés d'innovants pour les besoins de l'exécution de la décision de 2004 (considérant 144 de la décision attaquée).
- 36 La Commission a ajouté à cet égard que, dans la mesure où Microsoft faisait valoir des brevets couvrant des technologies relatives à des protocoles incluses dans la documentation technique divulguée, celle-ci assumait provisoirement, et pour les besoins de la décision attaquée, que ces technologies étaient innovantes (considérant 132 de la décision attaquée).
- 37 Quant au troisième critère exposé au point 31 ci-dessus, la Commission a indiqué qu'il visait à vérifier que les taux de rémunération réclamés par Microsoft étaient compatibles avec une évaluation de marché des technologies comparables (considérant 139 de la décision attaquée).

#### Appréciation du caractère raisonnable des taux de rémunération réclamés par Microsoft

##### – Cadre général

- 38 Aux considérants 159 à 164 de la décision attaquée, la Commission a synthétisé le cadre général du schéma de rémunération proposé par Microsoft.
- 39 À cet égard, la Commission a exposé que Microsoft proposait différents types d'accès aux informations relatives à l'interopérabilité dans le cadre des conventions WSPP. Dans ce contexte, Microsoft offrait l'accès à des protocoles relatifs à cinq scénarios en ce qui concerne le service de partage de fichiers et d'imprimantes, à seize scénarios en ce qui concerne le service de gestion des utilisateurs et des groupes d'utilisateurs ainsi qu'au service « general networking ».
- 40 Quatre types de conventions donnaient accès à des informations relatives à l'interopérabilité.
- 41 Premièrement, la convention No Patent permettait aux destinataires des informations relatives à l'interopérabilité de développer et de distribuer des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail sur la base de la documentation technique.
- 42 Deuxièmement, en vertu de la convention Patent Only, Microsoft accordait une licence sur le contenu de brevets qui, selon elle, couvraient la technologie nécessaire pour interopérer avec les systèmes d'exploitation Windows pour PC clients et pour serveurs de groupe de travail.
- 43 Troisièmement, en vertu de la convention All IP, Microsoft accordait non seulement une licence sur le contenu de brevets qui, selon elle, couvraient la technologie nécessaire pour interopérer avec les systèmes d'exploitation Windows pour PC clients et pour serveurs de groupe de travail, mais également l'accès à la documentation technique et le droit d'utiliser ladite documentation.
- 44 Quatrièmement, en vertu de la convention intitulée « Interface Definition Language Only », Microsoft accordait l'accès à la documentation technique relative à ces fichiers et le droit d'utiliser ladite documentation.
- 45 Il ressort également du considérant 160 de la décision attaquée que, pour la plupart des scénarios, Microsoft réclamait des taux de rémunération en fonction du type de convention envisagé et assortissait ces taux d'un montant minimal et d'un plafond. Des taux de rémunération étaient également prévus pour les scénarios regroupés par service ainsi que pour l'ensemble des scénarios au sein des trois services mentionnés au point 39 ci-dessus. La rémunération réclamée était exprimée soit en pourcentage du revenu

net de son cocontractant réalisé lors de la vente des produits implémentant les protocoles en question, soit en montant forfaitaire par serveur vendu.

- 46 Il ressort enfin des considérants 166, 167 et 297 de la décision attaquée que la Commission s'est focalisée sur le caractère raisonnable des taux de rémunération réclamés par Microsoft pour la technologie non brevetée incluse dans la documentation technique et divulguée dans le cadre de la convention No Patent.
- Caractère innovant des protocoles décrits dans la documentation technique auxquels Microsoft donne accès en vertu de la convention No Patent
- 47 Selon le considérant 169 de la décision attaquée, Microsoft a fait valoir, dans le cadre de deux rapports soumis à la Commission le 31 juillet et le 24 août 2006 respectivement, que 173 protocoles contenaient des innovations non brevetées.
- 48 Afin de justifier son appréciation, Microsoft, premièrement, aurait vérifié que la technologie en question avait été développée par celle-ci ou pour son compte, deuxièmement, aurait décrit le problème résolu par cette technologie, troisièmement, aurait exposé les technologies faisant partie de l'état de la technique prises en compte afin d'établir le caractère innovant du protocole en cause et, quatrièmement, aurait localisé ces innovations dans la documentation technique révisée.
- 49 Il ressort également des considérants 62, 69 et 171 de la décision attaquée que, à la demande de la Commission, le mandataire indépendant a évalué les appréciations de Microsoft concernant la technologie non brevetée en suivant la méthodologie décrite au point 48 ci-dessus, et que la Commission a formulé la même demande auprès de TAEUS, une entreprise spécialisée, concernant les scénarios intitulés « File Replication Service », « Directory Replication Service » et « Network Access Protection ». Les rapports de TAEUS et du mandataire indépendant ont été respectivement soumis à la Commission le 15 décembre 2006 et le 27 février 2007.
- 50 La Commission a indiqué que le mandataire indépendant était parvenu à la conclusion que peu de matériel produit par Microsoft dans le cadre de la documentation technique était innovant et, dès lors, justifiait une rémunération. En outre, TAEUS avait conclu qu'aucune des 21 technologies incorporées dans les trois scénarios examinés par cette dernière n'était innovante (considérants 171 à 174 de la décision attaquée). Selon la note en bas de page n° 197 de la décision attaquée, ces conclusions n'avaient pas été modifiées à la suite de la réponse de Microsoft à la communication des griefs, qui avait donné lieu à deux rapports de la part du mandataire indépendant et à un rapport de TAEUS.
- 51 La Commission a conclu, en ce qui concerne les 173 technologies relatives à des protocoles présentées par Microsoft comme innovantes, que 166 technologies étaient comprises dans l'état de la technique ou découlaient d'une manière évidente de l'état de la technique pour un homme du métier et 7 technologies étaient innovantes (considérants 175 et 219 de la décision attaquée).
- 52 Les 173 technologies en question sont exposées dans un tableau annexé à la décision attaquée, contenant une description sommaire de chaque technologie ainsi que, pour la plupart des technologies, des informations concernant la date de leur création, les bénéfices en résultant selon Microsoft, une référence au dossier soumis par Microsoft, une appréciation sommaire, une référence à l'état de la technique et une référence aux sources justifiant, selon la Commission, l'appréciation faite ainsi que les mentions à l'état de la technique. Les sources en question consistent en deux rapports du mandataire indépendant datés des 3 mars et 8 juillet 2007 ainsi qu'en observations formulées le 8 mai 2007 par l'European Committee for Interoperable Systems (ECIS) sur la réponse de Microsoft à la communication des griefs.
- 53 Aux considérants 187 à 218 de la décision attaquée, la Commission a exposé son appréciation sur le caractère innovant de huit technologies relatives à des protocoles relevant du scénario « Directory & Global Catalog Replication », ce dernier faisant partie du service de gestion des utilisateurs et des groupes d'utilisateurs, et de onze technologies relatives à des protocoles relevant du scénario « File Replication Service », ce dernier faisant partie du service de partage de fichiers et d'imprimantes. À l'exception des arguments relatifs à la technologie « File Staging », les allégations de Microsoft en faveur du caractère innovant de ces technologies ont été rejetées par la Commission (considérant 219 de la décision attaquée).

– Évaluation de marché portant sur des technologies comparables

- 54 Aux considérants 220 à 279 de la décision attaquée, la Commission a exposé son appréciation relative à une évaluation de marché portant sur des technologies comparables aux technologies non brevetées divulguées dans le cadre de la convention No Patent. Selon cette appréciation, des technologies comparables sont offertes sans rémunération tant par Microsoft que par d'autres entreprises, de sorte que l'évaluation de marché démontrait que les taux de rémunération réclamés par Microsoft n'étaient pas raisonnables.

*Astreinte*

- 55 La Commission a exposé, au considérant 285 de la décision attaquée, que cette dernière concernait exclusivement la période allant du 21 juin 2006 au 21 octobre 2007. Au considérant 298 de la décision attaquée, elle a précisé que le schéma adopté par Microsoft le 22 octobre 2007 (voir point 24 ci-dessus) ne soulevait pas d'objections quant au caractère raisonnable des taux de rémunération qu'il contenait. Ainsi, la Commission a fixé le montant définitif de l'astreinte à 899 millions d'euros pour cette période (considérants 299 et 300 de la décision attaquée).

Procédure et conclusions des parties

- 56 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 9 mai 2008, Microsoft a introduit le présent recours.
- 57 Par acte déposé au greffe du Tribunal le 16 août 2008, la Free Software Foundation Europe eV (ci-après la « FSFE ») et la Samba Team ont demandé à intervenir dans la présente procédure au soutien de la Commission.
- 58 Par actes déposés au greffe du Tribunal le 19 août 2008, la Software & Information Industry Association (ci-après la « SIIA ») et l'ECIS ont demandé à intervenir dans la présente procédure au soutien de la Commission.
- 59 Par actes déposés au greffe du Tribunal le 25 août 2008, International Business Machines Corp. (ci-après « IBM ») et Red Hat Inc. ont demandé à intervenir dans la présente procédure au soutien de la Commission.
- 60 Par acte déposé au greffe du Tribunal le 26 août 2008, Oracle Corp. a demandé à intervenir dans la présente procédure au soutien de la Commission.
- 61 Par actes déposés au greffe du Tribunal les 25 et 26 août 2008 respectivement, The Computing Technology Industry Association, Inc. (ci-après la « CompTIA ») et l'Association for Competitive Technology, Inc. (ci-après l'« ACT ») ont demandé à intervenir dans la présente procédure au soutien de Microsoft.
- 62 Par ordonnance du 20 novembre 2008, le président de la septième chambre du Tribunal a admis ces interventions.
- 63 Les parties intervenantes ont déposé leurs mémoires et les autres parties ont déposé leurs observations sur ceux-ci dans les délais impartis.
- 64 La composition des chambres du Tribunal ayant été modifiée, le juge rapporteur a été affecté à la deuxième chambre, à laquelle la présente affaire a, par conséquent, été attribuée.
- 65 Sur rapport du juge rapporteur, le Tribunal a décidé d'ouvrir la procédure orale et, dans le cadre des mesures d'organisation de la procédure, les parties ont été invitées à produire certains documents et autres informations.
- 66 Microsoft conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :



- annuler la décision attaquée ;
  - à titre subsidiaire, supprimer ou réduire le montant de l’astreinte ;
  - condamner la Commission et les parties étant intervenues au soutien de cette dernière aux dépens.
- 67 La Commission conclut à ce qu’il plaise au Tribunal :
- rejeter le recours ;
  - condamner Microsoft aux dépens.
- 68 La FSFE, la Samba Team, la SIIA, l’ECIS, IBM, Red Hat et Oracle concluent à ce qu’il plaise au Tribunal :
- rejeter le recours ;
  - condamner Microsoft aux dépens liés à leurs interventions.
- 69 La CompTIA conclut à ce qu’il plaise au Tribunal :
- annuler la décision attaquée ;
  - condamner la Commission aux dépens liés à son intervention.
- 70 L’ACT conclut à ce qu’il plaise au Tribunal :
- annuler la décision attaquée ;
  - à titre subsidiaire, supprimer ou réduire le montant de l’astreinte imposée à Microsoft ;
  - condamner la Commission aux dépens liés à son intervention.

#### En droit

- 71 Les moyens avancés par Microsoft sont tirés, premièrement, du caractère illégal de l’imposition d’une astreinte avant que ses obligations en vertu de l’article 5 de la décision de 2004 n’aient été suffisamment concrétisées, deuxièmement, d’une erreur commise par la Commission quant à l’absence de caractère raisonnable des taux de rémunération relatifs à la convention No Patent, troisièmement, d’une erreur commise par la Commission quant aux critères appliqués pour apprécier le caractère innovant des technologies relatives à des protocoles faisant l’objet de la convention No Patent, quatrièmement, du caractère illégal de l’utilisation des rapports du mandataire indépendant, cinquièmement, d’une violation des droits de la défense et, sixièmement, d’une absence de base juridique pour l’imposition d’une astreinte ainsi que du caractère excessif et disproportionné de celle-ci.
- 72 En outre, dans le cadre des premier, deuxième, troisième et sixième moyens, Microsoft fait valoir que la décision attaquée est viciée d’un défaut de motivation.

*Sur le premier moyen, tiré du caractère illégal de l’imposition d’une astreinte avant que les obligations de Microsoft en vertu de l’article 5, sous a), de la décision de 2004 n’aient été concrétisées*

#### Arguments des parties

- 73 À l’appui de son premier moyen, Microsoft invoque un ensemble de quatre griefs.

- 74 Premièrement, la Commission aurait méconnu son obligation de spécifier de manière positive les actions que Microsoft devait entreprendre afin de se mettre en conformité avec l'article 5, sous a), de la décision de 2004. En effet, ainsi qu'il résulterait de sa pratique décisionnelle, la Commission était en mesure de spécifier, dans la décision de 2004, les taux de rémunération auxquels Microsoft avait droit. Or, le concept de « taux raisonnables » incluait des taux de différents niveaux. Cette appréciation n'équivaudrait pas à une mise en cause de la légalité de la décision de 2004 ni ne nierait la possibilité d'exécuter des provisions incluant des concepts juridiques indéterminés, mais contesterait le droit d'imposer une astreinte pour violation de la disposition susvisée avant de spécifier les obligations en découlant.
- 75 Dans un but de spécifier ces obligations avant de contraindre Microsoft à s'y conformer, la Commission aurait établi la procédure prévue par l'article 5, sous d), de la même décision. Or, ainsi que la Commission l'aurait déclaré dans les communications des griefs envoyées à Microsoft en août 2000 et en août 2003, et comme il résulterait du considérant 995 de la décision de 2004, si les mesures proposées par Microsoft n'étaient pas satisfaisantes, elle imposerait les mesures nécessaires par voie de décision. Cependant, la Commission aurait constamment refusé de concrétiser ce qu'elle entendait par « taux de rémunération raisonnables », alors que les responsabilités qu'elle aurait assumées en vertu de l'article 5 de la décision de 2004 l'obligeraient à imposer à Microsoft des conditions positivement spécifiées par le biais d'une décision. Les principes d'évaluation WSPP ne fournissant que des lignes directrices générales qui n'aboutissent pas à un taux spécifique, ils ne sauraient être perçus comme suffisants à cet effet. Les allégations tenant à l'absence de valeur intrinsèque et à la fourniture gratuite courante des informations relatives à l'interopérabilité manqueraient en fait et seraient décrédibilisées par la conclusion d'accords de licences selon le schéma de rémunération de Microsoft.
- 76 Deuxièmement, Microsoft fait valoir que la ligne d'action de la Commission est constitutive d'une violation de l'article 24 du règlement n° 1/2003, dès lors que l'imposition d'une astreinte ayant pour objet de contraindre une personne à adopter un comportement présuppose que les obligations de la personne en cause soient spécifiées avec précision, à défaut pour l'imposition de l'astreinte d'enfreindre des droits fondamentaux. En l'espèce, la Commission, qui ne serait pas en droit d'initier la procédure de l'article 24 du règlement n° 1/2003 si elle ne savait pas avec précision ce que Microsoft devait faire pour se conformer à la décision de 2004, aurait pu recourir au mandataire indépendant afin de spécifier les obligations de Microsoft au degré requis.
- 77 Troisièmement, Microsoft, soutenue par la CompTIA, souligne que, en imposant une astreinte avant de spécifier les obligations de Microsoft au degré requis, la Commission aurait violé le principe de bonne administration. À cet égard, la CompTIA soutient que l'action de la Commission est caractérisée par une absence de transparence, d'objectivité et d'équité, alors que l'astreinte imposée serait arbitraire et disproportionnée au vu des circonstances de l'espèce. Selon la CompTIA, le comportement de la Commission serait une source de risques et d'insécurité qui neutraliserait les motifs pour innover au détriment des consommateurs.
- 78 Enfin, quatrièmement, Microsoft allègue que, en refusant d'adopter une décision susceptible de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel et spécifiant les obligations découlant de l'article 5, sous a), de la décision de 2004 s'agissant des taux de rémunération, la Commission aurait de fait contraint Microsoft à se conformer à ses demandes de baisser les taux de rémunération pour toutes les conventions WSPP, sans pour autant pouvoir saisir le juge au sujet de la légalité des demandes en question. De cette manière, Microsoft aurait été privée de son droit à une protection juridictionnelle effective contre les appréciations, toujours « préliminaires », auxquelles se serait livrée la Commission. En outre, même si Microsoft avait refusé de revoir ses propositions ou avait introduit un recours en responsabilité ou en carence, ces actions ne donneraient pas lieu à une décision de la Commission définissant un taux de rémunération raisonnable.
- 79 Microsoft ayant itérativement développé ces arguments au cours de la procédure administrative sans pour autant recevoir de réponse, y compris dans la décision attaquée, cette dernière serait également viciée d'un défaut de motivation.
- 80 L'ACT fait valoir que Microsoft aurait mis en œuvre les méthodes les plus appropriées afin de définir ses obligations en vertu de l'article 5, sous a), de la décision de 2004, alors que la Commission se serait bornée à rejeter les résultats des enquêtes s'y rapportant sans même fournir les clarifications dont

Microsoft aurait besoin pour respecter les obligations en question. En outre, la Commission aurait demandé des renseignements uniquement aux entreprises soutenant sa position.

- 81 La Commission et les parties intervenant à son soutien contestent le bien-fondé du présent moyen et ajoutent que Microsoft ne saurait, dans le cadre du présent recours, exciper d'une prétendue imprécision de la décision de 2004 s'agissant de la définition de ses obligations.

#### Appréciation du Tribunal

- 82 Il y a lieu d'écarter d'emblée l'argumentation de la Commission selon laquelle Microsoft remet en cause la légalité de la décision de 2004. En effet, comme il ressort des écritures de Microsoft, les arguments de cette dernière ne se fondent pas sur une prétendue illégalité de l'article 5, sous a), de cette décision, mais sur la prétendue impossibilité pour la Commission d'imposer une astreinte pour violation de la disposition en question sans avoir déterminé au préalable, par voie de décision susceptible de faire l'objet d'un recours, le taux de rémunération qu'elle estime raisonnable. Cette problématique concerne manifestement la légalité de la décision attaquée, en vertu de laquelle l'astreinte a été imposée.
- 83 Il y a lieu de rappeler, ensuite, que, ainsi qu'il ressort du considérant 280 de la décision attaquée, l'astreinte en question a été imposée au motif que Microsoft n'a pas autorisé l'accès à des informations relatives à l'interopérabilité couvertes par la convention No Patent et l'utilisation desdites informations à des « conditions raisonnables », en violation de l'obligation établie à l'article 5, sous a), de la décision de 2004.
- 84 S'agissant de cette dernière disposition, il y a lieu de relever que le recours à des concepts juridiques indéterminés aux fins de la formulation de règles dont la violation entraîne la responsabilité civile, administrative, voire même pénale, du contrevenant n'entraîne pas l'impossibilité d'imposer les mesures correctives prévues par la loi, à condition que le justiciable puisse savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les juridictions, quels actes et omissions engagent sa responsabilité (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, Rec. p. I-3633, point 50, et du 22 mai 2008, *Evonik Degussa/Commission*, C-266/06 P, non publié au Recueil, point 39).
- 85 À cet égard, en conformité avec une jurisprudence constante (ordonnance de la Cour du 10 juillet 2001, *Irish Sugar/Commission*, C-497/99 P, Rec. p. I-5333, point 15 ; arrêts du Tribunal du 11 mars 1999, *Eurofer/Commission*, T-136/94, Rec. p. II-263, point 271, et du 10 avril 2008, *Deutsche Telekom/Commission*, T-271/03, Rec. p. II-477, point 252), le dispositif de la décision de 2004 doit être lu et interprété à la lumière de ses motifs. Il ressort du considérant 1003 de cette décision que son objectif est d'assurer que les concurrents de Microsoft développent, en implémentant les spécifications divulguées, des produits qui interopèrent avec l'architecture de domaine Windows qui est nativement intégrée au produit dominant que constitue le système d'exploitation Windows pour PC clients, et puissent ainsi concurrencer de manière viable les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail de Microsoft. En outre, au considérant 1008, sous ii), de la décision de 2004, il est exposé que toute rémunération que Microsoft pourrait demander en contrepartie de l'accès à et de l'utilisation des informations relatives à l'interopérabilité ne saurait refléter la valeur stratégique dérivant du pouvoir dont Microsoft bénéficie sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients ou des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail.
- 86 Dans ce contexte, après négociation avec la Commission (considéranants 39, 111 et 113 de la décision attaquée), Microsoft a incorporé, en mai 2005, les principes d'évaluation WSPP dans les conventions WSPP. Ainsi, à l'article 7.5 de la convention No Patent (dans sa version du 21 mai 2007), Microsoft déclare avoir appliqué lesdits principes d'évaluation aux fins de l'élaboration du tableau de ses rémunérations et indique que, en vertu de l'article 7.7, sous d), de la même convention, le mandataire indépendant et la High Court of Justice sont compétents pour lui imposer les conséquences en cas de violation de ces principes d'évaluation.
- 87 S'agissant du contenu des principes d'évaluation WSPP, illustrés au point 31 ci-dessus, force est de constater qu'ils prévoient des critères cumulatifs et suffisamment précis permettant à Microsoft d'évaluer si une technologie donnée incorpore une valeur intrinsèque distincte de sa valeur stratégique, telle que décrite au considérant 1008, sous ii), de la décision de 2004 ainsi que dans lesdits principes d'évaluation.

Rien ne permet par ailleurs de considérer que ces principes d'évaluation, fondés sur l'article 5 de la décision de 2004, se prêtent à une application par le mandataire indépendant et par la High Court of Justice, mais ne suffisent pas à Microsoft pour adopter un comportement conforme à cette disposition ou à la Commission pour exercer sa mission de surveillance de ce comportement.

- 88 Il en résulte que la Commission était en droit d'imposer à Microsoft une astreinte pour non-respect des obligations résultant de l'article 5, sous a), de la décision de 2004, cette dernière disposition remplissant les conditions illustrées au point 84 ci-dessus.
- 89 Il convient d'ajouter que, dans une lettre en date du 18 avril 2005, la Commission a exposé à Microsoft que toute rémunération devrait être forfaitaire et non proportionnelle aux revenus provenant de la vente des produits vendus par les concurrents de Microsoft. En outre, comme le souligne la SIIA, le 1<sup>er</sup> mars 2007, M. B., Senior Vice President, General Counsel and Corporate Secretary de Microsoft, a déclaré dans le cadre d'une conférence de presse, dont le transcript figure sur le site Internet de Microsoft, que les principes d'évaluation WSPP étaient « très clairs » malgré un certain degré de complexité.
- 90 L'argumentation de Microsoft selon laquelle la Commission aurait dû établir elle-même, par voie de décision susceptible de faire l'objet d'un recours juridictionnel, le taux de rémunération approprié avant de pouvoir infliger une astreinte est également dénuée de fondement.
- 91 En effet, ainsi qu'il résulte du point 84 ci-dessus, l'utilisation des concepts juridiques indéterminés au sein d'une disposition n'empêche pas l'établissement de la responsabilité du contrevenant. Comme le souligne la Commission, s'il n'en était pas ainsi, une violation des articles 101 ou 102 TFUE, rédigés eux-mêmes à l'aide de concepts juridiques indéterminés, tels que la distorsion de la concurrence ou l'« abus » d'une position dominante, ne pourrait donner lieu à une amende avant l'adoption d'une décision préalable établissant l'infraction.
- 92 Contrairement à ce que fait valoir Microsoft (voir point 75 ci-dessus), l'article 5, sous d), de la décision de 2004 a pour seul objet de contraindre l'entreprise à adopter et à divulguer à la Commission les mesures qu'elle entend prendre afin de se conformer à ses obligations sous a) à c) de la même disposition. Cet article établit donc une obligation visant, comme il l'expose, à permettre à la Commission d'apprécier, avant l'expiration du délai de 120 jours imposé sous a), les mesures que Microsoft se propose de prendre pour mettre fin à l'infraction. Il ne résulte donc ni de l'article 5, sous d), de la décision de 2004 ni, à plus forte raison, de son considérant 995, que la Commission s'est, de quelque manière que ce soit, engagée à définir, par voie de décision, un taux de rémunération raisonnable avant d'imposer une astreinte.
- 93 Il importe d'ajouter à cet égard que l'astreinte imposée en vertu de la décision attaquée couvre la période allant du 21 juin 2006 au 21 octobre 2007. Or, ainsi qu'il résulte du considérant 101 de la décision de 2005 et du considérant 232 de la décision de 2006 (voir points 15 et 16 ci-dessus), Microsoft n'avait même pas fourni, au 20 juin 2006, une version précise et complète des informations relatives à l'interopérabilité, de sorte que, même si la Commission avait considéré opportun d'établir des taux de rémunération raisonnables, elle aurait été dans l'impossibilité de le faire.
- 94 En outre, la distinction entre une amende et une astreinte que Microsoft essaie d'établir (voir point 76 ci-dessus) est sans pertinence aux fins de la question soulevée dans le cadre du présent moyen. En effet, d'une part, une amende imposée en vertu de l'article 23 du règlement n° 1/2003 et une astreinte définitive, telle que celle en cause, imposée en vertu de l'article 24, paragraphe 2, du même règlement sont les conséquences, respectivement, d'une infraction aux articles 101 TFUE ou 102 TFUE et d'une décision enjoignant la fin de l'infraction en question et, le cas échéant, imposant des mesures comportementales. D'autre part, l'amende et l'astreinte se rapportent toutes les deux au comportement de l'entreprise tel que manifesté par le passé et doivent toutes les deux avoir une portée dissuasive pour empêcher la répétition ou la continuation de l'infraction. Au regard de cette communauté des caractéristiques et d'objectifs, rien ne justifie une différenciation dans les niveaux de précision de ce qu'une entreprise doit faire ou ne pas faire afin de se conformer aux règles de concurrence avant qu'une décision imposant une amende ou une décision imposant une astreinte définitive ne soit adoptée à son égard.
- 95 Microsoft a, par ailleurs, raison de soutenir que plusieurs taux peuvent relever de la notion de « taux de rémunération raisonnables ». Néanmoins, cette appréciation confirme le bien-fondé de la thèse de la

Commission selon laquelle il ne lui incombe pas de choisir un certain taux de rémunération parmi les taux raisonnables au sens de la décision de 2004 et de l'imposer à Microsoft. En effet, si la Commission a, certes, le pouvoir de constater une infraction et d'ordonner aux parties concernées d'y mettre fin, il ne lui appartient pas d'imposer aux parties son choix parmi les différentes possibilités de conduite toutes conformes au traité ou à une décision imposant des mesures comportementales, telle que la décision de 2004 (voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 18 septembre 1992, Automec/Commission, T-24/90, Rec. p. II-2223, point 52). Il en résulte que si l'entreprise a choisi une de ces possibilités, la Commission n'est pas en mesure de constater une infraction ou d'imposer une astreinte au motif que l'autre possibilité a sa préférence. Il incombe donc à Microsoft d'octroyer des droits d'accès aux informations relatives à l'interopérabilité et d'utilisation desdites informations à des taux de rémunération raisonnables au sens de l'article 5, sous a), de la décision de 2004, sans que la Commission puisse lui imposer une astreinte dans l'hypothèse où elle estimerait que les taux en question seraient raisonnables, mais que d'autres, éventuellement « encore plus raisonnables » auraient dû être proposés.

- 96 Dans ces conditions, force est de rejeter les arguments de Microsoft tirés d'une prétendue violation du principe de bonne administration (voir point 77 ci-dessus).
- 97 Enfin, l'argument de Microsoft tiré d'une violation du droit à une protection juridictionnelle effective ne saurait non plus prospérer. À cet égard, il suffit de relever que, dans le cadre de la présente procédure, Microsoft conteste l'appréciation de la Commission sur le caractère innovant des technologies en question et, par voie de conséquence, sur le caractère raisonnable des taux de rémunération réclamés. Le grief de Microsoft consiste donc, en substance, en ce qu'elle aurait pu contester cette appréciation plus tôt si la Commission avait établi, par voie de décision, le taux approprié. Or, si telle avait été la volonté de Microsoft, elle aurait pu, au lieu d'entamer un long dialogue avec la Commission et de baisser au fur et à mesure les taux réclamés, tout d'abord, communiquer au plus vite une version précise et complète des informations sur l'interopérabilité et, ensuite, adopter définitivement les taux de rémunération qu'elle considérerait appropriés. Dans une telle hypothèse, si la Commission estimait que les taux en question n'étaient pas raisonnables, une décision comme celle attaquée en l'espèce serait intervenue plus tôt. Le droit à une protection juridictionnelle effective de Microsoft n'a donc pas été affecté de quelque manière que ce soit.
- 98 La branche du présent moyen faisant valoir une violation de l'obligation de motivation du fait que la Commission n'a pas répondu à ces arguments, qui avaient également été formulés pendant la procédure administrative, doit également être rejetée.
- 99 Selon une jurisprudence constante, la motivation exigée par l'article 253 CE doit être adaptée à la nature de l'acte en cause et doit faire apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement de l'institution, auteur de l'acte, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise et à la juridiction compétente d'exercer son contrôle. L'exigence de motivation doit être appréciée en fonction des circonstances de l'espèce, notamment du contenu de l'acte, de la nature des motifs invoqués et de l'intérêt que les destinataires ou d'autres personnes concernées directement ou individuellement par l'acte peuvent avoir à recevoir des explications. Il n'est pas exigé que la motivation spécifie tous les éléments de fait et de droit pertinents, dans la mesure où la question de savoir si la motivation d'un acte satisfait aux exigences de l'article 253 CE doit être appréciée au regard non seulement de son libellé, mais aussi de son contexte ainsi que de l'ensemble des règles juridiques régissant la matière concernée (arrêt de la Cour du 30 mars 2000, VBA/Florimex e.a., C-265/97 P, Rec. p. I-2061, point 93).
- 100 Ainsi qu'il résulte de l'analyse qui précède, les règles juridiques régissant la matière concernée ne font aucunement obstacle à l'imposition d'une astreinte sans définition préalable du taux de rémunération qui, selon la Commission, serait raisonnable au sens de l'article 5, sous a), de la décision de 2004. Dans ces conditions, la Commission satisfait à son obligation de motivation lorsqu'elle expose de manière claire et non équivoque les raisons pour lesquelles les taux de rémunération réclamés par Microsoft n'étaient pas raisonnables, une motivation portant spécifiquement sur la possibilité d'infliger une astreinte sans définition préalable du taux raisonnable de la part de la Commission n'étant pas nécessaire à cet effet.
- 101 Partant, le premier moyen doit être rejeté.

*Sur le deuxième moyen, tiré d'une erreur commise par la Commission quant à l'absence de caractère raisonnable des taux de rémunération relatifs à la convention No Patent*

## Arguments des parties

- 102 Au vu du caractère indéterminé du concept de rémunération raisonnable et du refus de la Commission de spécifier les obligations de Microsoft, cette dernière se serait accordée à créer un mécanisme permettant la négociation des taux de rémunération avec des potentiels preneurs de licences et à se soumettre à la compétence arbitrale du mandataire indépendant. En outre, à la demande de la Commission, Microsoft aurait établi des taux de rémunération à des niveaux même moins élevés que ceux suggérés par PricewaterhouseCoopers, société d'experts de renommée mondiale, fondés sur l'évaluation des technologies valablement considérées comme comparables et en vertu des méthodes universellement acceptées. Or, comme il serait largement connu, même ces taux ne serviraient que de point de départ aux négociations avec les cocontractants potentiels, le mandataire indépendant pouvant être saisi en cas de désaccord, afin de définir un taux raisonnable en application des principes d'évaluation WSPP. Même si la Commission n'était pas d'accord avec l'appréciation des spécialistes externes mandatés par Microsoft de bonne foi et dans le but de se conformer à la décision de 2004, il ne saurait être accepté que Microsoft a appliqué des taux de rémunération déraisonnables, encore moins discriminatoires, puisque aucun de ses cocontractants n'a jugé opportun de saisir le mandataire indépendant, même pendant les négociations, bien que la position de Microsoft ait été affaiblie à cause de la menace d'une astreinte très élevée. En tout état de cause, la mise en place de ce mécanisme contentieux avec l'accord de Microsoft garantirait que toute rémunération finalement payée serait raisonnable, car conforme aux principes d'évaluation WSPP appliqués par le mandataire.
- 103 Dans ces conditions, il y aurait lieu de conclure que la raison pour laquelle certaines entreprises n'ont même pas négocié avec Microsoft ni saisi le mandataire indépendant n'est pas que les taux de rémunération proposés par celle-ci étaient déraisonnables, mais qu'elles ne croyaient pas à l'argument tiré de l'absence d'innovation des protocoles en question.
- 104 Microsoft rejette également les arguments, selon lesquels les entreprises ayant conclu des conventions de licences auraient payé pour la valeur stratégique des technologies en question et ne seraient pas des concurrents de Microsoft, comme matériellement inexacts.
- 105 La circonstance selon laquelle les accords conclus avec Microsoft concernent la convention All IP serait dénuée d'intérêt, dès lors qu'il n'en résulterait pas que les taux de rémunération proposés pour la convention No Patent étaient déraisonnables et que la documentation technique serait identique dans les deux cas .
- 106 Microsoft ayant itérativement développé ces arguments au cours de la procédure administrative sans pour autant recevoir de réponse, y compris dans la décision attaquée, cette dernière serait également viciée d'un défaut de motivation.
- 107 Devant le refus de la Commission de spécifier les taux de rémunération qu'elle estimait raisonnables, Microsoft se serait par ailleurs engagée à appliquer rétroactivement à la date d'adoption de la décision de 2004 tout taux qui serait défini comme raisonnable à l'issue des contacts avec la Commission, de sorte que les éventuels preneurs de licences seraient certains de ne devoir finalement payer qu'un prix raisonnable. L'allégation de la Commission relative à l'effet dissuasif des taux de rémunération seulement proposés, et non « appliqués » par Microsoft, ne serait qu'une supposition non étayée de preuves.
- 108 Si la Commission accordait tellement d'importance à la possibilité pour les éventuels preneurs de licences de calculer avec précision les coûts de celles-ci, il lui incomberait d'adopter une décision définissant le taux maximal raisonnable au lieu d'imposer un mécanisme d'arbitrage.
- 109 Soutenue par la CompTIA, Microsoft souligne que le résultat des négociations avec des opérateurs non associés à Microsoft serait l'indicateur le plus fiable du caractère raisonnable d'un taux de rémunération donné. Or, déjà quatre entreprises auraient conclu de leur propre gré des accords d'accès aux informations relatives à l'interopérabilité même moyennant un prix supérieur à celui considéré par la Commission comme déraisonnable, circonstance qui ne saurait être méconnue au profit des constructions d'évaluation théoriques et abstraites. En outre, il serait, selon la CompTIA, impossible de savoir, au stade de la négociation, si les entreprises en question entendaient développer des technologies concurrentes de celles de Microsoft, cette question étant en tout état de cause sans intérêt au regard de l'objet de la décision de 2004.

- 110 Microsoft ajoute que la décision de 2004 ne lui interdit pas de réclamer des taux de rémunération proportionnels aux revenus des preneurs de licences ni ne lui impose de s'adapter au modèle d'entreprise de chacun de ses cocontractants potentiels.
- 111 Enfin, la Commission aurait ignoré que, malgré son nom, la convention No Patent donnait aux intéressés le droit de bénéficier des innovations brevetées de Microsoft. Si la Commission estime que la promesse de Microsoft de ne pas faire valoir de droits résultant des brevets s'y rapportant n'a pas l'effet souhaité, elle devrait le déclarer clairement dans le cadre de la présente procédure.
- 112 La Commission et les parties intervenant à son soutien contestent le bien-fondé de ce moyen.

#### Appréciation du Tribunal

- 113 Il y a lieu d'écarter d'emblée l'argument de Microsoft tiré de ce que les taux de rémunération réclamés pendant la période couverte par la décision attaquée n'étaient que des propositions visant à entamer une négociation qui aboutirait à des taux raisonnables. En effet, l'article 5, sous a), de la décision de 2004 n'a pas seulement pour objet d'obliger Microsoft à entamer une négociation avec toute entreprise souhaitant développer et distribuer des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, mais également de la contraindre à lui divulguer les informations relatives à l'interopérabilité et d'en autoriser l'usage à cette fin à des conditions raisonnables et non discriminatoires.
- 114 Il en résulte que Microsoft était dans l'obligation de proposer de telles conditions de sa propre initiative dès la fin du délai de 120 jours accordé par l'article 5, sous a), de la décision de 2004. Corrélativement, le fait que les taux de rémunération proposés par Microsoft pendant la période couverte par la décision attaquée soient plus bas que ceux proposés par PricewaterhouseCoopers, dans son rapport du 23 avril 2007, est dénué d'intérêt, d'autant plus que ce rapport ne contient pas d'analyse relative au caractère innovant des technologies en question. En ce qui concerne, par ailleurs, l'absence de définition du concept de rémunération raisonnable et les obligations de la Commission à cet égard, il y a lieu de rappeler les considérations figurant aux points 84 à 95 ci-dessus.
- 115 L'argument de Microsoft selon lequel la mise en place du mécanisme de mandataire indépendant avec son accord garantirait que toute rémunération finalement payée serait raisonnable, car conforme aux principes d'évaluation WSPP appliqués par le mandataire, ne saurait être retenu. En effet, ainsi qu'il a été souligné aux points 113 et 114 ci-dessus, l'obligation imposée à Microsoft en vertu de la décision de 2004 consistait à divulguer de sa propre initiative les informations relatives à l'interopérabilité et à en autoriser l'utilisation à des conditions raisonnables et non discriminatoires. Dans ces conditions, l'existence d'un mécanisme d'arbitrage confié à un mandataire indépendant vise, tout au plus, à atténuer les conséquences d'une éventuelle insistance de l'entreprise dominante sur un comportement abusif, afin de trancher les éventuels différends rapidement et, surtout, en exploitant un niveau de connaissances particulièrement élevé en la matière. Néanmoins, la mise en œuvre d'un tel mécanisme ne peut garantir un rétablissement de la situation de la concurrence telle qu'elle l'aurait été si Microsoft avait proposé de sa propre initiative un accès aux informations relatives à l'interopérabilité à des conditions raisonnables. Cette constatation est d'autant plus pertinente dans le cadre de marchés évoluant rapidement et soumettant le développement de produits tels que ceux en cause à des investissements dont le coût fixe est très élevé et doit pouvoir être calculé au préalable par les intéressés. En outre, ainsi que l'a exposé la Commission en réponse à une question écrite du Tribunal, sans être contredite par Microsoft, les informations relatives à l'interopérabilité ont pu être considérées comme ayant été divulguées dans une version précise et complète, en ce sens qu'elles pouvaient fonder un projet de développement d'un produit logiciel, le 23 novembre 2006. Il en résulte que le fondement même de la mission du mandataire indépendant en tant qu'arbitre du caractère raisonnable des prix proposés par Microsoft était sérieusement compromis au moins jusqu'à cette date. L'existence d'un mécanisme d'arbitrage mis en place uniquement après la conclusion d'une convention No Patent ne saurait donc être perçue comme un facteur apte à rétablir entièrement les conséquences découlant du non-respect des obligations imposées en vertu de l'article 5, sous a), de la décision de 2004.
- 116 Il en est de même de la clause de « procédure accélérée de résolution de différends » contenue dans les versions des conventions pour l'évaluation de la documentation technique d'octobre 2005 et de février 2006 (voir point 23 ci-dessus), à laquelle il est fait référence à la note en bas de page n° 136 de la décision attaquée. En effet, ainsi qu'il ressort de son libellé, qui, selon Microsoft, est formulé dans des termes

identiques dans les versions de février 2007, en cas de désaccord entre Microsoft et un preneur de licence potentiel sur la conformité des prix réclamés ou de la catégorisation des technologies avec les principes d'évaluation WSPP ou même sur les stipulations d'une convention WSPP, le preneur de licence doit communiquer à Microsoft par écrit les motifs pour lesquels il estime que cette dernière ne se conforme pas à ses obligations. Si aucun accord n'intervient dans un délai de quinze jours ouvrables, le preneur de licence potentiel peut saisir le mandataire indépendant, lequel est habilité à formuler un avis sur la question. Dans une telle hypothèse, Microsoft serait tenue de communiquer par écrit dans un délai de deux semaines les motifs justifiant, selon elle, les prix ou les stipulations en cause.

- 117 Il ressort clairement de la clause de « procédure accélérée de résolution de différends » que le mécanisme qui y est prévu ne confère pas au mandataire indépendant de pouvoir d'imposer, à l'issue d'un contrôle ex ante en vue de la conclusion future d'une convention WSPP, des taux de rémunération conformes aux principes d'évaluation WSPP, mais uniquement la faculté de donner un avis à cet égard, Microsoft pouvant maintenir sa position en exposant les motifs de sa décision. Ainsi, même en faisant abstraction du fait que Microsoft était tenue, en vertu de l'article 5, sous a), de la décision de 2004, de proposer des conditions raisonnables et non discriminatoires de sa propre initiative, force est de constater que le mécanisme en cause n'était pas apte à garantir un résultat équivalant à celui recherché par ladite disposition.
- 118 En outre, la circonstance selon laquelle Microsoft s'est engagée à appliquer rétroactivement les taux qui seraient acceptés par la Commission comme raisonnables n'influe pas sur le fait que, pendant la période couverte par la décision attaquée, c'est-à-dire bien après l'expiration du délai établi par l'article 5, sous a), de la décision de 2004, ces taux n'étaient pas proposés par Microsoft aux entreprises souhaitant développer et distribuer des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail.
- 119 Au demeurant, le fait que certaines entreprises ont conclu des accords avec Microsoft aux taux réclamés par cette dernière sans saisir le mandataire indépendant ne suffit pas pour remettre en cause le bien-fondé des motifs exposés aux considérants 165 à 219 de la décision attaquée portant sur le caractère innovant des technologies en question. En effet, premièrement, ainsi que le concède Microsoft, les accords en question sont du type All IP, ce qui implique qu'ils concernent également des technologies brevetées de Microsoft, dont le caractère innovant n'a pas été mis en cause par la Commission. Ainsi, même si le fait que les accords en question sont du type All IP ne démontre pas que les taux de rémunération réclamés par Microsoft dans le cadre de la convention No Patent sont déraisonnables, il ne démontre pas le contraire non plus. Deuxièmement, à supposer que les responsables de ces sociétés aient été convaincus du caractère innovant des technologies en question, la question cruciale est celle de savoir si l'analyse de la Commission à cet égard est objectivement conforme aux règles applicables en la matière, question qui sera examinée dans le cadre du troisième moyen.
- 120 Il importe par ailleurs de préciser que, si la décision de 2004 n'interdit pas à Microsoft de réclamer des taux de rémunération proportionnels aux revenus des preneurs de licences, de tels taux ne peuvent être demandés que s'ils représentent une valeur autre que la valeur stratégique des technologies en question [voir considérant 1008, sous ii), de la décision de 2004]. Or, c'est précisément sur ce dernier aspect que porte l'appréciation effectuée par la Commission dans le cadre de la décision attaquée. En outre, force est de constater que, sous réserve de l'obligation de fournir les informations relatives à l'interopérabilité dans des conditions non discriminatoires, la décision de 2004 est neutre au regard de la possibilité pour chacun des cocontractants potentiels de Microsoft de conclure un accord avec celle-ci en fonction de son modèle d'entreprise. Il en est à plus forte raison de même de la décision attaquée, en ce sens que le comportement de Microsoft est analysé sur la base du caractère innovant des technologies en question et non pas de la possibilité pour chacun des cocontractants potentiels de conclure un accord avec celle-ci eu égard à son modèle d'entreprise. Les arguments de Microsoft résumés au point 110 ci-dessus doivent donc être rejetés comme inopérants.
- 121 S'agissant de l'argument de Microsoft selon lequel la convention No Patent donne aux intéressés le droit de bénéficier de technologies brevetées, il suffit de relever que, selon l'article 1.14 de cette convention, la notion de « Microsoft licensed intellectual property » inclut le « know-how », les secrets industriels, les secrets d'affaires, les informations confidentielles et les droits d'auteur à l'exclusion explicite de tout droit couvert par un brevet ou par une demande de brevet pendante. S'agissant de la promesse unilatérale de Microsoft de ne pas faire valoir des droits liés à des brevets, il y a lieu de relever, à l'instar de la Commission, qu'elle n'a été faite que le 24 octobre 2007, c'est-à-dire après la fin de la période couverte



par la décision attaquée. De surcroît, ainsi que le reconnaît Microsoft dans ses observations sur les mémoires en intervention, cette promesse ne couvre que la distribution à titre non commercial, à l'exclusion des développeurs « open source » distribuant à titre commercial. Enfin, force est de constater que l'éventuelle divulgation, dans le cadre de la convention No Patent, des informations relatives à des technologies couvertes par un brevet, c'est-à-dire des technologies autres que celles illustrées à l'annexe de la décision attaquée, n'implique nullement un droit pour le cocontractant de Microsoft de les mettre en œuvre de manière à enfreindre les brevets en cause. En effet, ainsi que l'expose la Commission, ces informations sont publiquement disponibles dans le cadre du brevet accordé, sans que ce fait entraîne la possibilité pour un développeur d'en faire usage. Dans ces conditions, et eu égard à la distinction entre informations relatives à l'interopérabilité brevetées et non brevetées (voir considérants 161 à 164 de la décision attaquée), il ne saurait être considéré que la convention No Patent accordée aux cocontractants de Microsoft le droit de mettre en œuvre des technologies brevetées, dont ils déclarent, par ailleurs, ne pas avoir besoin afin de développer des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail.

- 122 Quant au grief de Microsoft tiré d'un défaut de motivation, force est de constater que, comme le fait valoir la Commission aux considérants 122 à 127 et 273 à 278 de la décision attaquée, celle-ci a répondu aux arguments tirés de la conclusion d'accords avec certains opérateurs. Au demeurant, à supposer que Microsoft ait fait valoir durant la procédure administrative qu'elle était toujours prête à négocier les prix cités dans ses schémas de rémunération, il ressort clairement du considérant 116 de la décision attaquée que les principes d'évaluation WSPP devraient être respectés au regard de toute rémunération « proposée et/ou établie par Microsoft ». Cela implique que le fait qu'une rémunération respectueuse des principes en question pourrait éventuellement ressortir de négociations avec Microsoft est, selon le même considérant, sans intérêt au regard du respect des obligations imposées par l'article 5, sous a), de la décision de 2004. Partant, ce grief doit être rejeté, tout comme le deuxième moyen dans son ensemble.

*Sur le troisième moyen, tiré d'une erreur commise par la Commission quant aux critères appliqués pour apprécier le caractère innovant des technologies faisant l'objet de la convention No Patent*

#### Arguments des parties

- 123 Microsoft réitère que la Commission a ignoré la valeur des innovations brevetées décrites dans la convention No Patent et ajoute que l'application d'un critère de brevetabilité pour apprécier le caractère innovant des technologies non brevetées est constitutive d'une erreur manifeste d'appréciation. En outre, la décision attaquée serait entachée d'un défaut de motivation.
- 124 Le présent moyen serait opérant, puisque Microsoft n'aurait pas accepté que l'analyse de la Commission relative au troisième critère des principes d'évaluation WSPP soit correcte. En effet, cette analyse reposerait sur une perception erronée de la notion d'innovation, circonstance qui affecterait nécessairement le choix des technologies considérées comme comparables. La CompTIA souligne que les technologies choisies par la Commission comme comparables relèvent d'un modèle d'entreprise différent de celui mis en œuvre par Microsoft, de sorte que l'évaluation de marché effectuée par la Commission serait viciée.
- 125 La position selon laquelle Microsoft est en droit de recevoir une rémunération uniquement pour des technologies nouvelles et non évidentes au sens du droit des brevets ne trouverait pas de support dans la décision de 2004 ni dans les principes d'évaluation WSPP ni en droit en général. Microsoft n'aurait pas accepté que l'application par cette institution ou par le mandataire indépendant de ces critères était appropriée en l'espèce. En effet, soutenue par la CompTIA et l'ACT, Microsoft rappelle que les secrets d'affaires peuvent révéler une valeur importante, due principalement aux coûts fixes de développement, indépendamment de la question de savoir s'ils sont par ailleurs brevetables ou déjà couverts par un brevet, l'entreprise concernée devant rester libre d'adopter une politique à cet égard. Contrairement à ce qu'indiquerait IBM, la fonctionnalité du protocole « File Replication Service » serait d'importance capitale, d'où le fait qu'un de ses aspects est breveté aux États-Unis. Or, la Commission n'aurait pas expliqué selon quelle logique le critère de brevetabilité qu'elle a appliqué vise spécifiquement à exclure la valeur stratégique des technologies de Microsoft en conformité avec le considérant 1008, sous ii), de la décision de 2004. Selon l'ACT, seule une appréciation de la valeur qu'auraient les informations relatives à l'interopérabilité en l'absence de tout opérateur dominant aurait permis d'évaluer, à la lumière de la décision de 2004, les taux proposés par Microsoft.

- 126 Soutenue par l'ACT, Microsoft fait valoir que la Commission a appliqué les critères de nouveauté et de non-évidence de manière trop restrictive et donc contraire même au droit des brevets. Ainsi, contrairement aux règles d'appréciation établies par la Commission dans d'autres domaines, ce ne seraient que les inventions vraiment pionnières totalement différentes de l'état de la technique qui pourraient être qualifiées de nouvelles dans le présent contexte. Néanmoins, l'existence des références faisant partie de l'état de la technique relatives à des concepts en général semblables à ceux mis en œuvre par Microsoft n'équivaudrait pas au caractère évident collectif des technologies couvertes par la décision attaquée, que ses concurrents n'auraient par ailleurs pas pu développer, comme le confirment la CompTIA et l'ACT. Selon la CompTIA, ce serait le marché et non la Commission qui devrait décider de la meilleure technologie. La Commission irait jusqu'à nier, dans son mémoire en défense, le caractère approprié du critère de nouveauté tel qu'appliqué dans le cadre du droit de la propriété intellectuelle, de sorte qu'il ne serait pas clair pour Microsoft quel critère a été finalement mis en œuvre dans la décision attaquée.
- 127 En outre, la granularité de l'approche adoptée dans la décision attaquée excluait de la notion de l'innovation toute combinaison non évidente d'éléments connus. Or, il résulterait de la jurisprudence des chambres de recours de l'Office européen des brevets (OEB) que la question pertinente n'est pas de savoir si un homme du métier aurait pu mettre en œuvre une telle combinaison, mais s'il l'aurait effectivement fait dans l'attente d'un progrès. En observant que la Commission a accepté le caractère innovant de certaines des technologies concernées par la décision attaquée, l'ACT souligne qu'une technologie devrait être qualifiée d'innovante dans son ensemble, lorsqu'elle consiste en une combinaison d'éléments nouveaux et non évidents et d'éléments non brevetables. Aucun élément ne démontrerait que la Commission a effectivement examiné les combinaisons technologiques de Microsoft en tant que telles.
- 128 Microsoft aurait soumis durant la procédure administrative plusieurs rapports démontrant la véracité de ses allégations relatives à la nouveauté et à la non-évidence des inventions non brevetées contenues dans la documentation technique, que la Commission a rejetées. Il n'y aurait donc aucune raison d'alourdir davantage le dossier soumis au Tribunal, alors que la question pertinente serait de savoir si l'approche de la Commission est conforme à la décision de 2004.
- 129 La décision attaquée serait également entachée d'un défaut de motivation, dès lors qu'elle ne comporterait pas de réponse à l'analyse contenue dans un rapport établi par un professeur et barrister, ancien membre de la chambre de recours de l'OEB, qui exposerait en détail les erreurs commises par la Commission en droit des brevets en confirmant la véracité des allégations de Microsoft. Il résulterait par ailleurs de ce rapport que la Commission et le mandataire indépendant ont examiné la brevetabilité des technologies en tenant compte de l'état de la technique en 2007 et non au moment où Microsoft aurait demandé l'octroi d'un brevet, tenant ainsi compte des technologies parues après la première implémentation des technologies cruciales par Microsoft. Or, de cette manière aucune entreprise ne pourrait démontrer que sa technologie est nouvelle et non évidente, alors qu'il y aurait discrimination arbitraire parmi les diverses technologies en fonction du choix de Microsoft de demander l'octroi ou non d'un brevet. La décision attaquée ne contiendrait, par ailleurs, que de vagues références sans comparaison spécifique entre les revendications de ces technologies et celles des technologies relevant de l'état de la technique.
- 130 Indépendamment d'exemples concrets, les erreurs de principe identifiées par Microsoft entacheraient l'analyse tout entière de la Commission, de sorte que le Tribunal devrait constater le caractère illégal de la décision attaquée dans le cadre du contrôle entier qu'il est appelé à exercer. En tout état de cause, l'existence d'innovation à des niveaux moins granulaires résulterait du fait que, dans la décision attaquée, la Commission a modifié son appréciation et estimé que Microsoft était en droit de demander une rémunération pour les licences accordées dans le cadre des conventions autres que la convention No Patent. Or, la documentation technique serait identique dans le cadre de toutes les conventions WSPP.
- 131 L'ACT ajoute que l'approche de la Commission favorise la cession des technologies de valeur à des prix anormalement bas, empêche l'investissement dans la recherche en dévaluant horizontalement les droits de propriété intellectuelle et favorise de manière disproportionnée le modèle « open source » au détriment des petites et moyennes entreprises ayant vocation à l'innovation.
- 132 Soutenue par la SIIA et par Oracle, la Commission souligne que le présent moyen est inopérant, dès lors que le dispositif de la décision attaquée ne reposerait pas seulement sur l'appréciation du caractère innovant des technologies en question, mais aussi sur le résultat de l'évaluation de marché concernant des

technologies comparables. Or, Microsoft n'aurait pas contesté la conclusion figurant au point 54 ci-dessus, un simple rejet de cette dernière au stade de la réplique ne répondant pas aux conditions de l'article 44, paragraphe 1, sous c), ou de l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal. En outre, comme il résulterait des considérants 165, 220, 221 et 280 de la décision attaquée, l'analyse du caractère innovant serait indépendante de celle relative à l'évaluation de marché. À titre surabondant, la Commission et les parties intervenant à son soutien estiment que le présent grief n'est pas fondé.

#### Appréciation du Tribunal

- 133 Il convient d'écarter d'emblée la thèse de la Commission selon laquelle le présent moyen est inopérant.
- 134 En effet, s'il est vrai que les trois critères faisant partie des principes d'évaluation WSPP doivent être remplis cumulativement, les deuxième et troisième sont conceptuellement liés en ce sens que, si les technologies en question sont considérées comme innovantes, l'exigence que l'évaluation de marché porte sur des technologies « comparables » n'est pas satisfaite du seul fait que ces dernières sont relatives à l'interopérabilité.
- 135 À cet égard, il convient de relever que, si les technologies constituant les informations relatives à l'interopérabilité sont considérées comme innovantes, mais qu'une évaluation de marché portant sur des technologies d'interopérabilité non innovantes démontre que ces dernières sont disponibles gratuitement, il faudrait encore, afin de préserver l'utilité de la comparaison, exclure que cette circonstance soit due au caractère non innovant des technologies en question.
- 136 Il s'ensuit que, s'il s'avère que les appréciations de la Commission sur le caractère innovant des technologies couvertes par la convention No Patent ne sont pas valables, cette circonstance pourra affecter les prémisses de l'évaluation de marché illustrée aux considérants 222 à 237 de la décision attaquée, puisqu'il ne ressort pas de ces considérants que l'analyse en question a porté sur des technologies innovantes.
- 137 Cette conclusion n'est pas infirmée par le considérant 237 de la décision attaquée selon lequel, dans son rapport soumis le 27 février 2007 (voir point 51 ci-dessus), le mandataire indépendant a identifié des technologies comparables aux technologies innovantes de Microsoft. En effet, contrairement aux rapports des 3 mars et 8 juillet 2007 à partir desquels a été élaboré le tableau annexé à la décision attaquée, les constatations pertinentes de ce rapport ne font pas partie des motifs de la décision attaquée. Dans ces conditions, il n'est pas possible de vérifier si les technologies prises en considération par le mandataire indépendant sont également comparables aux technologies considérées comme non innovantes par la Commission dans l'hypothèse où cette dernière appréciation s'avérerait erronée. Il en est de même des mentions figurant aux considérants 223 et 231 de la décision attaquée, selon lesquelles les technologies comparables incluent « dans certains cas » des technologies brevetées. De tels exemples de technologies relatives à des protocoles sont donnés aux considérants 224 et 232 de la décision attaquée. Néanmoins, il ne résulte pas de cette présentation sommaire que lesdites technologies sont comparables d'un point de vue fonctionnel avec l'ensemble des technologies relatives aux protocoles concernés.
- 138 Quant au bien-fondé du présent moyen, il importe de souligner, à titre liminaire, que la distinction entre la valeur stratégique et la valeur intrinsèque des technologies faisant l'objet de la décision attaquée constitue une prémisses fondamentale de l'appréciation portant sur le caractère raisonnable de toute rémunération réclamée par Microsoft afin de donner accès auxdites informations relatives à l'interopérabilité et d'en autoriser l'utilisation.
- 139 À 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 à 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 il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvu 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).
- 140 En l'espèce, il a été constaté que, dans la mesure où les trois conditions cumulatives mentionnées au point 139 ci-dessus étaient satisfaites, le refus de la part de Microsoft de donner accès aux informations

relatives à l'interopérabilité et d'en autoriser l'utilisation était abusif (voir, en ce sens, arrêt Microsoft/Commission, point 18 supra, points 711 et 712).

- 141 Dans ce contexte, toute mesure corrective visant à contraindre Microsoft à divulguer les informations relatives à l'interopérabilité et à en autoriser l'utilisation par d'autres opérateurs afin qu'ils développent et distribuent des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail se devait d'exclure la possibilité pour Microsoft de profiter des contreparties comparables aux avantages qu'elle tirait de l'exploitation abusive de sa position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients.
- 142 Par ailleurs, permettre à Microsoft de réclamer des taux de rémunération reflétant la valeur résultant de la simple possibilité d'interopérer avec les systèmes d'exploitation de Microsoft, à savoir la valeur stratégique dérivant du pouvoir dont celle-ci bénéficie sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients ou des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, équivaut à lui accorder le droit de transformer les avantages de l'abus en rémunération pour accorder des licences. Or, la reconnaissance d'un tel droit irait par définition à l'encontre de l'objectif énoncé au considérant 1003 de la décision de 2004, visant à permettre une concurrence viable avec le système d'exploitation pour serveurs de groupe de travail de Microsoft, puisque cette dernière serait en mesure de réclamer à tout concurrent potentiel des taux de rémunération prohibitifs. De tels taux ne sauraient donc être considérés comme raisonnables au sens du considérant 1008, sous ii), et de l'article 5, sous a), de la décision de 2004, comme l'indiquent les considérants 106 et 107 de la décision attaquée.
- 143 En outre, comme il a été relevé au considérant 118 de la décision attaquée, l'application des principes d'évaluation WSPP (voir point 31 ci-dessus) et notamment le critère relatif au caractère innovant des technologies en cause, est de nature à indiquer si les taux de rémunération réclamés par Microsoft reflètent la valeur intrinsèque d'une technologie plutôt que sa valeur stratégique. En effet, la valeur intrinsèque des produits tels que ceux en cause consiste en leur caractère innovant. En revanche, le fait que ces technologies aient constitué des secrets d'affaires en vertu de la politique mise en œuvre par Microsoft ne constitue pas un indicateur de l'existence d'une valeur autre que stratégique.
- 144 S'il y a lieu d'exclure, de surcroît, toute valeur stratégique des technologies en question telle qu'exposée au point 142 ci-dessus et aux considérants 105 et 107 de la décision attaquée (voir points 29 et 30 ci-dessus), une évaluation de marché portant sur des technologies comparables, telle qu'exposée aux points 134 et 135 ci-dessus, s'impose également, puisqu'il doit encore être exclu que de telles technologies soient offertes, selon les usages commerciaux, moyennant des taux de rémunération substantiellement inférieurs à ceux réclamés par Microsoft, voire nuls. C'est précisément une telle méthode qui aboutit à une appréciation de la valeur qu'auraient les informations relatives à l'interopérabilité en l'absence de tout opérateur dominant, comme le réclame l'ACT. En revanche, en l'absence d'innovation, le caractère secret à lui seul ne représente pas pour un preneur de licence de valeur autre que stratégique, alors que les coûts fixes de développement ne sont pas, de l'avis même de PricewaterhouseCoopers, expert nommé par Microsoft, exprimé dans un rapport du 24 août 2006, un fondement correct pour l'appréciation de la valeur de la propriété intellectuelle.
- 145 Il en résulte que l'application des principes d'évaluation WSPP satisfait objectivement et indépendamment de tout accord entre Microsoft et ses cocontractants potentiels au besoin d'apprécier si les taux de rémunération réclamés par Microsoft sont raisonnables au sens du considérant 1008, sous ii), et de l'article 5, sous a), de la décision de 2004.
- 146 L'argument de Microsoft selon lequel les principes d'évaluation WSPP seraient réservés à l'usage des parties à un contrat de licence éventuel, du mandataire indépendant et de la High Court of Justice à l'exclusion de la Commission ne saurait être accueilli. En effet, rien n'empêche la Commission de recourir à l'application des principes en question s'ils sont appropriés aux fins de la mise en œuvre de l'article 5, sous a), de la décision de 2004.
- 147 Néanmoins, cette conclusion ne préjuge pas de l'application correcte de ces principes, application que Microsoft remet également en cause. À cet égard, il y a lieu de souligner que Microsoft ne critique pas l'appréciation de la Commission sur le caractère innovant d'une ou de plusieurs parmi les 166 technologies considérées comme non innovantes, mais conteste la définition des critères utilisés pour examiner la présence d'innovation en général.

- 148 À cet égard, il y a lieu d'observer d'emblée que, comme il ressort du considérant 138 de la décision attaquée, afin d'apprécier le caractère innovant des technologies en cause, la Commission a eu recours aux notions de nouveauté et de non-évidence « en tant que notions courantes en matière de propriété intellectuelle ». Il ressort de cette dernière citation que la Commission a attribué aux notions de nouveauté et de non-évidence la signification qu'elles ont dans le domaine de la propriété intellectuelle.
- 149 Il convient d'observer, dans ce contexte, que, selon le considérant 138 de la décision attaquée, la Commission a défini comme nouvelle une technologie non comprise dans l'état de la technique et comme non évidente une technologie qui n'est pas évidente pour un homme du métier. Ces définitions correspondent à celles de la nouveauté et de l'activité inventive figurant respectivement à l'article 54 et à l'article 56 de la convention sur la délivrance de brevets européens, du 5 octobre 1973, telle que modifiée. Dans la mesure où la légitimité de la démarche de la Commission consistant en une appréciation du caractère innovant des technologies de Microsoft est admise (voir points 133 à 146 ci-dessus), il ne saurait être contesté que la Commission est en droit d'apprécier le caractère innovant de ces technologies par référence à ses composantes, à savoir la nouveauté et la non-évidence, cette dernière relevant de la notion d'activité inventive. Il y a lieu d'ajouter, à cet égard, que, dans une lettre en date du 4 mai 2006, Microsoft affirme que l'innovation serait à apprécier selon les critères de la nouveauté et de l'activité inventive, même si elle estime que l'appréciation du caractère innovant ne saurait supplanter le droit du secret d'affaires. Dans une lettre du 31 juillet 2006 (voir point 47 ci-dessus), Microsoft a par ailleurs reconnu que le critère de l'innovation, en tant que « filtre retenant la valeur stratégique », a le sens qui lui est attribué en droit des brevets et a soumis ses rapports sur l'innovation en tenant compte de cette définition.
- 150 Contrairement à ce qu'a fait valoir Microsoft, apprécier, dans le cadre de la présente affaire, le caractère innovant des technologies faisant l'objet de la décision attaquée par référence à la nouveauté et à l'activité inventive n'a pas pour conséquence d'anéantir en général la valeur des droits de propriété intellectuelle, des secrets d'affaires ou d'autres informations confidentielles ni, à plus forte raison, d'imposer ce caractère comme condition pour qu'un produit ou une information soit couvert par un tel droit ou constitue un secret d'affaires en général. En effet, ainsi qu'il résulte des considérations qui précèdent, une telle appréciation a pour objectif de permettre l'application de l'article 5, sous a), de la décision de 2004, lequel, lu à la lumière des considérants 1003 et 1008, sous ii), de la même décision, interdit, eu égard à l'abus spécifique constaté, que toute rémunération réclamée par Microsoft reflète la valeur stratégique des technologies en cause. Cet objectif est explicitement déclaré dans les principes d'évaluation WSPP élaborés à l'issue de négociations entre la Commission et Microsoft (voir points 25, 31 et 87 ci-dessus).
- 151 Microsoft n'ayant par ailleurs pas proposé un contenu plus approprié des notions de nouveauté et de non-évidence, qui serait également apte à exclure toute valeur stratégique de ces technologies, force est de conclure que son argumentation ne révèle pas d'erreur affectant la légalité de la décision attaquée dans la mesure où la Commission a annoncé avoir eu recours aux notions de nouveauté et de non-évidence.
- 152 Il convient d'ajouter que même si, dans le cadre de l'application de la convention sur la délivrance de brevets européens, la grande chambre de recours de l'OEB est d'avis que l'appréciation de la non-évidence est à effectuer uniquement par rapport à des revendications impliquant des programmes mis en œuvre par ordinateur ayant un caractère technique (voir, en ce sens, avis G 3/08, JO OEB 2011, 1, point 10.13 des motifs), Microsoft ne fait pas valoir qu'il est inconcevable d'apprécier la non-évidence des technologies en cause dans un contexte différent de celui d'octroi d'un brevet sans en examiner au préalable le caractère technique. En outre, d'un point de vue juridique, l'examen du caractère technique des revendications impliquant des programmes mis en œuvre par ordinateur constitue une démarche propre à la procédure d'octroi d'un brevet, étant donné le caractère non brevetable des programmes d'ordinateur « en tant que tels » (voir, par exemple, article 52, paragraphes 2 et 3, de la convention sur la délivrance de brevets européens).
- 153 L'argumentation de Microsoft, selon laquelle la Commission a appliqué les critères de la nouveauté et de l'activité inventive de manière trop restrictive et, partant, même de manière contraire au droit des brevets, de sorte que seules les technologies « vraiment pionnières totalement différentes de l'état de la technique » seraient qualifiées d'innovantes et que l'existence des références à l'état de la technique relatives à des concepts en général semblables à ceux mis en œuvre par Microsoft équivaldrait au caractère évident des technologies couvertes par la décision attaquée (voir point 126 ci-dessus), ne saurait non plus prospérer. En effet, outre le recours à des affirmations générales, Microsoft n'avance pas

d'argument qui remettrait en cause les appréciations concrètes formulées à l'égard du caractère innovant des technologies en cause et qui permettrait au Tribunal de vérifier le bien-fondé de cette allégation.

- 154 En outre, étant donné que toutes les technologies que Microsoft a présentées comme innovantes ont été examinées une par une et qu'une appréciation portant sur le caractère innovant de chacune d'entre elles a été effectuée par la Commission, Microsoft n'est pas fondée à soutenir que leur caractère innovant a été rejeté collectivement à cause d'une application prétendument mauvaise des critères de la nouveauté et de l'activité inventive.
- 155 Il en est de même de l'appréciation des combinaisons prétendument innovantes de technologies dont chacune prise séparément ne ferait pas preuve d'activité inventive. À cet égard, selon les considérants 146 à 156 de la décision attaquée, les combinaisons de technologies que Microsoft a fait valoir ont bien été examinées en tant que telles et n'ont pas été trouvées innovantes. Cette circonstance est confirmée par les pages 1, 5, 8, 13, 21, 22, 29, 31, 34, 39, 61, 64 et 68 du tableau annexé à la décision attaquée, desquelles il ressort que la Commission a examiné le caractère innovant de 19 combinaisons de technologies une par une. Selon l'exposé figurant dans ces pages dudit tableau, lu en combinaison avec les pages 4, 8, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 28, 29, 39, 40, 41, 43, 58, 66, 70, 111, 120 et 129 du rapport du mandataire indépendant du 8 juillet 2007 et les pages 7, 73 et 78 du rapport dudit mandataire du 3 mars 2007 (voir point 52 ci-dessus), Microsoft n'a pas apporté, durant la procédure administrative, des détails, des preuves ou d'autres justifications permettant de conclure au caractère innovant de 18 des 19 combinaisons de technologies en question. Par ailleurs, il est également relevé dans lesdits rapports que les technologies constitutives des combinaisons en cause relèvent de l'état de la technique. Dans ces conditions, il incombait à Microsoft d'indiquer les motifs spécifiques rendant innovante la combinaison des technologies non innovantes, le mandataire indépendant ou la Commission ne pouvant être tenus de supputer les motifs sur lesquels Microsoft souhaiterait fonder ladite innovation.
- 156 De surcroît, ainsi qu'il résulte de la page 7 du tableau annexé à la décision attaquée, la Commission a entériné l'appréciation du mandataire indépendant exposée à la page 32 de son rapport du 8 juillet 2007 reconnaissant le caractère innovant de la technologie « Referral Management » consistant en une combinaison nouvelle de différentes métriques au sein d'un algorithme complexe.
- 157 Dans le cadre de son recours, Microsoft ne développe aucun argument tendant à démontrer que l'appréciation de la Commission sur le caractère innovant d'une ou de plusieurs de ces combinaisons de technologies, fondée sur les rapports du mandataire indépendant, serait viciée d'erreurs spécifiques. Dans ces conditions, comme il a été relevé au point 153 ci-dessus, les allégations générales portant sur la prétendue granularité de l'approche adoptée par la Commission ne peuvent qu'être rejetées faute de référence à des éléments concrets témoignant de leur matérialité.
- 158 S'agissant des allégations de Microsoft, contenues dans sa réponse à une question écrite du Tribunal, selon lesquelles elle a indiqué, durant la procédure administrative, que le caractère innovant des technologies relevant des protocoles « File Replication Service » et « Directory Replication Service » était à apprécier au « niveau » de ces protocoles, il y a lieu de relever que, ainsi qu'il ressort des pages 13, 21 et 22 du tableau annexé à la décision attaquée, la Commission a examiné le caractère innovant de sept combinaisons de technologies au sein de ces protocoles. Or, les allégations de Microsoft ne permettent pas de comprendre les raisons pour lesquelles cet examen ne répondait pas aux revendications d'innovation formulées par celle-ci ni les raisons spécifiques pour lesquelles un examen différent s'imposait.
- 159 Contrairement à ce que fait valoir Microsoft (voir point 130 ci-dessus), la Commission n'a donc commis aucune « erreur de principe » entachant son analyse tout entière, indépendamment d'exemples concrets d'appréciation viciée par une telle erreur.
- 160 En ce qui concerne l'argument de Microsoft selon lequel l'absence d'objection de la Commission à la perception des taux de rémunération pour les licences accordées dans le cadre des conventions autres que la convention No Patent implique l'existence d'innovation à des niveaux moins « granulaires », puisque la documentation technique serait identique dans le cadre de toutes les conventions WSPP, il ne saurait être accueilli. En effet, il ressort des considérants 132 et 162 à 164 de la décision attaquée que la Commission a accepté la possibilité pour Microsoft de recevoir une rémunération autre que symbolique pour les conventions autres que la No Patent, dans la mesure où les conventions en question aboutissent à

l'octroi des licences portant sur des brevets couvrant la technologie faisant partie de la documentation technique, et ce sans préjudice de la validité des brevets en question. Or, ainsi qu'il a été relevé au point 121 ci-dessus, la notion de « Microsoft licensed intellectual property » inclut, dans le cadre de la convention No Patent, le « know-how », les secrets industriels, les secrets d'affaires, les informations confidentielles et les droits d'auteur à l'exclusion explicite de tout droit couvert par un brevet ou par une demande de brevet pendante.

- 161 Il résulte des appréciations qui précèdent que Microsoft n'a pas pu remettre en cause les conclusions de la Commission tenant à l'absence de caractère innovant des technologies et des combinaisons de technologies. Au demeurant, la référence générale à des pièces soumises durant la procédure administrative, qui divulgueraient les erreurs de la Commission à cet égard (voir point 128 ci-dessus), ne suffit manifestement pas à cet effet.
- 162 S'agissant du grief de Microsoft tiré d'un prétendu défaut de motivation relatif à l'appréciation du caractère innovant des technologies en question (voir point 129 ci-dessus), il résulte de la jurisprudence citée au point 99 ci-dessus que la Commission est dans l'obligation d'exposer avec clarté et de manière intelligible les raisons pour lesquelles elle estime que chaque technologie est ou n'est pas innovante. Cette exigence n'implique pas que la Commission se doit d'exposer, au-delà des éléments fondant son appréciation, les raisons pour lesquelles des éléments ou des arguments exposés durant la procédure administrative ne remettent pas en cause sa conclusion. La question de savoir si, au regard de ces éléments ou de ces arguments, il convient d'invalider les conclusions de la Commission relève de l'examen du bien-fondé de la décision attaquée, Microsoft étant libre de les faire valoir devant le Tribunal et de demander l'annulation de la décision attaquée sur ce fondement.
- 163 Quant à l'argument de Microsoft selon lequel la Commission et le mandataire indépendant ont examiné le caractère innovant des technologies en tenant compte de l'état de la technique en 2007 et non au moment où elle aurait demandé l'octroi d'un brevet (voir point 129 ci-dessus), force est de constater qu'il manque en fait. En effet, selon la note en bas de page n° 149 de la décision attaquée, tant la Commission que le mandataire indépendant ont tenu compte de la date revendiquée par Microsoft. Or, cette dernière n'apporte aucun élément susceptible de remettre en cause cette appréciation et n'indique pas de cas concrets dans lesquels la référence à l'état de la technique est postérieure à la date revendiquée à chaque fois par Microsoft.

- 164 Partant, le troisième moyen doit être rejeté.

*Sur le quatrième moyen, tiré du caractère illégal de l'utilisation des rapports du mandataire indépendant*

Arguments des parties

- 165 Selon Microsoft, l'annulation de l'article 7 de la décision de 2004 par l'arrêt Microsoft/Commission, point 18 supra, entraîne l'illégalité de l'ensemble des actions du mandataire indépendant, telles que la demande et la réception de documents et autres éléments provenant directement de Microsoft et la préparation des rapports sur le fondement de ces documents et éléments. Or, en l'espèce, la Commission aurait fondé la décision attaquée entièrement sur les rapports établis par le mandataire indépendant, qui aurait obtenu des éléments de preuve en vertu d'une délégation des pouvoirs illégale. La Commission n'aurait donc pas pris toutes les mesures nécessaires afin de se conformer à l'arrêt Microsoft/Commission, point 18 supra.
- 166 Indépendamment de la question de savoir si le mandataire indépendant a utilisé les pouvoirs qui lui avaient été illégalement dévolus, la décision du 28 juillet 2005 (voir point 14 ci-dessus) serait indubitablement fondée sur la délégation que le Tribunal a sanctionnée, de sorte que la Commission ne pouvait fonder la décision attaquée sur ces rapports.
- 167 Dans ces conditions, les questions de savoir si Microsoft était obligée de donner suite aux demandes du mandataire indépendant et si la Commission a légalement obtenu accès aux informations en question par le mandataire indépendant ou par Microsoft seraient dépourvues d'intérêt, étant donné que le mandataire indépendant a agi dans le cadre des pouvoirs que la Commission lui avait délégués.

168 Enfin, étant donné que, comme il résulterait par ailleurs de l'annexe de la décision attaquée, TAEUS n'a pas exécuté les mêmes tâches que le mandataire indépendant, son intervention ne serait pas pertinente dans ce contexte.

169 La Commission et les parties intervenant à son soutien contestent le bien-fondé de ce moyen.

#### Appréciation du Tribunal

170 Il importe de rappeler que l'article 7 de la décision de 2004 a été annulé dans la mesure où il ordonne à Microsoft de présenter une proposition portant sur la mise en place d'un mécanisme qui doit comprendre la désignation d'un mandataire indépendant doté des pouvoirs d'accéder, indépendamment de la Commission, à l'assistance, aux informations, aux documents, aux locaux et aux employés de Microsoft ainsi qu'au code source des produits pertinents de Microsoft (voir point 18 ci-dessus).

171 En outre, il résulte des points 1268 et 1271 de l'arrêt Microsoft/Commission, point 18 supra, que les droits dévolus au mandataire indépendant et décrits au point 170 ci-dessus vont bien au-delà de la situation dans laquelle la Commission désigne son propre expert, l'article 7 de la décision de 2004 conférant au mandataire indépendant des pouvoirs que seule la Commission pouvait exercer.

172 Contrairement à ce que fait valoir Microsoft, le fait que le considérant 33 et l'article 3.2 de la décision du 28 juillet 2005 (voir point 14 ci-dessus) sont fondés sur les pouvoirs en question du mandataire indépendant est dénué de pertinence, puisque, tout au plus, cette circonstance affecterait la légalité de cette décision, qui a été adressée à Microsoft et contre laquelle cette dernière n'a pas introduit de recours.

173 S'agissant de la question de savoir si le mandataire indépendant a adressé des demandes à Microsoft en vertu de l'article 3.2 de la décision du 28 juillet 2005, la Commission fait valoir que celui-ci n'a pas utilisé de ce pouvoir ni n'a utilisé, aux fins de la rédaction de ses rapports, le code source obtenu de Microsoft. La Commission ajoute que toutes les communications entre Microsoft et le mandataire indépendant ont eu lieu sur une base volontaire en conformité avec l'article 4.1 de la décision du 28 juillet 2005.

174 À cet égard, il y a lieu de relever que, selon l'article 3.2 de la décision du 28 juillet 2005, le mandataire indépendant peut notamment demander à obtenir des informations auprès de Microsoft. En outre, en vertu de l'article 4.1 de la même décision, Microsoft est libre de répondre aux demandes formulées par le mandataire indépendant, alors que la Commission se réserve le droit d'exercer ses compétences en vertu du règlement n° 1/2003 en cas d'absence de réponse sur une base volontaire.

175 Ainsi, l'article 3.2 de la décision du 28 juillet 2005, lu en combinaison avec son article 4.1, n'est pas affecté par l'annulation partielle de l'article 7 de la décision de 2004 prononcée au point 1, premier tiret, du dispositif de l'arrêt Microsoft/Commission, point 18 supra, puisque ces dispositions offrent au mandataire indépendant uniquement la possibilité d'entrer en contact direct avec Microsoft afin de mener à bien sa mission sans lui conférer le pouvoir d'adopter une mesure coercitive, ce dernier type d'action étant explicitement réservé à la Commission.

176 En outre, il n'est pas contesté que, en l'espèce, les informations obtenues auprès de Microsoft ont été employées par le mandataire indépendant dans le but de dresser des rapports sur la base desquels la Commission a formulé les appréciations figurant dans la décision attaquée.

177 Il importe d'ajouter par ailleurs que la Commission a mis en œuvre la seule voie permettant la régularisation de la situation de manière conforme à l'arrêt Microsoft/Commission, point 18 supra, dans le cadre de l'article 233 CE, à savoir demander à Microsoft, au titre de l'article 18, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, de communiquer à la Commission tous les documents et autres éléments auxquels le mandataire indépendant avait eu accès directement.

178 Partant, le quatrième moyen doit être écarté.

#### *Sur le cinquième moyen, tiré d'une violation des droits de la défense*

#### Arguments des parties



179 Microsoft fait valoir que l'envoi de la communication des griefs le 1<sup>er</sup> mars 2007, c'est-à-dire sept mois avant la fin de la période dont la Commission a tenu compte pour établir la non-conformité avec l'article 5 de la décision de 2004 (22 octobre 2007), a empêché Microsoft d'exposer son point de vue sur l'ensemble des éléments retenus à son encontre. En effet, tant la communication des griefs que la lettre de faits ne contiendraient que des appréciations préliminaires au sens de l'article 5, sous d), de la décision de 2004 et n'offriraient pas à Microsoft l'opportunité de faire valoir son point de vue sur l'ensemble des faits retenus pour l'imposition de l'astreinte, qui viserait à un objectif différent de celui d'une amende. Ainsi, Microsoft n'aurait pas pu prendre position sur la limitation de l'objet de la décision attaquée, qui se serait focalisée sur la conformité avec le seul article 5, sous a), de la décision de 2004 sous le seul aspect de la convention No Patent et qui révélerait que la Commission a admis le caractère innovant de trois technologies supplémentaires par rapport à la position exprimée dans la communication des griefs. Ces circonstances seraient cruciales au vu de l'article 24, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003. En outre, Microsoft n'aurait pas pu alléguer que la conformité de son comportement avec les obligations imposées par la décision de 2005 aurait dû donner lieu à une réduction significative du montant de l'astreinte ni commenter la durée de la période retenue par la Commission. Enfin, Microsoft n'aurait pas eu la possibilité d'indiquer certaines erreurs de fait commises par la Commission, telles que le calcul de l'astreinte jusqu'au 22 octobre 2007, alors que Microsoft aurait soumis la proposition considérée comme raisonnable le 9 octobre 2007.

180 De cette manière, la Commission aurait également compromis le rôle du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, qu'elle est censée consulter en vertu de l'article 14 du règlement n° 1/2003.

181 La Commission conteste le bien-fondé de ce moyen.

#### Appréciation du Tribunal

182 Selon la jurisprudence, la communication des griefs doit contenir un exposé des griefs libellé dans des termes suffisamment clairs, seraient-ils sommaires, pour permettre aux intéressés de prendre effectivement connaissance des comportements qui leur sont reprochés par la Commission. Ce n'est, en effet, qu'à cette condition que la communication des griefs peut remplir la fonction qui lui est attribuée par les règlements communautaires et qui consiste à fournir tous les éléments nécessaires aux entreprises pour qu'elles puissent faire valoir utilement leur défense avant que la Commission n'adopte une décision définitive (voir arrêt du Tribunal du 15 mars 2006, BASF/Commission, T-15/02, Rec. p. II-497, point 46, et la jurisprudence citée).

183 Cette exigence est respectée dès lors que la décision ne met pas à la charge des intéressés des infractions différentes de celles visées dans l'exposé des griefs et ne retient que des faits sur lesquels les intéressés ont eu l'occasion de s'expliquer (voir arrêt BASF/Commission, point 182 supra, point 47, et la jurisprudence citée).

184 En outre, la communication des griefs constitue un acte de procédure préparatoire par rapport à la décision qui constitue le terme ultime de la procédure administrative. En conséquence, jusqu'à ce qu'une décision finale soit adoptée, la Commission peut, au vu notamment des observations écrites ou orales des parties, soit abandonner certains ou même la totalité des griefs initialement articulés à leur encontre et modifier ainsi sa position en leur faveur, soit, à l'inverse, décider d'ajouter de nouveaux griefs, pour autant qu'elle donne aux entreprises concernées l'occasion de faire valoir leur point de vue à ce sujet (arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Atlantic Container Line e.a./Commission, T-191/98, T-212/98 à T-214/98, Rec. p. II-3275, points 114 et 115).

185 S'agissant de l'exercice des droits de la défense à l'égard de l'imposition d'amendes, il ressort d'une jurisprudence constante que, dès lors que la Commission indique expressément, dans la communication des griefs, qu'elle va examiner s'il convient d'infliger des amendes aux entreprises concernées et qu'elle énonce les principaux éléments de fait et de droit susceptibles d'entraîner une amende, tels que la gravité et la durée de l'infraction supposée et le fait d'avoir commis celle-ci « de propos délibéré ou par négligence », elle remplit son obligation de respecter le droit des entreprises à être entendues. Ce faisant, elle leur donne les éléments nécessaires pour se défendre non seulement contre une constatation de l'infraction, mais également contre le fait de se voir infliger une amende (voir arrêt BASF/Commission, point 182 supra, point 48, et la jurisprudence citée).

- 186 Enfin, lorsque la Commission indique dans la communication des griefs, ou dans tout autre document postérieur à celle-ci ayant pour objet de donner aux entreprises incriminées la possibilité de prendre effectivement connaissance des comportements qui leur sont reprochés, que l'infraction n'a pas encore pris fin, elle est en mesure de tenir compte, aux fins du calcul du montant de l'amende, du temps écoulé entre la communication des griefs et l'adoption de la décision mettant fin à la procédure administrative à condition qu'elle ne retienne que des faits sur lesquels les intéressés ont eu l'occasion de s'expliquer (voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 15 mars 2000, Cimenteries CBR e.a./Commission, T-25/95, T-26/95, T-30/95 à T-32/95, T-34/95 à T-39/95, T-42/95 à T-46/95, T-48/95, T-50/95 à T-65/95, T-68/95 à T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 et T-104/95, Rec. p. II-491, points 575 et 576).
- 187 Pour les raisons exposées au point 94 ci-dessus, les considérations qui précèdent s'appliquent pleinement dans le contexte des astreintes infligées en vertu de l'article 24 du règlement n° 1/2003. En outre, contrairement à ce que fait valoir Microsoft, la communication des griefs et la lettre de faits sont des communications au sens de l'article 27, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 et non des appréciations préliminaires au sens de l'article 5, sous d), de la décision de 2004 (voir point 9 ci-dessus).
- 188 En l'espèce, il ressort des points 267 et 276 de la communication des griefs que la Commission estimait que le comportement de Microsoft n'était pas, à la date du 1<sup>er</sup> mars 2007, conforme aux obligations imposées par l'article 5, sous a), de la décision de 2004 et se proposait de fixer définitivement un montant d'astreinte couvrant la période comprise entre le 16 décembre 2005 et la date de l'adoption de la décision définitive.
- 189 Il résulte, par ailleurs, du troisième paragraphe de la lettre de faits ainsi que du point 54 de l'annexe I de celle-ci que la Commission estimait que ses griefs restaient valables au regard du schéma de rémunération soumis le 21 mai 2007 (voir points 24 et 33 ci-dessus).
- 190 Force est donc de constater que, puisque le comportement mis à la charge de Microsoft en vertu de la décision attaquée ne diffère pas de celui illustré dans la communication des griefs et dans la lettre de faits, les droits de la défense de Microsoft n'ont pas été violés à cet égard.
- 191 S'agissant de la circonstance selon laquelle la Commission a limité l'objet de son enquête à la convention No Patent et a admis, postérieurement à la communication des griefs, le caractère innovant de sept technologies, il suffit de relever que la communication aux intéressés d'un complément de griefs n'est nécessaire que dans le cas où le résultat des vérifications amène la Commission à mettre à la charge des entreprises des actes nouveaux ou à modifier sensiblement les éléments de preuve des infractions contestées et non lorsque la Commission remplit son devoir d'abandonner des griefs qui, au vu des réponses à la communication de griefs, se sont révélés mal fondés (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. p. I-123, points 67 et 192).
- 192 En ce qui concerne l'erreur de fait que Microsoft n'aurait pas eu l'occasion de signaler à la Commission (voir point 179 in fine ci-dessus), force est de constater que cette erreur ne s'est jamais matérialisée. En effet, étant donné l'obligation de Microsoft de proposer des taux de rémunération raisonnables à ses cocontractants potentiels (voir point 114 ci-dessus), seule la proposition effective de ces taux mettait fin à l'infraction, la simple communication de taux de rémunération à la Commission aux fins de l'appréciation de leur caractère raisonnable ne répondant pas aux obligations de l'article 5, sous a), de la décision de 2004.
- 193 Enfin, il résulte d'une lettre en date du 15 novembre 2007 que le comité en matière d'ententes et de positions dominantes a reçu la communication des griefs, la lettre de faits et les réponses de Microsoft à ces documents, de sorte qu'il a pu prendre connaissance des faits reprochés à Microsoft.
- 194 Le cinquième moyen doit, par conséquent, être rejeté.

*Sur le sixième moyen, tiré d'une absence de base juridique pour l'imposition d'une astreinte ainsi que du caractère excessif et disproportionné de celle-ci*

Arguments des parties

- 195 Microsoft fait valoir, premièrement, que la Commission ne pouvait lui imposer une amende sans avoir défini avec précision au préalable le comportement qu'elle aurait dû adopter afin de se conformer à la décision de 2004. En outre, Microsoft ne saurait être tenue de se conformer à l'article 5, sous a), de ladite décision avant que la procédure décrite sous d) de la même disposition ne fût achevée.
- 196 Deuxièmement, la Commission n'aurait reproché, par le biais de la décision attaquée, à Microsoft une absence de conformité qu'en ce qui concerne les taux de rémunération relatifs à la convention No Patent et proposés en tant que points de départ de négociations. Or, il serait absurde d'accorder une prépondérance à une convention WSPP, alors que toutes les conventions ont été considérées comme couvrant des informations indispensables pour les concurrents de Microsoft.
- 197 Troisièmement, il résulterait de la décision de 2006 que la Commission a accordé 75 % de l'astreinte maximale à l'obligation de Microsoft de présenter une version précise et complète des informations relatives à l'interopérabilité et 25 % de celle-ci à l'obligation de proposer des taux de rémunération raisonnables et non discriminatoires. Or, en imposant en l'espèce environ 60 % de l'astreinte maximale pour violation de la première partie de la seconde des obligations précitées, la Commission se serait inexplicablement départie de sa pondération initiale en violant ainsi le principe de la protection de la confiance légitime. En outre, la Commission n'aurait pas expliqué la méthode de calcul de l'astreinte journalière ni les principes selon lesquels elle a calculé les réductions, de sorte que la décision attaquée serait entachée d'un défaut de motivation à cet égard. Il en résulterait également qu'en réalité la Commission n'a pas procédé à une pondération cohérente des diverses formes de non-conformité selon leur importance.
- 198 Quatrièmement, Microsoft souligne que, des 488 jours couverts par l'astreinte, 306 ont été consacrés à l'appréciation des propositions de Microsoft de la part de la Commission, ce qui mettrait en doute sa position sur le caractère évident des mesures que Microsoft aurait dû prendre et démontrerait le caractère inéquitable de l'astreinte imposée.
- 199 Cinquièmement, soutenue par l'ACT, Microsoft réitère que, compte tenu du refus de la Commission de l'assister substantiellement en lui indiquant le niveau approprié des taux de rémunération, elle a adopté toutes les mesures qui lui étaient disponibles afin de se conformer à la décision de 2004.
- 200 Sixièmement, l'astreinte ferait quarante fois la rémunération à laquelle Microsoft aurait prétendu si l'ensemble de ses concurrents avait conclu des conventions No Patent aux taux jugés déraisonnables par la Commission et dépasserait de loin toutes les amendes récemment imposées pour violation des règles de concurrence.
- 201 Septièmement, la Commission aurait omis de tenir compte du fait que Microsoft s'est finalement conformée à la décision de 2004 et de diminuer sur cette base le montant de l'astreinte, conformément à l'article 24, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003.
- 202 Enfin, huitièmement, Microsoft réitère que la période de non-conformité a pris fin le 9 octobre 2007 (voir point 179 ci-dessus).
- 203 La Commission expose que, pour les 488 jours couverts par la décision attaquée, l'astreinte aurait pu s'élever à 1,423 milliard d'euros. Or, étant donné, premièrement, que le schéma adopté par Microsoft le 22 octobre 2007 ne soulève pas d'objections quant au caractère raisonnable des taux de rémunération qu'il contient, deuxièmement, que Microsoft a appliqué des taux substantiellement inférieurs depuis le 21 mai 2007 et, troisièmement, que la décision attaquée ne concerne que la convention No Patent, l'astreinte infligée a représenté environ 63 % de l'astreinte maximale. Cependant, la réduction couvrirait également la période précédant le 21 mai 2007, mais n'aurait pas à s'étaler sur toute la période concernée. L'astreinte s'analyserait en 2 millions d'euros par jour pour la période comprise entre le 21 juin 2006 et le 20 mai 2007 et en 1,5 million d'euros par jour pour la période allant du 21 mai au 21 octobre 2007. Selon une jurisprudence constante, il ne découlerait pas de l'article 253 CE que les éléments chiffrés relatifs au calcul d'une amende doivent être exposés dans la décision de la Commission, la même règle étant d'application s'agissant des astreintes. Dans ces conditions, les considérants 281 à 299 de la décision attaquée fourniraient une motivation adéquate à cet égard.

204 Au demeurant, la Commission et les parties intervenant à son soutien contestent le bien-fondé des arguments de Microsoft.

#### Appréciation du Tribunal

205 Force est de constater que le premier argument de Microsoft illustré au point 195 ci-dessus se confond avec le premier moyen et qu'il doit, par conséquent, être rejeté pour les raisons exposées aux points 82 à 97 ci-dessus. S'agissant de l'argument de Microsoft selon lequel elle ne saurait être tenue de se conformer à l'article 5, sous a), de la décision de 2004 avant que la procédure décrite à l'article 5, sous d), de cette dernière ne fût achevée, il suffit de relever que cette approche donnerait à Microsoft un droit de veto sur l'exécution de ladite décision. En effet, il suffirait pour Microsoft de ne pas honorer son obligation, par ailleurs clairement distincte, découlant de l'article 5, sous d), de la décision de 2004, afin de rendre les dispositions visées à l'article 5, sous a), inexécutables.

206 Quant aux arguments de Microsoft ayant pour objet l'exercice par le Tribunal de sa pleine juridiction, il y a lieu de relever ce qui suit.

207 S'agissant de l'argument de Microsoft illustré au point 196 ci-dessus, il y a lieu de relever que la Commission a dûment tenu compte de la limitation de l'objet de son enquête en fixant le montant de l'astreinte à un niveau nettement en-deçà de celui prévu par la décision de 2006 (voir point 203 ci-dessus).

208 Au demeurant, à l'instar de la Commission et de la SIIA, la convention No Patent étant importante dans la mesure où les cocontractants potentiels de Microsoft ne souhaiteraient pas obtenir de licences couvrant des brevets, rien ne s'oppose à ce que le montant définitif de l'astreinte soit fixé à un niveau tel que celui de l'astreinte imposée en vertu de la décision attaquée.

209 À cet égard, et bien que Microsoft n'invoque pas cet argument particulièrement au soutien de sa demande de révision du montant de l'astreinte de la part du Tribunal, il convient d'écarter son allégation tirée de ce que la Commission n'a pas remis en cause la possibilité de Microsoft d'offrir la convention No Patent aux seuls preneurs de licences ayant déjà pris une licence couvrant certaines technologies brevetées.

210 Plus précisément, ainsi qu'il ressort des paragraphes 28, 29 et 38 à 41 d'une lettre de la Commission en date du 17 mars 2005, cette institution a indiqué à Microsoft que plusieurs bénéficiaires potentiels de la décision de 2004 estimaient ne pas avoir besoin de licences portant sur les technologies brevetées de Microsoft afin de développer des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail compatibles avec les systèmes d'exploitation pour PC clients de Microsoft. La Commission a ainsi rejeté la proposition de Microsoft consistant à proposer un seul type de licence offrant à la fois des technologies brevetées et non brevetées, une telle vente liée n'étant pas objectivement justifiée et Microsoft pouvant toujours poursuivre devant les juridictions nationales compétentes les preneurs de licences portant sur des technologies non brevetées au cas où ils les mettraient en œuvre de manière à violer ses brevets, pour lesquels ils n'auraient pas pris de licence.

211 Dans le même contexte, par lettre du 18 avril 2005, la Commission a proposé à Microsoft notamment un projet de convention No Patent disponible sans licence préalable de technologies brevetées, sous réserve explicite des droits de Microsoft résultant de ses brevets au sens susmentionné. En outre, en réponse à une lettre de Microsoft en date du 2 mai 2005, la Commission a de nouveau exposé, par courrier du 28 juin 2005, que, afin d'éviter l'imposition de « licences forcées » portant sur des technologies brevetées non voulues par les concurrents de Microsoft, cette dernière devrait rendre disponible une convention portant sur des technologies non brevetées, sans préjudice de ses droits de brevets. Dans ces conditions, il incomberait aux intéressés de choisir les technologies non brevetées ou brevetées qu'ils estiment nécessaires pour développer leurs produits. Ainsi, dans la même lettre, la Commission a rejeté la version de l'article 2.4, sous b), du projet de convention No Patent du 7 juin 2005 proposé par Microsoft, prévoyant que ladite convention serait disponible aux seuls détenteurs d'une licence portant sur des revendications de brevets « nécessairement enfreintes » par l'implémentation de technologies non brevetées faisant partie des informations relatives à l'interopérabilité.

212 Par lettre du 8 juillet 2005, Microsoft a notamment proposé d'insérer dans la convention No Patent une phrase exposant que, lorsque aucune « revendication nécessaire » ne correspondait aux éléments non

brevetés que l'intéressé souhaitait prendre en licence, ce dernier ne serait pas tenu d'avoir pris une licence portant sur des éléments brevetés. Dans la même lettre, Microsoft déclarait espérer que cette clarification répondrait de manière satisfaisante à l'objection de la Commission.

- 213 Par courrier du 13 juillet 2005, la Commission a répondu à Microsoft que la clarification était la bienvenue, tout particulièrement à la lumière « de l'article 11.4[, sous a)], qui stipule clairement que, si le preneur de licence conteste les revendications nécessaires, Microsoft ne peut mettre fin à la licence pour ce motif ».
- 214 Enfin, comme il ressort du procès-verbal relatif à une réunion ayant eu lieu les 31 janvier et 1<sup>er</sup> février 2007 à Londres, il est apparu que, lors de cette réunion, Microsoft interprétait la clarification de laquelle il est fait état au point 212 ci-dessus comme impliquant que, en cas de désaccord entre elle et le preneur potentiel d'une licence No Patent sur l'existence de « revendications nécessaires », ce dernier était toujours dans l'obligation de prendre une licence portant sur les brevets relatifs auxdites revendications. À cet égard, il résulte d'une lettre de Microsoft en date du 12 février 2007, que l'attention a été attirée sur ce point par IBM dans un document intitulé « Commentaires » portant date du 28 janvier 2007 et que Microsoft abandonnait désormais cette interprétation.
- 215 Il ressort de la correspondance et du procès-verbal résumés aux points 210 à 214 ci-dessus que, dès le début, la Commission a exposé dans des termes clairs à Microsoft que la vente liée de licences portant sur des technologies non brevetées et brevetées n'était pas conforme aux obligations qui incombent à celle-ci en vertu de l'article 5 de la décision de 2004 en l'absence de justification objective d'une telle liaison. La Commission a également précisé que, si un preneur de licence potentiel estimait ne pas avoir besoin d'une licence portant sur des technologies brevetées de Microsoft afin de développer des produits interopérables avec les systèmes d'exploitation pour PC clients de Microsoft, il devait être libre de ne pas prendre une telle licence, tout en courant le risque d'être traduit devant les juridictions nationales au cas où il enfreindrait de tels brevets. Dans ces conditions, l'accord que la Commission a exprimé à la suite d'une clarification de Microsoft (voir points 212 et 213 ci-dessus) ne manifestait que l'interprétation de la Commission selon laquelle la clarification en question accordait aux preneurs de licences potentielles le droit de choisir les éléments qu'ils souhaitaient prendre en licence, sans qu'un refus de leur part de prendre en licence des éléments brevetés puisse entraîner un refus de Microsoft de donner en licence des éléments non brevetés. Ainsi, la réapparition de la question en janvier 2007 n'est que la conséquence du fait que Microsoft continuait à interpréter sa clarification de manière contraire à celle voulue par la Commission et les preneurs de licence potentiels et non d'un prétendu accord marqué par la Commission le 13 juillet 2005.
- 216 En outre, force est de constater que la justification avancée par Microsoft dans le cadre de sa correspondance avec la Commission, selon laquelle la prise de licence de « revendications nécessaires » en tant que condition pour la disponibilité d'une convention No Patent protégerait les preneurs de tout recours de Microsoft devant les juridictions nationales, ne saurait être accueillie. En effet, indépendamment du fait que les preneurs de licence sont plus à même que Microsoft pour faire les choix les plus appropriés pour la protection de leurs intérêts, il incombe à ces derniers d'assumer les risques liés à leur appréciation sur le caractère nécessaire de revendications de brevets dans le cadre du développement de produits interopérables avec les produits de Microsoft. Or, la Commission a clairement indiqué dès le départ que l'octroi de licences dans le cadre de la convention No Patent était sans préjudice des droits de Microsoft en vertu de ses brevets (voir points 210 et 211 ci-dessus).
- 217 S'agissant de l'argument de Microsoft illustré au point 197 ci-dessus, il suffit de constater que, à supposer que la Commission se soit en l'espèce départie de la pondération à laquelle elle a procédé dans la décision de 2006, rien ne l'oblige à la suivre aux fins de toute décision subséquente. En effet, si, au départ, Microsoft ne divulguait même pas une version précise et complète des informations relatives à l'interopérabilité, il était, à ce stade, parfaitement logique d'imposer une astreinte tenant, notamment, compte plutôt de cet aspect du comportement que de la question des conditions raisonnables dans lesquelles se ferait la divulgation. En ce qui concerne la méthode de calcul de l'astreinte, l'exercice du pouvoir de pleine juridiction par le Tribunal peut justifier la production et la prise en considération d'éléments complémentaires d'information dont la mention dans la décision n'est pas comme telle requise en vertu de l'obligation de motivation prévue à l'article 253 CE (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 16 novembre 2000, KNP BT/Commission, C-248/98 P, Rec. p. I-9641, point 40). Le montant de l'astreinte définitivement fixé étant inférieur au montant maximal prévu par la décision de 2006 et les informations

figurant au point 203 ci-dessus suffisant pour comprendre son calcul, l'argument de Microsoft ne saurait prospérer.

- 218 En outre, même si les raisons ayant amené la Commission à fixer le montant définitif de l'astreinte pour la période allant du 1<sup>er</sup> août 2006 au 20 mai 2007 à un niveau équivalent aux deux tiers de l'astreinte infligée par la décision de 2006 sont également valables aux fins du calcul du montant final de l'astreinte pour la période comprise entre le 21 juin et le 31 juillet 2006, il était approprié de fixer pour cette dernière période un montant de 2 millions d'euros, équivalent à la totalité de l'astreinte journalière infligée par la décision de 2005. En effet, la nature du comportement de Microsoft était la même pendant ces deux périodes, si bien qu'une astreinte journalière identique se justifie.
- 219 S'agissant de l'argument de Microsoft illustré au point 198 ci-dessus, il suffit de rappeler que, étant donné l'obligation de Microsoft de proposer des taux de rémunération raisonnables à ses cocontractants potentiels (voir point 114 ci-dessus), le fait qu'une partie de l'astreinte correspond à des périodes pendant lesquelles Microsoft attendait l'appréciation de la Commission sur une nouvelle proposition qu'elle aurait soumise ne pallie pas les effets du non-respect par Microsoft de la décision de 2004 et ne constitue donc pas une circonstance atténuante. L'argument de Microsoft illustré au point 199 ci-dessus ne saurait pas davantage être accueilli, pour les mêmes raisons que celles qui figurent au point 114 ci-dessus.
- 220 S'agissant des arguments de Microsoft résumés aux points 200 et 201 ci-dessus, il y a lieu de relever, premièrement, que Microsoft ne fournit aucun élément de preuve démontrant que l'astreinte imposée est quarante fois supérieure à la rémunération à laquelle elle aurait prétendu si l'ensemble de ses concurrents avait conclu des conventions No Patent aux taux jugés déraisonnables par la Commission. Deuxièmement, en tout état de cause, eu égard à la taille de Microsoft en termes de chiffre d'affaires, au retard avec lequel cette dernière a fourni une version précise et complète des informations relatives à l'interopérabilité et au retard supplémentaire accusé pour qu'elle propose un taux de rémunération raisonnable avec tous les bénéfices que ces circonstances entraînent en termes de parts de marché, la réduction du montant de l'astreinte accordée par la Commission (voir point 203 ci-dessus) reflète dûment tant le besoin d'un caractère dissuasif du montant de l'astreinte que le fait que Microsoft s'est finalement conformée à ses obligations découlant de l'article 5, sous a), de la décision de 2004.
- 221 De surcroît, comme il a été exposé au point 192 ci-dessus, seule la proposition effective de taux de rémunération raisonnables mettait fin à l'infraction, la simple communication de taux de rémunération à la Commission aux fins de l'appréciation de leur caractère raisonnable ne répondant pas aux obligations de l'article 5, sous a), de la décision de 2004. Il en résulte que l'argument figurant au point 202 ci-dessus doit être rejeté.
- 222 Néanmoins, il y a encore lieu de prendre en compte, dans le cadre de l'exercice de la compétence de pleine juridiction dont le Tribunal est investi en vertu de l'article 31 du règlement n° 1/2003 et qui peut justifier la production et la prise en considération d'éléments complémentaires d'information dont la mention dans la décision n'est pas comme telle requise (arrêt KNP BT/Commission, point 217 supra, point 40), une lettre datée du 1<sup>er</sup> juin 2005, adressée à Microsoft par le directeur général de la direction générale (DG) « Concurrence ». Cette lettre, qui a été versée au dossier, les parties entendues oralement, concerne la question de savoir si, dans le cadre de la décision de 2004, Microsoft était en droit d'interdire à ses concurrents la distribution sous forme de code source des produits interopérables avec les systèmes d'exploitation pour PC clients de Microsoft que ces derniers auraient entre-temps développés. À cet égard, la Commission estimait que Microsoft était obligée, en vertu de l'article 5 de la décision de 2004, de permettre la distribution sous forme de code source des logiciels développés par des concurrents sur la base de protocoles de Microsoft, dans la mesure où les protocoles de Microsoft mis en œuvre dans de tels logiciels ne seraient pas innovants. Toutefois, la Commission exposait également que, si Microsoft pouvait empêcher une telle distribution jusqu'au prononcé de l'arrêt dans l'affaire Microsoft/Commission, point 18 supra, elle devait entre-temps prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que, en cas de rejet du recours de Microsoft en ce qu'il concernait l'article 5 de la décision de 2004, elle se conformerait immédiatement et pleinement à son obligation en vertu de ladite disposition.
- 223 Il s'ensuit que cette lettre était de nature à faire croire à Microsoft que celle-ci pouvait maintenir des restrictions dans la distribution des produits développés par ses concurrents sur la base des informations relatives à l'interopérabilité non couvertes par un brevet et non inventives, jusqu'au prononcé de l'arrêt du Tribunal dans l'affaire Microsoft/Commission, point 18 supra, à savoir jusqu'au 17 septembre 2007.

- 224 La Commission a exposé lors de l'audience à cet égard, sans être contredite par Microsoft, que la lettre en question constituait en substance une tentative de conciliation entre, d'une part, la réalité selon laquelle un temps de deux à trois ans était nécessaire afin qu'un produit concurrent fondé sur les informations relatives à l'interopérabilité puisse être développé et, d'autre part, l'intérêt légitime qu'aurait Microsoft de voir la situation rétablie au status quo ante en cas d'annulation de l'article 5 de la décision de 2004 par le Tribunal dans le cadre de l'affaire Microsoft/Commission, point 18 supra. Étant donné que, selon les indices disponibles à l'époque, le Tribunal rendrait son arrêt environ à l'expiration de la période nécessaire pour le développement d'un produit concurrent fondé sur les informations relatives à l'interopérabilité, la Commission estimait mettre de cette manière correctement en balance les différents intérêts impliqués dans l'affaire à l'époque.
- 225 Il convient d'observer que la lettre de la Commission du 1<sup>er</sup> juin 2005 concerne un aspect de l'exécution de l'article 5 de la décision de 2004, à savoir l'accès aux informations relatives à l'interopérabilité dans des conditions non discriminatoires, qui n'est pas le fondement de la décision attaquée. En effet, si la Commission s'est référée durant la procédure administrative à la pratique d'exclusion du modèle de développement « open source » à cause de certaines clauses incluses dans les conventions proposées par Microsoft (voir, par exemple, les paragraphes 65 à 70 de l'annexe de la lettre de la Commission du 17 mars 2005), la décision attaquée est motivée par le caractère déraisonnable des prix proposés par Microsoft pour la période allant du 21 juin 2006 au 21 octobre 2007 (voir point 55 ci-dessus).
- 226 Cependant, si la Commission, au vu d'une litispendance, en tenant compte de la nature des obligations imposées par l'article 5 de la décision de 2004 et des conséquences pouvant découler d'une éventuelle annulation, a permis à Microsoft de mettre en œuvre, pendant une période, une pratique susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels que la décision de 2004 a pour objet de supprimer, cette circonstance peut être prise en compte dans le cadre de la détermination du montant de l'astreinte.
- 227 Aux fins de cette appréciation, il y a lieu de prendre en compte différents éléments. Premièrement, malgré la portée de la lettre du 1<sup>er</sup> juin 2005, qui s'est limitée à la distribution des produits développés par les concurrents de Microsoft, cette dernière a pratiquement continué à refuser aux développeurs « open source » tout accès aux informations relatives à l'interopérabilité, ce qui n'était pas reconnu par ladite lettre comme possibilité légitime. En effet, selon l'esprit de la lettre en question, Microsoft pouvait tout au plus limiter la possibilité de ces développeurs de distribuer leurs produits jusqu'au prononcé de l'arrêt du Tribunal dans le cadre de l'affaire Microsoft/Commission, point 18 supra.
- 228 Deuxièmement, comme il est mentionné au paragraphe 68 de l'annexe de la lettre de la Commission du 17 mars 2005 et comme il a été itérativement exposé lors de l'audience, les développeurs « open source » comptent parmi les principaux concurrents de Microsoft.
- 229 Troisièmement, le retard de Microsoft dans la mise à disposition d'une version précise et complète des informations relatives à l'interopérabilité (voir point 115 ci-dessus) a rendu la probabilité qu'un produit concurrent puisse être développé et distribué avant le prononcé de l'arrêt Microsoft/Commission, point 18 supra, purement théorique, confirmant ainsi l'appréciation de la Commission exposée au point 224 ci-dessus.
- 230 Quatrièmement, la pratique appliquée par Microsoft s'agissant des prix proposés jusqu'au 21 octobre 2007 suffisait en elle-même pour rendre inefficace l'article 5 de la décision de 2004 à l'égard des développeurs « open source ».
- 231 Cinquièmement, Microsoft n'a produit aucun élément de nature à indiquer dans quelle mesure les effets anticoncurrentiels découlant du comportement sanctionné par la décision attaquée se seraient produits si elle avait appliqué le type de comportement décrit dans la lettre du 1<sup>er</sup> juin 2005, mais s'était conformée à son obligation de proposer des prix raisonnables pour les technologies non brevetées et non inventives. Or, rien n'indique que les effets qui se seraient produits de cette manière auraient été autres que marginaux, eu égard à ce qui est indiqué aux points 224 et 229 ci-dessus.
- 232 Dans ces conditions, le montant de l'astreinte imposée à Microsoft doit être fixé à 860 millions d'euros.

Sur les dépens

- 233 Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. Aux termes de l'article 87, paragraphe 3, dudit règlement, le Tribunal peut répartir les dépens ou décider que chaque partie supporte ses propres dépens si les parties succombent respectivement sur un ou plusieurs chefs, ou pour des motifs exceptionnels.
- 234 Microsoft ayant succombé sur les cinq premiers moyens, mais une réduction du montant de l'astreinte ayant été accordée dans le cadre du sixième moyen, il y a lieu de décider que Microsoft supportera ses propres dépens, 95 % des dépens de la Commission, à l'exception des dépens de cette dernière liés aux interventions de la CompTIA et de l'ACT, et 80 % des dépens exposés par la FSFE, la Samba Team, la SIIA, l'ECIS, IBM, Red Hat et Oracle.
- 235 La Commission supportera 5 % de ses propres dépens, à l'exception de ceux liés aux interventions de la CompTIA et de l'ACT.
- 236 La CompTIA et l'ACT supporteront chacune leurs propres dépens ainsi que les dépens de la Commission liés à leurs interventions.
- 237 La FSFE, la Samba Team, la SIIA, l'ECIS, IBM, Red Hat et Oracle supporteront 20 % de leurs propres dépens.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (deuxième chambre)

déclare et arrête :

- 1) Le montant de l'astreinte infligée à Microsoft Corp. à l'article 1<sup>er</sup> de la décision C (2008) 764 final de la Commission, du 27 février 2008, fixant le montant définitif de l'astreinte infligée à Microsoft Corp. par la décision C (2005) 4420 final (Affaire COMP/C-3/37.792 – Microsoft) est fixé à 860 millions d'euros.
- 2) Microsoft supportera ses propres dépens, 95 % des dépens exposés par la Commission européenne à l'exception des dépens de cette dernière liés aux interventions de The Computing Technology Industry Association, Inc. et de l'Association for Competitive Technology, Inc. et 80 % des dépens exposés par la Free Software Foundation Europe e.V. et la Samba Team, la Software & Information Industry Association, l'European Committee for Interoperable Systems, International Business Machines Corp., Red Hat Inc. et Oracle Corp.
- 3) La Commission supportera 5 % de ses propres dépens, à l'exception de ceux liés aux interventions de The Computing Technology Industry Association et l'Association for Competitive Technology.
- 4) The Computing Technology Industry Association et l'Association for Competitive Technology supporteront chacune leurs propres dépens ainsi que les dépens de la Commission liés à leurs interventions.
- 5) La Free Software Foundation Europe et la Samba Team, la Software & Information Industry Association, l'European Committee for Interoperable Systems, International Business Machines, Red Hat et Oracle supporteront 20 % de leurs propres dépens.