RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Autorité de la concurrence

Décision n° 18-D-10 du 27 juin 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la maintenance informatique

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre, enregistrée le 9 juin 2016 sous le numéro 16/0047 F par laquelle les sociétés Econocom Groupe SE, Econocom Services SAS et Econocom-Osiatis France SAS ont saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la maintenance informatique ;

Vu les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce modifié ;

Vu les décisions de secret d'affaires n° 17-DSA-400 du 10 octobre 2017, n° 17-DSA-133 du 27 mars 2017, n° 17-DSA-146 du 30 mars 2017, n° 17-DSA-422 du 18 octobre 2017, n° 17-DSA-423 du 18 octobre 2017, n° 17-DSA-445 du 25 octobre 2017, n° 17-DEC-437 du 27 octobre 2017, n° 17-DEC-440 du 27 octobre 2017, n° 17-DSA-168 du 13 avril 2017, n° 17-DSA-169 du 13 avril 2017, n° 17-DSA-170 du 13 avril 2017, n° 17-DSA-377 du 14 septembre 2017, n° 17-DSA-380 du 14 septembre 2017, n° 17-DSA-381 du 14 septembre 2017, n° 17-DSA-181 du 26 avril 2017, n° 17-DSA-399 du 04 octobre 2017, n° 17-DSA-401 du 04 octobre 2017, n° 17-DECR-485 du 13 novembre 2017 et n° 17-DECR-485 du 13 novembre 2017 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Econocom Groupe SE, Econocom Services SAS et Econocom-Osiatis France SAS ;

Vu la note en délibéré des sociétés Econocom Groupe SE, Econocom Services SAS et Econocom-Osiatis France SAS du 6 avril 2018 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, le rapporteur général adjoint, et les représentants des sociétés Econocom Groupe SE, Econocom Services SAS et Econocom-Osiatis France SAS entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 28 mars 2018, le commissaire du Gouvernement ayant été régulièrement convoqué ;

Les sociétés Oracle France SAS, IBM France SAS et Hewlett-Packard France entendues sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Adopte la décision suivante :

Résumé[1] :

Aux termes de la décision ci-après, l'Autorité de la concurrence a décidé qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre la procédure ouverte par la saisine du groupe Econocom en ce qui concerne des pratiques mises en œuvre par les sociétés International Business Machines Corp. (« IBM »), Hewlett-Packard Entreprise (« HP ») et Oracle ainsi que certaines de leurs filiales, sur les marchés de la maintenance des matériels informatiques.

Selon le saisissant, les trois constructeurs auraient mis en œuvre une stratégie globale d'éviction à l'égard des tiers mainteneurs afin de se réserver les marchés en cause.

Après avoir considéré que, pour chaque type de serveur ou de solution de stockage, est associé un marché pertinent d'accès aux mises à jour des microcodes, sur lequel chaque constructeur est en monopole pour ses propres matériels, l'Autorité a examiné si cette position pourrait servir de levier aux constructeurs pour fausser la concurrence sur le marché aval de la maintenance du matériel informatique.

À cet égard, l'Autorité a relevé qu'il existe trois principaux types de relations commerciales selon le moment où est conclu le contrat de maintenance : la première maintenance au moment de l'achat du matériel, la maintenance d'un matériel mature et les appels d'offres des grands comptes pour la maintenance multimarque de leur parc de serveurs.

En ce qui concerne la première situation de marché, l'Autorité a fait application de la jurisprudence européenne Pelikan/Kyocera, selon laquelle toute position dominante sur le marché secondaire de la vente des consommables ou de services d'un opérateur actif sur le marché des biens primaires peut être exclue s'il est établi qu'il existe une concurrence suffisante sur le marché primaire de la vente des matériels et si les marchés primaire et secondaire sont étroitement liés aux yeux des clients au moment de leur décision d'achat.

S'agissant de la maintenance ultérieure d'un matériel devenu mature, l'Autorité a relevé que le bon fonctionnement des serveurs nécessite plus rarement, voire plus du tout, des mises à jour de microcodes, car les machines et les logiciels qu'elles supportent sont stabilisés. Au surplus, le saisissant n'a donné aucun exemple probant d'une exclusion dont il aurait pu être victime dans cette situation de marché.

Enfin, en ce qui concerne les appels d'offres « grands comptes » multimarques, l'Autorité a constaté, d'une part, que les solutions proposées par les constructeurs (contrats de support ou de réassurance) sont largement utilisées par les tiers mainteneurs, dont Econocom, qui ne sont donc, pris dans leur ensemble, pas exclus de ce type de marchés. D'autre part, s'agissant de la situation particulière du saisissant, aucun des exemples qu'il a apportés au soutien de sa thèse ne s'est avéré probant.

[1] Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de la décision numérotés ci-après.

SOMMAIRE

I. Constatations 5

A. LA SAISINE DE L'AUTORITÉ ET SON CONTEXTE 5

1. RAPPEL DE LA PROCÉDURE 5

2. LE CONTEXTE DE LA SAISINE 5

a) La décision d'engagements rendue par la Commission européenne relative à IBM dans le secteur de la maintenance des serveurs « mainframe » 5

b) La plainte d'Econocom contre IBM devant la Commission européenne 5

B. LE SECTEUR D'ACTIVITE CONCERNÉ 6

1. LES ACTIVITÉS ET LES PRODUITS 6

a) Les serveurs pour entreprises et les solutions de stockage 6

Les serveurs pour entreprises *6*

Les solutions de stockage *6*

b) Les mises à jour de microcodes des serveurs et des unités de stockage 6

c) Le secteur de la maintenance du matériel informatique 7

d) La nécessité des mises à jour de microcodes pour assurer la maintenance des serveurs et solutions de stockage 7

2. LES ENTREPRISES DU SECTEUR 8

a) Les constructeurs 8

b) Les tiers mainteneurs (TPM) 8

Le saisissant : le groupe Econocom *8*

c) Les parts de marché 9

Sur le marché de la vente des serveurs et des solutions de stockage *9*

Sur le marché de la maintenance dans les Datacenter *9*

3. LA DURÉE DE VIE DES MATÉRIELS 10

4. LES CONTRATS DE MAINTENANCE OFFERTS PAR LES CONSTRUCTEURS 10

a) Les offres d'Oracle 10

b) Les offres d'IBM 10

c) Les offres d'HP 11

5. LA POLITIQUE D'ACCÈS AUX MICROCODES DES CONSTRUCTEURS 11

a) L'accès pour les clients 11

IBM *11*

HP *11*

Oracle *12*

b) Les contrats de réassurance entre opérateurs 12

6. LA PRISE EN COMPTE PAR LES CLIENTS DES CONDITIONS DE MAINTENANCE ET DE MISES À JOUR DES MICROCODES LORS DU PROCESSUS D'ACHAT 12
C. LES PRATIQUES DENONCÉES 14
1. LES PRATIQUES D'ABUS DE POSITION DOMINANTE 14
2. LES PRATIQUES D'ENTENTE 14
II. Discussion 15
A. SUR LES MARCHES PERTINENTS ET LES POSITIONS DOMINANTES DES CONSTRUCTEURS 15
B. SUR LES PRATIQUES DÉNONCÉES 16
1. LES DIFFÉRENTS TYPES DE RELATIONS COMMERCIALES RELATIVES À L'ACCÈS AUX MISES À JOUR DES MICROCODES 16
2. SUR L'ACCÈS AUX MISES À JOUR DES MICROCODES 17
a) En ce qui concerne la première maintenance au moment de l'achat du matériel 18
b) En ce qui concerne la maintenance ultérieure d'un matériel devenu mature 19
c) En ce qui concerne les appels d'offres « grands comptes » multimarques .. 20
3. SUR LES AUTRES PRATIQUES ABUSIVES DÉNONCÉES PAR ECONOCOM 23
Le ciseau tarifaire *23*
Le dénigrement *23*
Conclusion *23*
C. SUR LES PRATIQUES D'ENTENTE 24
1. SUR L'EXISTENCE D'UNE PRATIQUE CONCERTÉE ENTRE LES CONSTRUCTEURS 24
2. SUR L'EXISTENCE D'UN EFFET CUMULATIF ANTICONCURRENTIEL DES ACCORDS ENTRE CONSTRUCTEURS ET UTILISATEURS 24
D. CONCLUSION 24
DÉCISION 25

I. Constatations

A. LA SAISINE DE L'AUTORITÉ ET SON CONTEXTE

1. RAPPEL DE LA PROCÉDURE

1. Par lettre enregistrée le 9 juin 2016, sous le numéro 16/0047 F, les sociétés Econocom Groupe SE, Econocom Services SAS et Econocom-Osiatis France SAS (ci-après « Econocom ») ont saisi l'Autorité de la concurrence (ci-après l' « Autorité ») de pratiques mises en œuvre par les sociétés International Business Machines Corp. (ci-après « IBM »), Hewlett-Packard Company, devenue Hewlett-Packard Entreprise (ci-après « HP ») et Oracle Corp. (ci-après « Oracle »), ainsi que certaines de leurs filiales, sur les marchés de la maintenance des serveurs Unix et x86 et des solutions de stockage.

2. Selon Econocom, IBM, HP et Oracle auraient mis en œuvre une stratégie globale d'éviction à l'égard des tiers mainteneurs (ou « *Third Party Maintainers* », ci-après les « TPM ») afin de se réserver les marchés en cause. À cet égard, Econocom soutient, à titre principal, que ces trois constructeurs mettraient en œuvre des pratiques d'abus de position dominante contraires aux articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE, en refusant l'accès aux mises à jour des microcodes nécessaire à la maintenance des matériels, et/ou en soumettant cet accès à des conditions tarifaires excessives et discriminatoires.

3. Le 16 novembre 2017, le rapporteur général de l'Autorité a adressé à Econocom ainsi qu'au commissaire du Gouvernement une proposition de non-lieu à poursuivre la procédure.

2. LE CONTEXTE DE LA SAISINE

a) La décision d'engagements rendue par la Commission européenne relative à IBM dans le secteur de la maintenance des serveurs « mainframe »

4. Le 13 décembre 2011, après avoir ouvert une enquête sur un possible abus de position dominante commis par IBM sur le marché de la maintenance des grands systèmes, la Commission européenne a rendu juridiquement contraignants les engagements proposés par IBM aux termes desquels l'entreprise s'engageait, pendant 5 ans à mettre rapidement ses pièces de rechange et ses informations techniques à la disposition des agents de maintenance indépendants, à des conditions commercialement raisonnables et non discriminatoires.

b) La plainte d'Econocom contre IBM devant la Commission européenne

5. Econocom a indiqué avoir, le 2 août 2013, introduit devant la Commission européenne une plainte pour abus de position dominante du fait du refus implicite d'IBM de fournir aux utilisateurs non couverts par une garantie ou un contrat de maintenance IBM les mises à jour des microcodes ou « *firmware updates* » permettant d'assurer la maintenance des serveurs IBM Power Sytems et System x ainsi que des solutions de stockage System Storage.

6. Econocom précise que, depuis le dépôt de sa plainte contre IBM, il n'a eu aucun retour de la part de la Commission européenne et que, pour cette raison, il a saisi l'Autorité.

B. LE SECTEUR D'ACTIVITÉ CONCERNÉ

1. LES ACTIVITÉS ET LES PRODUITS

a) Les serveurs pour entreprises et les solutions de stockage

Les serveurs pour entreprises

7. Un serveur pour entreprises est un ordinateur puissant mis en réseau auquel accèdent plusieurs utilisateurs par l'intermédiaire de leur poste de travail.

8. Plusieurs modèles de serveurs pour entreprise permettent la réalisation de tâches considérées comme critiques, dont notamment les serveurs RISC/EPIC (aussi appelés « Unix ») et les serveurs de type x86. Les serveurs RISC/EPIC fonctionnent majoritairement avec des systèmes d'exploitation « propriétaires » développés par les constructeurs. Les serveurs x86 fonctionnent plutôt avec les systèmes d'exploitation Microsoft ou Linux.

Les solutions de stockage

9. Les serveurs concernés par la saisine n'ayant pas de capacité de stockage interne suffisante pour accueillir les données à traiter les utilisateurs doivent recourir à des solutions de stockage externes connectées sur leurs serveurs.

10. Parmi les solutions de stockage, objets de la saisine, on distingue celles qui hébergent des données d'utilisateurs régulièrement mises à jour et auxquelles ils accèdent à travers des applications (couches dites « hautes » des logiciels) et celles qui permettent de sauvegarder les données en vue de les restaurer en cas d'incident ou qui servent à archiver les données de façon pérenne.

b) Les mises à jour de microcodes des serveurs et des unités de stockage

11. L'architecture, la programmation et les instructions du matériel informatique résultaient à l'origine d'une combinaison de circuits électriques, de sorte que les réparations nécessitaient des interventions physiques. Les circuits électriques ont été remplacés par des codes machine ou microcodes (en anglais « *firmware* »), incorporés au support électronique. Si certaines pannes sont toujours résolues par des interventions consistant à remplacer des pièces détachées, une proportion croissante des réparations et des actions de prévention d'un défaut de conception ou d'amélioration de l'architecture du serveur s'effectuent par l'installation de mises à jour des microcodes (« *firmware updates* ») produites par le constructeur.

12. Généralement, les mises à jour de microcodes sont classées selon leur degré de criticité, c'est-à-dire en fonction de l'importance des effets du problème pour l'utilisateur du système informatique : (i) les mises à jour de microcodes de sécurité doivent être immédiatement installées pour éviter ou corriger une faille de sécurité rendant le système vulnérable au piratage informatique ; (ii) les mises à jour de microcodes majeures doivent être installées rapidement pour remédier à des dysfonctionnements majeurs du type perte de données ou arrêt inopiné de l'exploitation ; (iii) les mises à jour de microcodes mineures corrigent des déficiences moins importantes sans impact sur l'exploitation (faux message d'erreur par exemple) ; (iv) les mises à jour de microcodes d'évolution permettent d'installer de nouvelles fonctionnalités.

13. C’est le propriétaire de la machine qui est juridiquement destinataire de ces mises à jour de microcodes. En pratique, elles sont cependant réalisées par les services de maintenance des constructeurs ou des tiers mainteneurs.

c) Le secteur de la maintenance du matériel informatique

14. L’activité concernée par la présente saisine est la maintenance des serveurs RISC/EPIC et x86 et des solutions de stockage.

15. Généralement, la maintenance du matériel est assurée par le constructeur lui-même pendant la période de garantie, dont la durée varie généralement selon le matériel en cause (serveur ou solution de stockage). Selon les éléments recueillis au cours de l’instruction, les trois constructeurs mis en cause dans la présente affaire incluent des garanties lors de l’achat du matériel. La durée de garantie est d’un an pour Oracle mais pour IBM et HP, elle varie entre un an et quatre ans.

16. À l’expiration de la garantie, le client confie la maintenance, s’il ne l’assure pas lui-même en interne, au constructeur du matériel informatique ou à un tiers mainteneur. Les grandes entreprises qui utilisent un parc informatique composé de serveurs de différentes marques, recherchent une prestation globale pour l’ensemble de leurs machines et se tournent le plus souvent vers un prestataire externe, soit un tiers mainteneur, soit un constructeur qui assure à la fois la maintenance de son matériel et celle du matériel d’autres marques.

d) La nécessité des mises à jour de microcodes pour assurer la maintenance des serveurs et solutions de stockage

17. Selon l’ensemble des constructeurs et mainteneurs interrogés, c'est au cours des trois premières années de leur cycle de vie que les serveurs ou les solutions de stockage peuvent avoir besoin de mises à jour plus ou moins fréquentes des microcodes. Les mises à jour de sécurité et les mises à jour majeures représentent plus de 80 % des modifications apportées. D’après les constructeurs, l’accès aux mises à jour de microcodes ne serait plus réellement nécessaire à la maintenance du matériel dès lors que celui-ci est stabilisé ou « mature ».

18. HP a ainsi indiqué que « *l’essentiel de la maintenance du matériel des serveurs ne nécessite pas l’accès aux mises à jour de microcodes (…) dans un grand nombre de cas un contrat de maintenance n’implique pas un accès aux mises à jour de microcode, en particulier s’agissant du matériel figé ou non critique* ». HP précise que les mises à jour sont relativement peu nombreuses et qu’elles consistent essentiellement en la correction de bugs qui surviennent le plus souvent pendant la période de garantie initiale (cotes 2957 et 3552).

19. IBM relève, pour sa part, que « *les clients d’IBM ne souhaitent pas toujours installer les mises à jour de microcodes. IBM constate ainsi que de nombreux clients (…) ne font pas la mise à jour des microcodes, en particulier sur des serveurs Power Systems ou des unités de stockage qui ne sont plus couverts par la garantie* » (cote 5491). Ainsi, 20 à 40 % des clients équipés de serveurs Power Systems et de solutions de stockage IBM ne souscriraient pas de contrat maintenance post-garantie avec IBM.

20. Enfin, Oracle explique qu’une partie de ses clients choisit de ne pas conclure de contrat de maintenance et renonce ainsi à disposer des mises à jour de microcodes, « *soit en raison de l’utilisation du serveur, soit parce que le serveur est considéré comme stable et fonctionnant correctement* ». Oracle note également, comme HP, que « *l’accès aux mises à jour du firmware devient de moins en moins important avec le temps, car les bugs initiaux ont été repérés et rectifiés, rendant la plateforme plus stable* » (cote 3508).

21. D’après une étude Gardner publiée en 2011, les clients ont généralement peu recours aux mises à jour de microcodes dites « d’évolution » car leur installation nécessite une interruption de service (cotes 1508 à 1510).

22. Les grands clients procédant par appels d’offres ont déclaré, pendant l’instruction, qu’ils incluent systématiquement dans le cahier des charges de la consultation, des dispositions relatives à l’accès aux mises à jour des microcodes.

2. LES ENTREPRISES DU SECTEUR

a) Les constructeurs

23. Les constructeurs sont à la fois fabricants de matériel informatique, éditeurs de logiciels et prestataires de services informatiques. Il s’agit principalement de HP, Dell, IBM, Lenovo, Cisco, Fujitsu et Oracle. Seules les sociétés IBM, Oracle et HP, qui font partie des leaders mondiaux dans le secteur, sont mises en cause dans la présente affaire.

24. Au cours de l’instruction, IBM a indiqué qu’en France, en dehors de son propre matériel, il fournit principalement des services de maintenance pour les matériels fabriqués par HP, Oracle et EMC. HP a déclaré qu’il réalise des prestations de maintenance sur les matériels fabriqués par Hitachi, NetApp, Oracle et IBM. Oracle a en revanche précisé qu’elle n'effectuait pas de maintenance hardware pour du matériel autre que le sien.

b) Les tiers mainteneurs (TPM)

25. Indépendants des constructeurs, les TPM sont leurs concurrents directs pour la maintenance matérielle ou logicielle. Ils peuvent aussi intervenir comme prestataires sélectionnés et agréés par les constructeurs pour la maintenance des matériels de leur marque. Les TPM ont développé leurs compétences pour pouvoir être prestataires uniques des clients disposant d’un parc informatique multimarque. Outre le saisissant, Econocom, les principaux TPM du secteur étaient au moment de l’instruction, Telindus, APX, Computacenter, SCC, Dimension Data et Atos.

Le saisissant : le groupe Econocom

26. Econocom Group SE est une société de droit européen, dont le siège social se trouve à Bruxelles en Belgique. Cotée sur Euronext, Econocom est active dans le secteur de la fourniture de services informatiques en matière de gestion globale (services d'infogérance), de développement et d'intégration de logiciels, de conseil, de maintenance de matériels, de supports logistiques et de logiciels ainsi que sur différents marchés de services télécom.

27. Les sociétés du groupe Econocom fournissent des services informatiques dans 11 pays, parmi lesquels 8 États membres de l'Union européenne. Sa filiale française, Econocom SAS, contrôle 15 sociétés opérationnelles dans les différents métiers du groupe. Les sociétés Econocom Services SAS et Econocom-Osiatis France SAS sont actives notamment dans la maintenance de matériel informatique, en particulier de serveurs de type x86 et « Unix » et de solutions de stockage.

28. Le chiffre d'affaires d'Econocom Group était d’environ 2 milliards d’euros en 2014, dont 663 millions d’euros au titre de la fourniture de services informatiques. Plus de la moitié de ce chiffre, soit environ un milliard d’euros, est réalisé en France, dont 91 millions d’euros pour la maintenance matérielle en Datacenter.

29. Selon les informations fournies par le saisissant, la structure de son chiffre d'affaires pour la maintenance serait la suivante en 2017 :

Nombre de clients et valeur annuelle des contrats de maintenance (2017)

Maintenance	**Nombre de Clients**	**Valeur annuelle des contrats de maintenance (2017)**
Mono-constructeur	[700 - 900]	[8 M€ - 12 M€]
Multi-constructeurs	[1 000 – 1 300]	[50 M€ - 60 M€]
Total	[1 700 – 2 200]	[58 M€ - 72 M€]

c) Les parts de marché

Sur le marché de la vente des serveurs et des solutions de stockage

30. Le marché des systèmes de serveurs est caractérisé par la présence d'un grand nombre de concurrents internationaux bien établis. Outre HPE, les sociétés Dell, Lenovo, Oracle, Fujitsu, IBM, Bull ou encore Cisco fournissent ainsi plusieurs modèles de serveurs de types ISS ou BCS.

31. Ces acteurs se livrent une concurrence intense au niveau européen et au niveau français. En France, HPE, avec 30,4 % de part de marché, est suivi par Dell (20,5 %), IBM (14 %), G Bull (9,1 %), Lenovo (6,8 %), Cisco (4,8 %), Oracle (3 %) et un grand nombre d'autres acteurs.

32. Le marché des solutions de stockage serait particulièrement concurrentiel, les principaux acteurs actuels étant HP, Dell-EMC, Oracle, IBM, Fujitsu, Cisco, Hitachi, DDN, NetApp. Ces solutions sont par ailleurs concurrencées par tous les services de stockage de type « Cloud » etc.

Sur le marché de la maintenance dans les Datacenter

33. Le marché de la maintenance représente en France environ 2 milliards d'euros dont 1,3 milliard au titre de la maintenance d'infrastructures. Les constructeurs dominent largement ce marché avec une part d'environ 70 %. Econocom est le principal fournisseur indépendant sur ce marché avec un chiffre d'affaires de 98 millions d'euros en France comme le montre le tableau suivant :

France		
Rang	Maintenance Datacenter	2015 (M€)
1	IBM	204
2	HP	165
3	Econocom	78
4	Atos	75
5	Dell	70
6	EMC	38
7	Oracle	28
8	Axians	22
9	Unisys	22
10	NCR	20

Source: CXP Group, 2016

3. LA DURÉE DE VIE DES MATÉRIELS

34. Le besoin de maintenance dépend de la durée de vie des matériels qui peut être variable, selon leur degré de sophistication et l'usage qu'en fait le client.

35. Au cours de l'instruction, HP a indiqué que la durée d'utilisation des Serveurs ISS (x86) (qui représentaient en 2016 plus de [90-100 %] des revenus de HP liés aux serveurs) est de trois à cinq ans en moyenne. La durée d'utilisation des Serveurs BCS (Unix) par les clients est plus longue (environ dix ans en moyenne).

36. Les produits d'IBM, Power Systems et Storage Systems, ont des durées de vie relativement courtes (de l'ordre de cinq ans pour les serveurs, trois à cinq ans sur le stockage).

37. Oracle a déclaré qu'il ne connaissait pas la durée de vie du matériel mais qu'il garantissait la disponibilité des services de support pour son matériel hardware pendant cinq ans après la suppression du catalogue du serveur ou de la solution en question (ce qui arrive plusieurs années après le lancement du serveur ou de la solution de stockage en question). La durée d'utilisation du matériel hardware Oracle pourrait donc être supérieure à cinq ans.

38. Les clients évaluent majoritairement la durée de vie des serveurs RISC/EPIC comme des x86 entre 5 et 8 ans, celle des solutions de stockage étant variable selon le type de solutions, mais en général inférieure à 10 ans.

39. À titre complémentaire on peut relever que la moyenne d'âge du matériel à la sortie du parc informatique serait de 5,4 années (6,3 ans pour les serveurs Unix, 5,3 ans pour les serveurs x86, 4,5 ans pour les solutions de stockage).

4. LES CONTRATS DE MAINTENANCE OFFERTS PAR LES CONSTRUCTEURS

40. Comme indiqué plus haut, les trois constructeurs incluent des garanties lors de l'achat du matériel (3 ans pour la majorité des serveurs). IBM et HP proposent, outre la garantie du constructeur lors de l'achat, des extensions de garantie optionnelles, qui consistent à enrichir les prestations rendues pendant la garantie du constructeur. Les trois constructeurs proposent enfin des contrats de maintenance qui peuvent être souscrits, au moment de l'achat ou postérieurement, tout au long de la durée de vie du matériel.

a) Les offres d'Oracle

41. Oracle propose deux offres support hardware : « *Oracle Premier Support for Systems* » (12 % de la valeur nette du hardware acheté) et « *Oracle Premier Support for Operating Systems* » (8 % de la valeur nette de l'équipement acheté). Les deux offres sont valables un an, avec option pour le client de les renouveler. Des ajustements tarifaires sont prévus pour prendre en compte l'inflation et le surcoût associé à la maintenance d'un équipement âgé de plus de cinq ans.

b) Les offres d'IBM

42. Des contrats de maintenance peuvent être souscrits lors de l'achat du matériel et leur exécution commence alors à l'expiration de la garantie du constructeur pour la durée contractuellement prévue, qui peut s'étendre de 1 an à 5 ans. Par ailleurs, IBM a précisé proposer des contrats « *Special Bid Agreement* » dits « *SBA* » donnant accès aux clients aux mises à jour de microcodes sans maintenance associée.

c) Les offres d'HP

43. HP propose des extensions de la garantie initiale « *par incréments d'un an et jusqu'à la fin de la période de support du produit* ». Les clients peuvent aussi, au moment de l'achat du matériel, souscrire un contrat « *Packaged Support Services* » en choisissant le niveau de services le plus approprié à leurs besoins parmi les offres de support standard suivantes, qui incluent tout l'accès aux mises à jour de microcodes : « *Foundation Care* » ou « *entretien de base* », « *Pro-active Care* » (assistance, expertise technique et système réactif de résolution des problèmes) et « *Datacenter Care* » (offre la plus complète, qui comprend une assistance personnalisée).

44. Ces contrats sont conclus pour une durée comprise entre trois et cinq ans. Ils représentent la très grande majorité des contrats de supports HP souscrits au moment de l'achat du matériel. Le prix est négocié par le client au moment de la conclusion du contrat.

5. LA POLITIQUE D'ACCÈS AUX MICROCODES DES CONSTRUCTEURS

a) L'accès pour les clients

45. Pendant la période de garantie du matériel, toutes les catégories de mises à jour de microcodes sont accessibles sans restriction. Au-delà de cette période, les constructeurs proposent des services de maintenance incluant les mises à jour.

46. Une partie des clients interrogés pendant l'instruction ont mentionné qu'au-delà de la période de garantie constructeur et en l'absence de contrat de maintenance, certains constructeurs proposent le téléchargement gratuit de mises à jour de sécurité pour leur matériel.

47. De manière générale, les conditions d'accès aux mises à jour des microcodes sont inchangées depuis 2010, à l'exception de celles d'IBM. En effet, en 2012, IBM a restreint les conditions d'accès à son site internet Fix Central depuis lequel les clients téléchargent les mises à jour de microcodes.

IBM

48. Avant 2012, les mises à jour des microcodes pour les gammes Power Systems et System Storage étaient en accès libre. À partir de 2012, IMB, s'appuyant sur le fait que les microcodes relevaient de sa propriété intellectuelle, a mis fin à sa politique de gratuité totale d'accès aux mises à jour et a introduit progressivement différents tarifs.

49. Ainsi, pour accéder aux mises à jour, les clients non couverts par une garantie ou par un contrat de maintenance IBM ont la possibilité de conclure un « SBA » payant (voir paragraphe 42), permettant un accès aux seules mises à jour. Le prix des SBA dépend notamment du type, du modèle et de la configuration du matériel concerné. Les titulaires des SBA peuvent commander toutes les mises à jour disponibles pour les machines couvertes par le SBA jusqu'à quatre fois sur une période d'un an.

HP

50. Depuis 2010, l'accès aux mises à jour de microcodes a toujours été conditionné à la détention par le client de la garantie initiale, de la post-garantie ou d'une offre de maintenance HPE (anciennement dénommée « *Carepack* »). Le Contrat de Licence Utilisateur Final datant de mars 2012 précise en effet à son paragraphe (d.) : « *Aucun élément du présent Contrat ne*

vous autorise à acheter ou à bénéficier de mises à jour, mises à niveau ou de prestations de support sur le Logiciel et HP n'est en aucun cas tenu de vous fournir un tel support. Les mises à jour, mises à niveau, améliorations ou autres prestations de support sont uniquement disponibles dans le cadre de contrats d'assistance HP séparés ». HPE ne propose donc pas de vente séparée des mises à jour des microcodes. Cependant, les mises à jour portant sur la sécurité et qui sont identifiées comme critiques sont toujours libres d'accès et peuvent être téléchargées par tous les clients hors contrat de maintenance.

Oracle

51. L'activité de vente et de maintenance de serveurs d'Oracle a démarré en janvier 2010 avec l'acquisition par Oracle de Sun Microsystems.

52. Lors de l'instruction, Oracle a indiqué : « *Sous la garantie constructeur, Oracle garantit que le hardware acheté sera sans défauts matériels, tant en ce qui concerne les matériaux utilisés que le procédé de fabrication, et que l'utilisation des systèmes d'exploitation et des logiciels intégrés fournis par Oracle ne causeront pas de tels défauts. Pour les problèmes qui peuvent être résolus par un correctif au firmware, les clients couverts par la garantie peuvent télécharger le correctif via le portail My Oracle Support. De fait, les clients peuvent télécharger pendant toute la durée de la garantie du constructeur, via My Oracle Support, toutes les mises à jour au firmware qui existaient au moment de l'achat du hardware. La garantie constructeur couvre également le remplacement des pièces si le dysfonctionnement est causé par une pièce défectueuse* » (cote 3506). Les services de support permettent également de télécharger les correctifs et les mises à jour du microcode, mais les clients reçoivent en plus l'accès aux améliorations du microcode.

53. Oracle a ajouté : « *(…) les clients ne peuvent bénéficier des mises à jour du firmware et de l'assistance technique uniquement* [que] *s'ils ont un contrat de support valide (par exemple, Oracle Premier Support for Systems ou Oracle Premier Support for Operating Systems)* » (cote 4756).

b) Les contrats de réassurance entre opérateurs

54. Les constructeurs consentent à d'autres constructeurs ou à des tiers mainteneurs des contrats dits de « réassurance ». Le contrat de réassurance se définit comme « *un contrat de support souscrit par un tiers mainteneur ou un concurrent assurant des prestations de maintenance* » (cote 4977).

55. Par le biais d'un contrat de réassurance, un constructeur ou un tiers mainteneur, titulaire d'un contrat de maintenance avec un client, sous-traite au constructeur initial du matériel des prestations de maintenance, notamment les mises à jour des microcodes.

56. D'après les éléments communiqués par les parties, en 2016, plusieurs constructeurs ont souscrit des contrats de réassurance auprès d'HP, dont Econocom, lequel figure d'ailleurs parmi les principaux clients d'HP. De son côté, HP a également indiqué avoir conclu des contrats de réassurance auprès d'autres constructeurs.

6. LA PRISE EN COMPTE PAR LES CLIENTS DES CONDITIONS DE MAINTENANCE ET DE MISES À JOUR DES MICROCODES LORS DU PROCESSUS D'ACHAT.

57. Tous les clients d'Econocom interrogés (sauf Legrand qui loue son matériel) ont déclaré tenir compte du coût de la maintenance lors de l'achat de leur matériel, même s'ils n'isolent

pas spécifiquement celui des mises à jour de microcodes, cela pouvant s'expliquer par le fait que seul IBM identifie dans certains cas le coût de ces mises à jour. La majorité des constructeurs fournissent les mises à jour de microcodes dans le cadre de la maintenance du matériel, sans en isoler le prix.

58. De façon générale, les clients disent connaître les coûts de maintenance au moment de l'achat des matériels pour les premières années d'exploitation, voire pour la durée de vie des matériels.

59. Ainsi Europcar a déclaré : « *Nous achetons les matériels avec une maintenance constructeur d'une durée minimale de 3 ans (dans le cas des serveurs, nous avons une maintenance constructeur de 5 ans). Une fois que la maintenance constructeur arrive à échéance, nous passons les équipements chez un prestataire de tierce maintenance applicative (TMA) spécialisé avec un support par période de 12 mois, avec la possibilité de reconduire le contrat chaque année. La maintenance est engagée avec l'achat matériel* ». Tout en mentionnant le risque que les coûts de maintenance deviennent « *exponentiels* » à l'issue des trois premières années (période de maintenance négociée lors de l'achat) (cote 5135).

60. De même, Hachette a expliqué anticiper les dépenses de maintenance pour les serveurs Unix et les systèmes de stockage « *dès la négociation contractuelle et commerciale avec les constructeurs visant l'acquisition d'un matériel (…) les conditions et les coûts de maintenance sont définis car ils représentent une charge récurrente pour l'entreprise* » tout en précisant néanmoins que cette approche est moins systématique pour les serveurs x86 du fait d'un « *coût de la maintenance assez linéaire et pouvant être anticipé* » (cote 5090).

61. Le Crédit Agricole a déclaré que « *le coût de la maintenance hardware est connu au moment de l'achat ; les constructeurs sont interrogés et comparés sur les coûts de maintenance couverts sur la durée du contrat et au-delà, en sortie de période contractuelle* » (cote 2038).

62. Axa a indiqué acheter le matériel « *avec l'extension de garantie alignée avec la durée d'amortissement du bien. Nous définissons l'ensemble du contrat avec le constructeur au moment de l'achat du matériel pour une durée de 60 mois. Pour les années suivantes nous calculons de manière annuelle le coût de la maintenance pour l'ensemble des composants de plus de 60 mois »* (cote 2443 et suivantes).

63. La Caisse des Dépôts et des Consignations (CDC) a déclaré qu' « *à l'expiration de la garantie constructeur, les coûts de maintenance sont régis par les tarifs validés dans le cadre des réponses aux appels d'offres* » (cote 2495).

64. Décathlon a indiqué : « *Lorsque nous faisons l'acquisition du matériel, nous achetons le matériel avec 3 ans de maintenance incluse. Nous négocions les tarifs des années 4 et 5 pour le matériel faisant l'objet de l'achat. Le contrat de maintenance inclut les conditions type prix, délais d'intervention (…). Nous négocions sur le même engagement de service* » (cote 5121).

65. Natixis a déclaré : « *Pour le matériel supportant Aix (IBM Power) ou Solaris (Oracle x86 ou Sparc), nous avons un contrat de maintenance avec le constructeur de l'achat du matériel (pendant 1 an) jusqu'à la sortie du parc d'un bien. Ces contrats sont revus annuellement avec le constructeur pour la gestion des entrées/sorties. Pour le matériel supportant Linux et Windows (HP, Cisco, IBM x86), nous avons un contrat avec un tiers mainteneur dès l'achat du matériel et jusqu'à la sortie du parc. Ces contrats sont revus annuellement avec le tiers mainteneur* » (cote 5106).

66. Enfin, le PMU a expliqué qu'il « *envisage systématiquement, dès l'acquisition du matériel, de souscrire plusieurs années de maintenance, soit avec le fournisseur initial (ex : HDS), soit avec le tiers mainteneur en charge du périmètre (Econocom pour les serveurs « Unix »). Dans ce second cas, le contrat avec le tiers mainteneur prévoit le chiffrage par avance de l'intégration de certains équipements standards (conditions pré-négociées). Le niveau de service est déterminé par le PMU et conditionne naturellement le prix négocié, tant avec les constructeurs qu'avec les tiers mainteneurs.* » (cote 5156).

67. Le coût annuel de maintenance représente en général entre 5 et 15 % du coût d'acquisition du matériel primaire, lequel se chiffre en milliers voir en dizaines de milliers d'euros. La maintenance représente ainsi un poste de coût important : en retenant une hypothèse basse pour le coût annuel de maintenance (5 %) et une durée de 5 années pendant laquelle le matériel est couvert par un contrat de maintenance, celle-ci représenterait 25 % du coût d'acquisition du matériel. Les clients interrogés ont d'ailleurs indiqué que le coût de la maintenance constituait comme un critère important dans leur décision d'achat.

C. LES PRATIQUES DÉNONCÉES

1. LES PRATIQUES D'ABUS DE POSITION DOMINANTE

68. Selon Econocom, IBM, HP et Oracle mettraient en œuvre une stratégie d'éviction des tiers mainteneurs, en refusant à ces derniers ou à leurs clients qui ne sont pas titulaires d'un contrat de maintenance, ou dont la garantie constructeur est expirée, l'accès aux mises à jour de microcodes nécessaires à la maintenance du matériel, serveurs et solutions de stockage, qu'ils commercialisent. Ces constructeurs verticalement intégrés invoqueraient abusivement leurs droits de propriété intellectuelle, au support de différentes pratiques, à savoir des refus de vente explicites ou implicites, des ventes groupées particulièrement par IBM, du dénigrement de la part d'IBM et HP, et la menace de pénalités financières imposées aux clients choisissant de recourir aux tiers mainteneurs.

2. LES PRATIQUES D'ENTENTE

69. La saisine allègue également des pratiques d'entente qui relèveraient des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE, résultant de l'effet cumulatif produit par les clauses contractuelles restrictives de concurrence figurant dans les contrats de maintenance conclus entre les constructeurs et leur client ainsi que de la concertation directe entre constructeurs afin de fermer l'accès des tiers mainteneurs aux marchés concernés.

II. Discussion

70. L'article L. 464-6 du code de commerce dispose que « *lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, l'Autorité de la concurrence peut décider, après que l'auteur de la saisine et le commissaire du gouvernement ont été mis à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure* ».

A. SUR LES MARCHÉS PERTINENTS ET LES POSITIONS DOMINANTES DES CONSTRUCTEURS

71. Dans le cadre de la présente affaire, il est nécessaire, en préalable, de déterminer si les entreprises mises en cause sont susceptibles d'occuper une position dominante sur un marché pertinent donné.

72. Dans sa saisine, Econocom conclut à l'existence de trois marchés pertinents distincts :

- les marchés primaires des serveurs pour entreprises Unix (basés sur des processeurs de type RISC, EPIC) et x86, des systèmes d'exploitation de ces serveurs et des solutions de stockage sur lesquels sont présents les constructeurs visés par la saisine ;
- les marchés secondaires des mises à jour de microcodes (*firmware updates*) des serveurs et unités de stockage de chaque marque, dominés par chacun des constructeurs concernés, sur lesquels seraient mises en œuvre les pratiques ;
- le marché aval de la maintenance des serveurs et des solutions de stockage, seul marché sur lequel les constructeurs et les tiers mainteneurs sont en concurrence et où les pratiques dénoncées produiraient leurs effets.

73. Selon Econocom, chaque service de l'accès aux mises à jour des microcodes pour un matériel donné constituerait un marché pertinent distinct sur lequel le constructeur concerné serait en position de monopole, ses mises à jour étant protégées par des droits de propriété intellectuelle.

74. Ce point n'est pas contestable. En effet, il existe bien une demande pour avoir accès aux mises à jour des microcodes émanant soit des clients propriétaires de machines, soit des constructeurs et tiers mainteneurs liés à un constructeur par un contrat de réassurance, même si cette demande est diffuse et s'exprime de manière épisodique ou irrégulière en fonction des besoins. Par ailleurs, il existe une offre commerciale pour l'accès à ces services de mises à jour des microcodes dès lors que les fabricants des matériels les facturent, soit directement aux clients finals, soit à un autre constructeur ou à un tiers mainteneur par la sous-traitance.

75. Enfin, les constructeurs ont tous confirmé que le travail logiciel nécessaire à la mise à jour de leurs microcodes était un investissement intellectuel consenti pour améliorer leurs produits et qu'ils en conservaient l'entière propriété. Ils sont donc bien les seuls opérateurs à pouvoir fournir ce service et sont par conséquent en position de monopole pour l'accès aux mises à jour des microcodes de leurs propres matériels.

76. Il est donc possible de considérer que, pour chaque type de serveur ou de solution de stockage, est associé un marché pertinent de l'accès aux mises à jour des microcodes qui assurent son fonctionnement, sur lequel chaque constructeur est en position dominante.

77. Cette position dominante est la seule qui soit alléguée par le saisissant et aucune pièce du dossier ne permet d'envisager que les trois constructeurs en cause puissent être dominants sur d'autres marchés connexes, notamment celui de la maintenance du matériel informatique sur lequel est actif Econocom.

B. SUR LES PRATIQUES DÉNONCÉES

1. LES DIFFÉRENTS TYPES DE RELATIONS COMMERCIALES RELATIVES À L'ACCÈS AUX MISES À JOUR DES MICROCODES

78. Selon les éléments du dossier, la maintenance des serveurs RISC/EPIC et x86 et des solutions de stockage acquis par les clients est, dans un premier temps, assurée par les constructeurs eux-mêmes dans le cadre de la garantie, qui dure entre un et quatre ans selon le constructeur et le matériel concerné. Pendant cette période, les clients ont librement et gratuitement accès aux mises à jour des microcodes.

79. Les clients souhaitent que leurs matériels soient couverts par un contrat de maintenance tout au long de leur durée de vie, soit en moyenne 5 à 6 années et parfois sensiblement plus pour certains clients qui ne souhaitent pas investir dans les matériels les plus récents.

80. Dans un second temps, pour la période post-garantie, les clients souscrivent donc un ou plusieurs contrats de maintenance auprès d'un constructeur ou d'un tiers mainteneur. Des contrats successifs sont ainsi signés : au moment de l'achat du matériel, à l'expiration de la garantie offerte par le constructeur ou encore ultérieurement lorsque les premiers contrats de maintenance conclus arrivent à échéance.

81. Il existe différents cas de figure en fonction du client et des matériels. Ainsi, le recours à un tiers mainteneur semble plus fréquent lorsque les clients disposent d'un parc de serveurs ou de solutions de stockage de différentes marques. Un appel d'offres est alors lancé.

82. Les déclarations des différents clients d'Econocom interrogés lors de l'instruction illustrent cette présentation générale.

83. Pour le Crédit Agricole : « *pour certaines entités, la maintenance x86 est principalement réalisée par un tiers mainteneur dès l'acquisition (…) pour d'autres entités, maintenance constructeur 3 ans puis bascule en maintenance par un tiers si l'enjeu financier est intéressant. Concernant la technologie Serveurs Unix, nous prévoyons dans le cas général 3 ans de maintenance incluse avec détermination dès l'achat des montants annuels de maintenance au-delà de la troisième année (…)* » (cote 5663).

84. Pour Hachette : « *Jusqu'à 2016 (avant l'intervention du constructeur HP), la politique de maintenance Hachette Livre pour les serveurs x86 et les systèmes de stockage (entrée de gamme et moyenne gamme) était de confier à un tiers mainteneur la maintenance des matériels dès la 1ère année, en parallèle de la garantie constructeur puis de rester sous contrat avec le tiers mainteneur tout au long de la vie du Support matériel en question* » (cote 5089).

85. Pour Décathlon : « *Lorsque nous faisons l'acquisition du matériel, nous achetons le matériel avec 3 ans de maintenance inclue. Nous négocions les années 4 et 5 pour le matériel faisant l'objet de l'achat. À la fin des 3 premières années, la maintenance peut se poursuivre soit par le constructeur lui-même, soit par un tiers mainteneur spécialisé. Le choix est fait selon*

le constructeur (spécificités liées à un mainteneur) ainsi que les capacités des tiers mainteneurs à reprendre la maintenance » (cote 5121).

86. Pour Europcar : « *Nous achetons les matériels avec une maintenance constructeur d'une durée minimale de 3 ans (dans le cas des serveurs, nous avons une maintenance constructeur de 5 ans). Une fois que la maintenance du constructeur arrive à échéance, nous passons les équipements chez un prestataire de tierce maintenance applicative (TMA) spécialisé avec un support par période de 12 mois, avec la possibilité de reconduire le contrat chaque année. La maintenance est engagée avec l'achat matériel* » (cote 5135).

87. Pour Natixis : *« Pour le matériel supportant Aix (IBM Power) ou Solaris (Oracle x86 ou Sparc), nous avons un contrat de maintenance avec le constructeur de l'achat du matériel (pendant 1 an) jusqu'à la sortie du parc d'un bien. Ces contrats sont revus annuellement avec le constructeur pour la gestion des entrées/sorties. Pour le matériel supportant Linux et Windows (HP, Cisco, IBM x86), nous avons un contrat avec un tiers mainteneur dès l'achat du matériel et jusqu'à la sortie du parc. Ces contrats sont revus annuellement avec le tiers mainteneur* » (cote 5106).

88. Pour Axa : « *En général nous achetons des matériels disposant d'une période de garantie de 24 mois, en complément nous achetons une extension pour une durée de 36 mois. Dans tous les cas le but est de disposer d'une période de maintenance constructeur totale pour une durée de 60 mois. À l'issue de cette période nous travaillons généralement avec un tiers mainteneur. En aucun cas nos matériels se trouvent sans support* » (cote 5102).

89. Pour la Caisse des dépôts et consignations (CDC) : *« Pour les plateformes AIX, la maintenance des matériels est assurée par le constructeur pendant la période de garantie (entre 1 an et 3 ans selon le type de matériel), puis on passe le matériel en maintenance chez un tiers mainteneur jusqu'au dé-commissionnement du matériel. Pour les machines x86, à l'acquisition, nous achetons une extension de garantie et d'intervention sur site pour les 3 premières années. Au-delà, la maintenance est réalisée par un tiers mainteneur. Il n'y a pas d'arrêt de maintenance, le contrat étant renouvelé périodiquement. Lors de l'acquisition du matériel, nous signons un contrat d'un an, renouvelable 3 fois (soit 4 ans max). Le contrat de maintenance est global, et les machines sortant de garantie, sont ajoutées mensuellement au contrat existant. »* (cote 5098).

90. Il apparaît ainsi, au travers des déclarations des clients, qu'il existe trois principaux types de relations commerciales selon le moment où est conclu le contrat de maintenance. Ces situations sont suffisamment distinctes pour pouvoir être examinées séparément, sans qu'il soit besoin de les définir comme des segments du marché de la maintenance des matériels informatiques. Ce sont :

- la première maintenance au moment d'un achat de matériel monomarque ;
- la maintenance ultérieure d'un matériel monomarque, devenu mature ;
- et les appels d'offres « grands comptes » pour la maintenance d'un parc multimarques.

2. SUR L'ACCÈS AUX MISES À JOUR DES MICROCODES

91. Comme cela a été relevé plus haut, la seule dominance sur laquelle se fonde la saisine est le monopole que détient chaque constructeur sur le marché de l'accès au service de mise à jour de ses propres microcodes pour les clients qui n'ont pas de contrat de maintenance avec le constructeur. Il faut donc vérifier si le pouvoir de marché qui résulte de ce monopole peut

être utilisé et, le cas échéant, est effectivement utilisé par les constructeurs pour évincer les tiers mainteneurs d'une part significative du marché de la maintenance, en examinant successivement les trois situations identifiées ci-dessus dans lesquelles les clients peuvent se trouver lorsqu'ils ont éventuellement besoin d'un accès aux mises à jour des microcodes de leurs matériels.

a) En ce qui concerne la première maintenance au moment de l'achat du matériel

92. Econocom soutient que, dans cette situation de marché, les constructeurs pourraient, au moment de l'achat du matériel, commercialiser le premier contrat de maintenance qui inclut l'accès aux mises à jour des microcodes, et utiliser leur pouvoir de marché sur ces mises à jour pour évincer les tiers mainteneurs qui ne sont présents que sur le marché secondaire de la maintenance.

Rappel de la jurisprudence sur les marchés secondaires

93. Dans sa décision Pelikan/Kyocera du 22 septembre 1995, la Commission européenne a considéré que Kyocera n'occupait pas de position dominante sur le marché secondaire de la fabrication et la vente de cartouches pour ses imprimantes en raison des caractéristiques particulières du marché primaire des imprimantes. Elle a notamment estimé que les clients tenaient compte du prix des consommables au moment de l'achat, le « *coût total par page* » étant l'un des critères les plus couramment utilisés par les clients pour faire leur choix.

94. Cette grille d'analyse a été reprise dans le rejet par la Commission, le 20 mai 2009, d'une plainte des fabricants indépendants de cartouches d'imprimantes contre les fabricants d'imprimantes HP, Lexmark, Canon et Epson. Cette décision a été confirmée par le Tribunal de l'Union européenne dans un jugement du 24 novembre 2011 et par la Cour de justice de l'Union européenne dans un arrêt du 19 septembre 2013.

95. Il ressort de cette jurisprudence que toute position dominante sur le marché secondaire de la vente des consommables d'un opérateur actif sur le marché des biens primaires peut être exclue s'il est établi qu'il existe une concurrence suffisante sur le marché primaire de la vente des matériels et si les marchés primaire et secondaire sont étroitement liés aux yeux des clients au moment de leur décision d'achat – cette seconde condition supposant le respect des critères utilisés dans la décision Pelikan/Kyocera.

96. L'Autorité a appliqué cette jurisprudence dans sa décision n° 16-D-29 du 19 décembre 2016 relative à des pratiques dans le secteur de la reprographie, par laquelle elle a rejeté une plainte dirigée contre la société Xerox accusée d'abuser de sa position dominante sur le marché de la maintenance de ses propres photocopieurs pour évincer les tiers mainteneurs de ce marché.

Application au cas d'espèce

97. Il ressort des réponses des clients d'Econocom interrogés pendant l'instruction que lors de leurs achats de serveurs et de matériels de stockage ils tiennent compte des conditions financières de la première période de maintenance, notamment en raison de son coût (voir paragraphe 67) et ce d'autant que ces décisions d'achat sont prises par des professionnels expérimentés, conscients de l'importance du coût de maintenance de leur matériel. Dans cette situation, la concurrence joue entre plusieurs solutions globales (machine + maintenance initiale) entre lesquelles les clients se déterminent directement sans avoir à séquencer leur achat : d'abord le matériel puis, une fois celui-ci acquis, la mise en concurrence du constructeur et des prestataires tiers pour en assurer la maintenance.

98. Le premier critère de la jurisprudence Kyocera/Pelikan précitée est donc rempli, en l'espèce.

99. Par ailleurs, le marché des serveurs informatiques et des solutions de stockage, sur lequel opèrent de nombreux fabricants dont aucun n'est dominant, est très concurrentiel. Cette concurrence est permanente, beaucoup d'entreprises renouvelant leur parc de matériels de manière plus ou moins continue en raison des dates d'achats échelonnées de leurs différents matériels. Il est donc très peu vraisemblable qu'un constructeur puisse durablement augmenter ses tarifs de maintenance ou dégrader son service sans en subir les conséquences par une baisse de ses ventes de matériels.

100. Le second critère de la jurisprudence Kyocera/Pelikan précitée est donc également rempli.

101. En conséquence, dans cette première situation de marché dans laquelle le client souscrit un contrat de maintenance pour le matériel qu'il vient d'acheter, il n'y a pas lieu de distinguer un marché primaire de l'achat de la machine et un marché secondaire de la première période de maintenance. L'hypothèse que les constructeurs pourraient abuser de leur monopole sur le service de mises à jour des microcodes pour fausser la concurrence sur le marché de la maintenance doit donc être écartée.

b) En ce qui concerne la maintenance ultérieure d'un matériel devenu mature

102. La durée d'utilisation des solutions de stockage et des serveurs, qu'il s'agisse de serveurs RISC/EPIC ou x86, est comprise en moyenne entre cinq et huit années. En outre, la durée d'amortissement comptable pratiquée pour ces serveurs par les entreprises utilisatrices est en général de cinq ans et de trois ans pour les solutions de stockage. On peut donc envisager, après une période initiale sous garantie, éventuellement complétée par un premier contrat de maintenance, une situation de marché dans laquelle le client souscrit un nouveau contrat de maintenance pour du matériel mature qu'il ne souhaite pas remplacer.

103. De fait, plusieurs clients indiquent utiliser, dans un premier temps, la maintenance constructeur (pendant la période de garantie, éventuellement prolongée via un contrat de maintenance négocié dès l'achat du matériel), puis, dans un second temps, se tourner vers les tiers mainteneurs. Ils ne disposent alors plus automatiquement et gratuitement des mises à jour de microcodes, sauf dans les cas où le constructeur le propose en libre accès.

104. Cette situation n'est cependant pas la règle puisque certains constructeurs proposent des contrats de maintenance de longue durée. Ainsi, HP propose des contrats de support pluriannuels à l'achat du matériel (jusqu'à cinq ans, voire plus sur demande du client) et IBM propose, lors de l'achat du matériel, des contrats de maintenance « hardware » incluant toutes les mises à jour de microcodes. Plusieurs clients ont ainsi déclaré négocier, lors de l'achat du matériel, des conditions de maintenance s'étendant sur une période se rapprochant de la durée de vie projetée du matériel.

105. Mais en toute hypothèse, s'agissant des mises à jour, il faut relever que ce type de contrat de maintenance d'un matériel déjà en fonctionnement dans l'entreprise couvre une période pendant laquelle le bon fonctionnement du serveur nécessite plus rarement, voire plus du tout, des mises à jour de microcodes, car les machines et les logiciels qu'elles supportent sont stabilisés. Les mises à jour recommandées par le constructeur sont alors très rares, en dehors de celles relatives à la sécurité qui sont, dans tous les cas, assurées gratuitement.

106. Enfin, si dans sa saisine, Econocom fait état de plusieurs cas qui illustreraient, selon lui « *la forte incitation des clients à se tourner vers une maintenance OEM* » du fait des pratiques d'éviction dénoncées, il n'apporte aucun élément de nature à démontrer qu'il aurait été empêché d'offrir des prestations de maintenance à un client donné pour un matériel mature,

ou aurait perdu un client, en raison d'un refus abusif d'accès aux mises à jour des microcodes, opposé par un constructeur.

107. Certes Econocom indique que pour conserver ses clients, Silca, Dassault Aviation et Faurecia, il a été contraint de prendre en charge les frais de SBA facturés à ces derniers par IBM, mais ces exemples ne sont pas probants. Ils montrent au contraire qu'Econocom a bien eu accès, en définitive, aux mises à jour des microcodes à des conditions commerciales lui permettant d'être compétitif et de conserver ses clients. Il convient de souligner que si Econocom a perdu la maintenance des serveurs Pseries de Silca en 2014, le reste du parc a fait l'objet d'un renouvellement pour une durée ferme de 3 ans à compter du 1er janvier 2015.

108. Par ailleurs, s'agissant du contrat de T-Sytems, le document interne contenant des échanges entre deux salariés d'Econocom n'est pas probant pour établir qu'IBM aurait refusé un accès payant aux mises à jour du microcode. Or, comme cela a déjà été indiqué, la gratuité de ce service n'est pas une obligation, les constructeurs sont parfaitement fondés à facturer l'accès aux mises à jour des microcodes, dès lors que celles-ci sont des innovations logicielles conçues et financées par eux.

109. Les conditions dans lesquelles les constructeurs pourraient utiliser le pouvoir de monopole qu'ils détiennent sur l'accès aux mises à jour de leurs microcodes pour obtenir de manière abusive des contrats de maintenance de matériels matures ne sont donc pas réunies.

c) En ce qui concerne les appels d'offres « grands comptes » multimarques

110. Les entreprises d'une certaine importance ou les grandes administrations utilisent simultanément plusieurs générations de matériels à renouvellement périodique et peuvent ainsi détenir un parc de machines multimarques de maturité variable. Dans cette situation, l'entreprise passe le plus souvent un contrat de maintenance multimarque transversal, avec un prestataire unique qu'il remet en concurrence périodiquement en passant des appels d'offres, plutôt que de choisir des prestataires différents par type de matériels.

111. Selon le saisissant, cette situation serait particulièrement propice à l'utilisation par les constructeurs du pouvoir de marché résultant du monopole détenu sur l'accès aux mises à jour de leurs microcodes. En effet, les donneurs d'ordres souhaitent s'assurer que le prestataire unique qu'ils vont retenir sera en mesure, en cas de besoin, d'accéder aux mises à jour des microcodes pour toutes les machines, quelle que soit la marque. Ils demandent donc aux candidats de leur apporter des garanties, sous forme de réassurance auprès des constructeurs, qu'ils seront bien en mesure de procéder à ces mises à jour soit directement, soit par sous-traitance.

112. Certains constructeurs auraient ainsi fait obstacle à la candidature d'Econocom pour certains marchés ou auraient posé des conditions d'accès aux mises à jour des microcodes telles que sa candidature aurait été écartée par le pouvoir adjudicateur dans des conditions de concurrence faussées.

113. Toutefois le fonctionnement général du marché, le recours fréquent aux solutions techniques mises à la disposition des clients grands comptes et le manque de valeur probante des exemples de concurrence faussée présentés par Econocom ne permettent pas de confirmer l'existence de pratiques abusives.

Les solutions proposées par les constructeurs sont largement utilisées

114. Comme cela a été exposé plus haut, les contrats de mises à jour des microcodes sont passés, et éventuellement facturés, au propriétaire du serveur et non au prestataire chargé de sa maintenance puisque, à la différence d'un logiciel, un microcode est attaché à la machine

dont il constitue un élément indissociable, indispensable à son fonctionnement. En revanche, les contrats de support ou de réassurance sont passés par le constructeur directement avec le prestataire qui assure la maintenance.

115. Or, les informations fournies par les deux principaux constructeurs IBM et HP au cours de l'instruction montrent que ces deux solutions pour les mises à jour des microcodes sont largement utilisées, y compris par Econocom et ses clients.

116. Ainsi, entre 2012 et 2016, plusieurs grands clients qui utilisaient les services d'un prestataire tiers, dont Econocom, pour leurs serveurs IBM ont obtenu des mises à jour de microcodes en passant un contrat SBA : Dassault, Renault, Air Liquide, Total, Astrium, PMU, Malakoff Médéric, Caisse des dépôts, Banque de France. Le chiffre d'affaires réalisé par IBM pour ces SBA est relativement modeste au regard de la taille de ces entreprises et ne semble pas avoir été un obstacle à la conclusion de ces contrats (cote 4101).

117. De même, HP a donné, pour l'année 2016, le détail de ses facturations au titre des contrats de réassurance pour la mise à jour de ses microcodes. Six prestataires sont ainsi mentionnés, dont Econocom et deux autres tiers mainteneurs, ainsi qu'IBM en tant que prestataire de maintenance sur des parcs de serveur comprenant des machines HP. Les montants de chiffre d'affaires, détaillés pour chacun de ces prestataires, ne semblent pas non plus déraisonnables s'agissant de contrats de sous-traitance.

118. À ce stade et du point de vue de l'ensemble des prestataires potentiellement concernés, on pourrait conclure à l'absence de dysfonctionnement sur ce marché de mises à jour des microcodes, ce qui serait cohérent avec l'absence de plaintes des clients concernés.

119. Ce constat est d'autant plus important que, comme cela a été relevé au paragraphe 29 ci-dessus, la majorité des milliers de contrats de maintenance d'Econocom concerne des clients disposant d'un parc informatique multimarque et qu'en 2017, il réalisé avec ce type de contrats plus de 80 % de son chiffre d'affaires de la maintenance de matériels.

120. Toutefois, Econocom a présenté plusieurs cas d'exclusion dont il aurait été victime en raison d'un refus d'accès aux mises à jour des microcodes, qu'il convient d'examiner plus en détail.

Les exemples d'appels d'offres prétendument faussés ne sont pas probants

- Le marché lancé par la Banque de France en 2012

121. Les pièces du dossier montrent que, par courrier du 27 février 2013, la BDF a fait part à Econocom de sa décision de « *rendre cet appel d'offres sans suite pour motif d'intérêt général* ». Par conséquent, Econocom ne démontre pas qu'il aurait été écarté de ce marché en raison d'un refus abusif d'accès aux mises à jour des microcodes de la part d'IBM.

122. Cet exemple est d'autant moins pertinent que la liste des facturations de SBA produite par IBM montre que la Banque de France a acheté des services d'accès aux mises à jour des microcodes sans interruption pour les années 2013 à 2016. Il est donc difficile de soutenir que cet établissement bancaire aurait subitement perdu, en 2017, la capacité de passer un contrat avec IBM pour les années suivantes

123. Econocom soutient toutefois qu'il n'aurait pas obtenu l'accès aux mises à jour des microcodes pour le matériel Oracle en 2017. Mais le courrier du 13 septembre 2017 apporté comme élément de preuve montre qu'Econocom avait demandé à Oracle de lui faire une offre pour un « accès direct » aux microcodes, ce que ce constructeur ne propose qu'à ses clients, propriétaires des machines, les tiers mainteneurs devant utiliser le système de la sous-traitance. Il n'y a donc pas de preuve d'un refus de réassurance de la part d'Oracle.

♦ Le marché lancé par Renault en 2012

124. Econocom ne démontre pas qu'il aurait été empêché de soumissionner en raison du prétendu refus d'Oracle de lui donner un accès aux mises à jour des microcodes. Au contraire, dans un courrier du 31 octobre 2012, Econocom informait Oracle qu'il avait été pré-sélectionné avec un autre compétiteur pour l'ultime étape de l'appel d'offres et interrogeait Oracle sur des projets de partenariat.

♦ L'appel d'offres lancé par la CNAMTS en juillet 2014

125. Pour la maintenance et le support matériel et logiciel de ses équipements informatiques, Econocom soutient qu'il s'est trouvé « *dans l'impossibilité de fournir les contrats de réassurance auprès des constructeurs pour l'accès aux firmware updates* ». Cependant, il n'a fourni aucune pièce démontrant qu'il aurait adressé des demandes aux constructeurs concernés pour obtenir ces contrats, ni aucune pièce établissant les refus de ces derniers.

♦ La consultation lancée par la DGFIP en 2014

126. Il est établi qu'Econocom a été écarté de l'appel d'offres par l'administration faute d'avoir suffisamment justifié l'existence de contrats de réassurance avec les constructeurs pour la fourniture des mises à jour de microcodes. Cependant Econocom a contesté la décision de la DGFIP devant le tribunal administratif en soutenant que le ministre avait commis une erreur d'appréciation car son dossier de candidature apportait des garanties suffisantes. Il a notamment produit devant le juge la copie d'un document dénommé «*Fiche synthétique - Accords entre Econocom-Osiatis et les constructeurs*» (cote 1038), démontrant qu'il avait accès aux mises à jour des microcodes pour répondre au marché en cause, comme les autres soumissionnaires.

127. Cette défense est toutefois incompatible avec la thèse inverse, soutenue devant l'Autorité, d'un refus abusif des constructeurs de passer avec Econocom des contrats de réassurance.

128. À titre surabondant, on peut relever que c'est un tiers mainteneur et non un constructeur, la société SCC, qui s'est finalement vu attribuer le marché lancé par la DGFIP en 2014 pour la maintenance de son parc de serveurs x86. Or, pour remporter le marché, la société SCC a dû garantir à la DGFIP un accès aux mises à jour de microcodes.

129. On doit en conclure que, si les constructeurs ont contracté avec SCC pour un marché aussi important, c'est qu'ils ne poursuivaient pas une politique de restriction d'accès à leurs microcodes à l'encontre des tiers mainteneurs pour se réserver les contrats de maintenance, sauf à soutenir que leur pratique d'exclusion ne viserait qu'Econocom et pas les autres prestataires, ce qui n'est nullement démontré.

♦ Les autres marchés

130. En ce qui concerne le marché lancé par Safran en janvier 2015, qu'Econocom aurait perdu « *faute d'avoir pu justifier d'une réassurance ferme* », aucune pièce du dossier ne permet d'établir que cette situation résulterait de refus opposés par les constructeurs concernés pour l'accès aux mises à jour des microcodes.

131. Enfin, s'agissant du marché lancé par le Conseil régional des Hauts de France le 2 mars 2018, HP a répondu à la demande de réassurance d'Econocom dans le délai imparti.

3. SUR LES AUTRES PRATIQUES ABUSIVES DÉNONCÉES PAR ECONOCOM

Le ciseau tarifaire

132. Econocom allègue que, pour les serveurs Unix, IBM pratique des remises de couplage entre l'accès aux mises à jour des microcodes et la maintenance. Ces remises créeraient un effet de ciseau tarifaire qui serait à l'origine de l'éviction d'Econocom.

133. Cependant, les quelques cas cités par Econocom, dans lesquels il n'aurait pas été en mesure de répliquer aux offres d'IBM sauf à subir des pertes, ne sont pas probants car la démonstration du ciseau tarifaire se fonde sur les coûts d'Econocom et non sur ceux d'IBM, contrairement à ce qu'exige la jurisprudence applicable en la matière.

134. En outre, l'hypothèse d'un tel mécanisme est peu vraisemblable, dans la mesure où, pour la période comprise entre 2012 et 2017, en application des engagements pris devant la Commission européenne (voir paragraphe 4), IBM a été contraint de proposer aux propriétaires des machines des accès aux mises à jour des microcodes sous forme de contrats SBA à des conditions commercialement raisonnables et non discriminatoires. Or, aucune procédure de non-respect de cet engagement n'a été introduite par Econocom.

135. Même si les engagements pris par IBM ne portaient pas sur la totalité de sa gamme de matériels mais uniquement sur les serveurs *mainframe*, conformément à la plainte initiale d'Econocom, aucun élément ne permet d'envisager que ce constructeur aurait mené une double politique commerciale sur la période concernée, à savoir, l'une portant sur les mises à jour des microcodes des serveurs *mainframe*, respectueuse des engagements pris, et l'autre relative aux autres serveurs visés par la présente saisine, volontairement abusive avec des prix entrainant un ciseau tarifaire.

Le dénigrement

136. Le saisissant estime qu'IBM et HP, à travers différents courriers et brochures diffusés principalement en 2012 et 2013, mettent en œuvre des pratiques de dénigrement contraires aux articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE, en suggérant que les tiers mainteneurs ne respecteraient pas les droits de propriété intellectuelle des constructeurs et jetant ainsi le doute sur la fiabilité de leurs services.

137. Mais, selon une jurisprudence constante, le dénigrement consiste à jeter publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service bien identifié et ne saurait avoir un caractère général ou sectoriel (voir arrêt de la cour d'appel de Paris du 18 décembre 2014, Sanofi). La communication commerciale, plus ou moins agressive, des constructeurs pour faire valoir leurs atouts par rapport aux tiers mainteneurs ne peut donc être assimilée à du dénigrement. Il en va de même s'agissant des courriers non publics échangés entre un client et ses fournisseurs en concurrence pour un marché. Tout au plus, des manœuvres ou des propos excessifs dans ce type d'échanges confidentiels pourraient être qualifiés de pratiques commerciales déloyales, mais pas d'abus de position dominante, d'autant que le lien avec la position dominante détenue sur le marché des mises à jour des microcodes est fort ténu.

Conclusion

138. Au vu de ces éléments, les pratiques de ciseau tarifaire et de dénigrement évoquées par le saisissant à l'encontre des sociétés IBM et HP ne sont pas établies. Par conséquent, aucun abus de position dominante ne peut être retenu à l'encontre des trois constructeurs en cause.

C. SUR LES PRATIQUES D'ENTENTE

1. SUR L'EXISTENCE D'UNE PRATIQUE CONCERTÉE ENTRE LES CONSTRUCTEURS

139. Selon Econocom, les constructeurs se livreraient une pratique concertée consistant à refuser aux clients des TPM l'accès aux mises à jour des microcodes, ou du moins, à leur appliquer des prix excessifs ou des conditions discriminatoires. Les pratiques concertées se concrétiseraient également par un verrouillage du marché des services de maintenance des serveurs grâce à un maillage de contrats de sous-traitance croisés entre OEM.

140. Mais, dès lors qu'il n'est pas démontré que les sociétés IBM, Oracle et HP auraient mené unilatéralement une politique d'éviction à l'égard des TPM, en abusant de leur monopole sur l'accès aux mises à jour de leurs microcodes, il ne peut être soutenu qu'ils se seraient entendus pour mettre en œuvre de manière coordonnée une telle politique dans le but d'empêcher les tiers mainteneurs de fournir leurs prestations sur le marché de la maintenance des serveurs Unix et x86 et des solutions de stockage, installés dans les *Datacenters*.

2. SUR L'EXISTENCE D'UN EFFET CUMULATIF ANTICONCURRENTIEL DES ACCORDS ENTRE CONSTRUCTEURS ET UTILISATEURS

141. Econocom fait valoir que les trois constructeurs visés par sa saisine représentent plus de 50 % du marché des serveurs et que les contrats qu'ils proposent à leurs clients et/ou aux TPM contiennent des clauses dont les effets restrictifs sont similaires. Ainsi, ces clauses imposeraient des restrictions à l'accès aux mises à jour des microcodes, prévoiraient des rabais sur le prix de maintenance globale, des frais de retour à acquitter par le client qui a interrompu pendant quelque temps ses relations commerciales avec le constructeur de son matériel et enfin des pénalités dissuasives pour les cas de violation des droits de propriété intellectuelle liés notamment aux microcodes. Ces circonstances permettraient d'établir un effet cumulatif anticoncurrentiel.

142. Mais la théorie de l'effet cumulatif s'applique aux relations verticales entre entreprises et permet d'apprécier la légalité au regard du droit de la concurrence de contrats qui concernent une part limitée du marché, non pas en examinant uniquement leurs clauses mais en prenant aussi en compte l'existence d'autres contrats similaires conclus par d'autres parties sur le même marché.

143. En l'espèce, les relations commerciales dénoncées sont essentiellement des contrats d'achat ou de maintenance conclus entre chacun des constructeurs et leurs clients, qui sont alors des consommateurs finaux. Dans ces conditions, la théorie de l'effet cumulatif n'est pas applicable.

D. CONCLUSION

144. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède, qu'au vu des éléments du dossier, aucune pratique dénoncée par Econocom n'est de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché de maintenance des serveurs Unix et x86 et des solutions de stockage installés dans les *Datacenters*.

DÉCISION

Article unique : l'Autorité de la concurrence considère, sur la base des informations dont elle dispose, que les conditions d'une interdiction au titre des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ainsi que des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ne sont pas réunies. Il n'y a donc pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Frédérique Laporte, rapporteure et l'intervention de M. Nicolas Deffieux, rapporteur général adjoint, par M. Thierry Dahan, vice-président, président de séance, Mme Élisabeth Flüry-Hérard et M. Emmanuel Combe, vice-présidents.

La secrétaire de séance,	Le président de séance,
Caroline Orsel	Thierry Dahan

© Autorité de la concurrence