

Université Paris II- Panthéon Assas

Magistère juriste d'affaires- DJCE
DESS de juriste d'affaires
2005-2006

L'EVOLUTION
DE LA
NOTION D' INFRASTRUCTURE ESSENTIELLE
S'AGISSANT DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE

Mémoire d'admission par Laureen Gauriot

Sous la direction de Madame Annie Targa, Contrôleur d'Etat

« L'université Paris II- Panthéon Assas - Droit, Sciences économiques, Sciences sociales n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur. »

SOMMAIRE

Introduction.....	6
Titre Préliminaire : Le droit communautaire de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle : les prémisses d'une relation mouvementée	11
<i>Section I</i> : La reconnaissance de l'application du droit de la concurrence aux droits de propriété intellectuelle.....	11
I- L'article 30 du Traité de Rome : le fondement de l'application du droit communautaire de la concurrence aux droits de la propriété intellectuelle.....	11
II- La théorie des droits inhérents : mode d'emploi du droit de la concurrence en matière de droits de propriété intellectuelle.....	14
<i>Section II</i> : L'abus de position dominante, le droit de la propriété intellectuelle et la notion d'infrastructure essentielle : les balbutiements d'un ménage à trois controversé.....	17
I- Abus de position dominante et droits de propriété intellectuelle.....	17
II- Théorie des infrastructures essentielles et droits de propriété intellectuelle : la genèse de l'arrêt Magill.....	19
Titre I : L'arrêt « Magill », dix ans après : une évolution des critères de l'abus finalement favorable aux spécificités des droits de propriété intellectuelle.....	23
<i>Chapitre I : De « Magill » à « Microsoft » : la jurisprudence communautaire en quête d'un équilibre entre concurrence préservée et droits de propriété intellectuelle respectés.....</i>	<i>24</i>
<i>Section I</i> : L'arrêt « Magill » : le mariage forcé entre l'article 82 du Traité et les droits de propriété intellectuelle par l'entremise de la théorie des infrastructures essentielles.....	25
I- Présentation de l'arrêt « Magill ».....	25
II- L'évidente adaptation de la théorie des « facilités » essentielles au domaine du droit de la propriété intellectuelle.....	29
<i>Section II</i> : L'affaire « IMS Health » : l'ultime précision des critères de l'abus dans un sens favorable aux droits de propriété intellectuelle ?.....	38
I- La sanction d'une interprétation laxiste de la Commission : réaffirmation stricte des critères de l'abus	39
II- Analyse des critères.....	42
<i>Section III</i> : Le cas « Microsoft » : la Commission définitivement assagie ?.....	46
I- L'affaire Microsoft : une procédure double.....	46

- II- L'application des critères de l'abus par la Commission après sa décision rendue dans IMS : une interprétation toujours déviante?.....49

Chapitre II : La transposition française de la théorie des infrastructures essentielles appliquées aux droits de propriété intellectuelle : la solution communautaire largement interprétée55

Section I : Des solutions librement inspirées de la jurisprudence communautaire.....55

- I- L'application du droit de la concurrence aux droits de propriété intellectuelle : la reprise des solutions communautaires.....55
- II- Les critiques quant à l'application désordonnée de la théorie des infrastructures essentielles aux droits de propriété intellectuelle.....58

Section II : Un coup d'arrêt définitif au développement de l'application anarchique de la théorie des « facilités » essentielles au titulaire de droits de propriété intellectuelle ? L'arrêt « NMPP » du 12 juillet 2005.....64

- I- Apport principal de la jurisprudence du 12 juillet 2005 : appréciation stricte des critères de l'abus.....65
- II- Le soulagement relatif de la doctrine : apports secondaires de la décision.....68

Conclusion du titre premier.....71

Titre II : L'arrêt Magill, dix ans après : l'évolution prospective de la notion de « facilités » essentielles au regard des conséquences pratiques.....72

Chapitre I : La conséquence de l'application de la théorie des infrastructures essentielles au droit de la propriété intellectuelle : la menace du partage forcé des droits exclusifs.....73

Section I : La sanction imposée : l'obligation du titulaire de licencier les droits.....73

- I- La liberté contractuelle amoindrie par le corollaire de la théorie des infrastructures essentielles : l'obligation de concéder un accès aux droits.....73
- II- La détermination du prix d'accès : la délicate question de la rémunération du titulaire des droits.....81

Section II : La solution négociée : la technique des engagements.....87

- I- Présentation de la technique des engagements.....87
- II- Application pratique de la technique des engagements : l'exemple français.....90

Chapitre II : L'avenir de la théorie des infrastructures essentielles dans l'Union européenne au regard de l'évolution jurisprudentielle américaine : l'impact potentiel de l'arrêt Trinko93

<u>Section I</u> : L’amorce d’un déclin de la théorie des infrastructures essentielles par la Cour Suprême des Etats –Unis.....	93
I- Une remise en cause explicite de la théorie des infrastructures essentielles.....	94
II- Une conception en rupture avec la tendance européenne.....	98
 <u>Section II</u> : Les suites potentielles de l’arrêt <i>Trinko</i> dans l’Union européenne : le divorce annoncé de la propriété intellectuelle et la théorie des « facilités » essentielles ?.....	101
I- Les questions soulevées par la jurisprudence <i>Trinko</i> et la question sous-jacente de l’adéquation du remède au problème.....	101
II- Des solutions alternatives à l’application de la théorie des infrastructures essentielles au droits de propriété intellectuelle ?.....	104
 Conclusion générale.....	105
Bibliographie.....	107

« *Le public a un droit sur l'œuvre de l'auteur.* »

E. Kant, De l'illégitimité de la contrefaçon des livres, Paris, 1853.

Par cette affirmation, Kant semble vouloir dire que l'auteur, père de son œuvre, d'une création originale, n'en a finalement jamais l'exclusivité totale vis-à-vis du public. Qui est le public ? Pour notre propos, nous considérerons le public dans un sens large. Il peut s'agir en premier lieu des acquéreurs de l'œuvre, des consommateurs devrions-nous dire. Il peut s'agir en second lieu de toutes les personnes qui peuvent avoir un intérêt particulier à posséder cette œuvre ou une partie d'elle dans un but d'exploitation. Peut-on parler de concurrents ? Au premier abord, l'auteur d'une œuvre originale et personnelle, continuation de sa personne, ne peut pas avoir de concurrents au sens économique du terme. Comment en effet considérer que Picasso puisse être concurrent de Matisse ou encore que Victor Hugo soit le concurrent d'Emile Zola. Il y a donc un certain non-sens à évoquer des concurrents en matière de création artistique. Mais cette réflexion n'est valable qu'à condition de considérer les œuvres au sens noble du terme. N'existe-t-il pas en effet des catégories d'œuvres qui n'ont pas l'originalité qu'on attend d'un tableau ou d'un roman mais que le droit protège tout aussi bien ? Hors du domaine du droit d'auteur, le droit de la propriété industrielle permet de protéger l'innovation et l'investissement et non plus l'originalité. Mais le cocon du droit d'auteur protège également des œuvres (doit-on parler de produit¹ ?) qui n'ont qu'un intérêt artistique et une originalité faibles voire nuls. Pourtant ces créations bénéficient d'une protection totale du législateur, qui confère un droit exclusif sur l'œuvre.

Il s'agit d'une propriété à part entière et par conséquent d'un « *droit inviolable et sacré*² ». La propriété intellectuelle est également expressément reconnue par la Charte des droits fondamentaux³. Par essence, le droit de la propriété intellectuelle et spécialement le droit d'auteur qui sera l'objet principal de notre propos, est un droit de l'exclusivité : l'auteur a un droit exclusif sur son œuvre, sur sa divulgation, sur son exploitation. L'exploitation

¹ On constatera que la jurisprudence n'hésite pas.

² Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, article 17.

³ Charte Européenne des droits fondamentaux, article 17 (2).

d'une œuvre peut consister dans le fait d'accorder des licences de reproduction ou d'utilisation. Au nom de la liberté contractuelle, le titulaire d'un droit exclusif peut choisir avec qui il souhaite contracter et à quelles conditions. L'auteur, quel qu'il soit est semble t-il particulièrement bien protégé par le droit, peut-être en raison de « *l'image d'Epinal du droit de la propriété intellectuelle venant au secours du faible (le créatif) contre le fort (l'exploitant)*⁴ ».

L'exclusivité découlant des prérogatives de l'auteur ou du détenteur d'un droit de propriété intellectuelle le place en situation de monopole sur son œuvre. Cette situation ne posera a priori aucun problème dans le cas d'une œuvre au sens classique, mais elle risque de créer des difficultés là où l'œuvre porte sur un objet convoité par d'autres, par exemple des données nécessaires pour l'exploitation d'une activité sur un marché au sens concurrentiel. Finalement, l'auteur d'une certaine catégorie d'œuvres peut se trouver dans une logique économique et son œuvre être un produit. Et ce droit exclusif peut donc lui conférer un monopole sur une information ou une technique, autant d'éléments qui peuvent intéresser des concurrents potentiels. Il y a donc de la concurrence dans le droit de l'auteur, du moins sur le contenu protégé par le droit exclusif. Il peut être répondu à cela que le fait que des concurrents d'une entreprise souhaitent avoir accès à des éléments protégés par le droit de la propriété intellectuelle ne modifie en rien le monopole exclusif du titulaire et que de plus, la liberté contractuelle lui permet de ne pas contracter. Pour autant l'exclusivité peut amener à un blocage de la concurrence sur le marché. Le constat est donc le suivant : propriété intellectuelle et droit de la concurrence ne sont pas étrangers l'un à l'autre.

L'exclusivité apparaît donc comme le point de friction. Cette notion est difficilement compatible avec les objectifs visés par le droit de la concurrence qui sont : le maintien d'une concurrence effective sur le marché et une concurrence qui permet au consommateur de bénéficier du progrès économique, technologique dans les meilleures conditions. A l'opposé, l'exclusivité est l'essence du droit de la propriété intellectuelle mais également de la propriété traditionnelle. Mais lorsque le titulaire d'un droit exclusif se trouve en position dominante sur un marché et par son refus de concéder un droit d'accès à son droit exclusif menace d'éliminer toute concurrence sur ce marché, l'intervention du droit de la concurrence est inévitable car il s'agit d'un abus.

La notion d'infrastructure essentielle prend alors ici toute sa signification. Pour ce qui concerne notre étude, nous envisagerons en réalité la théorie des infrastructures essentielles

⁴ V-L Benabou, O. Freget, S. Lemarchand, « David contre Goliath ? », *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2005, n° 14, p.89.

qui se définit comme la situation dans laquelle une entreprise en situation de position dominante exploite ou contrôle une installation qui ne peut être recréée par des moyens raisonnables et dont l'accès est indispensable à ses concurrents pour exercer leurs activités sur le marché concerné. Une infrastructure essentielle est donc une installation (au sens large) détenue exclusivement par un opérateur et qui est absolument indispensable à l'exercice de l'activités des concurrents. Cette arme du droit de la concurrence a été forgée par les précédents jurisprudentiels, d'abord aux Etats Unis, pays d'origine de la notion.

La doctrine américaine fait remonter la première utilisation de cette notion à un arrêt de la Cour Suprême, *United States v. Terminal Railroad Ass'n*⁵ en 1912. Le droit antitrust américain considère en effet, qu'une entreprise qui exerce sur un marché un pouvoir monopolistique pour en dominer une autre par des moyens anticoncurrentiels ou qui use de pratiques prédatrice pour éliminer la concurrence et asseoir son monopole, est contrainte de contracter avec ses concurrents. La théorie des « facilités essentielles » est considérée comme une application étendue de la section 2 du Sherman Act. La jurisprudence américaine a notamment fait application de cette théorie dans les cas de refus de contracter (*refusal to deal*). Le domaine de prédilection de cette notion a longtemps été les infrastructures physiques mais elle s'applique désormais à des services, et des biens protégés par la propriété intellectuelle. La jurisprudence a affiné les conditions d'application de la théorie des infrastructures essentielles qui sont au nombre de cinq⁶. Néanmoins, cette arme du droit de la concurrence pour obliger un opérateur à entrer dans une relation contractuelle avec ses concurrents pour leur accorder un droit d'accès est vivement critiquée par la doctrine, notamment en ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle⁷.

Le droit communautaire de la concurrence n'a pas tardé à adopter ce formidable moyen de débloquent l'accès à un marché, dans le cadre de l'application de l'article 82 du Traité. Tout d'abord, la Commission y a fait expressément référence dans l'arrêt «*Sealink*».⁸

⁵ *United States v. Terminal Railroad Ass'n*, 224.US.383 (1912)

⁶ à savoir : i) il existe une installation essentielle dont l'accès est indispensable pour entrer en concurrence avec le détenteur du monopole qui la contrôle, ii) il est impossible pour l'opérateur de reproduire de manière raisonnable l'installation, iii) l'entreprise tierce se voit refuser l'accès effectif à l'installation ou se le voit accorder à des conditions déraisonnables, iv) l'installation est de nature à pouvoir être mise à disposition, v) il n'existe pas de raison technique ou commerciale de refuser l'accès. Sur ce point voir : M. Thill Tayara, C.Couadou, « Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles », *Contrats Concurrence Consommation*, mai 1999, p.5.

⁷ P.D Marquardt, M. Leddy, « The essential facilities doctrine and intellectual property rights : a response to Pitofsky, Patterson, and Hooks », *Antitrust Law Journal*, 70 , 847

⁸ Commission CE, déc. du 21 décembre 1993, n° IV/34.689, *Sea Containers c/ Stena Sealink*, JOCE L15/8, du 8 janvier 1994, point 66.

Elle a ensuite précisé sa position dans l'arrêt du même jour, « *Port de Rodby* ⁹ » en énonçant qu'une entreprise qui gère ou possède une installation essentielle, sans laquelle ses concurrents ne peuvent offrir de services à leurs clients et qui leur refuse l'accès abuse de sa position dominante et doit par conséquent fournir l'accès à ses concurrents. Néanmoins les conditions d'application de cette théorie diffèrent quelque peu en droit communautaire. Le droit français a également adopté la théorie des infrastructures essentielles.¹⁰

Nous avons pu conclure précédemment que les droits de propriété intellectuelle sont exclusifs. Au regard de la définition de la notion d'infrastructure essentielle, un droit de propriété intellectuelle peut donc porter sur un bien de ce type. La CJCE, dans un arrêt du 6 avril 1995 a appliqué la théorie des infrastructures essentielles à un droit de propriété intellectuelle posant alors des critères spécifiques pour caractériser l'abus et donc pouvoir appliquer la notion d'infrastructure essentielle au droit de la propriété intellectuelle.

Cet arrêt fondateur servira de point de départ de notre réflexion parce qu'il stigmatise les incompréhensions causées par l'utilisation de cette théorie. Il stigmatise en effet les critiques et les craintes de la doctrine relative à la propriété intellectuelle brandissant l'épouvantail de la fin du droit de la propriété intellectuelle, vidé de sa substance qui est l'exclusivité au profit de considérations économiques mettant en péril l'incitation à la création et à l'innovation. Depuis l'arrêt *Magill* en effet, la doctrine a systématiquement évoqué une soumission du droit de la propriété intellectuelle et notamment du droit d'auteur pour ce qui nous concerne au droit de la concurrence.

Mais au regard de l'importance des objectifs poursuivis par le droit de la concurrence, de l'évolution jurisprudentielle communautaire, interne, et de l'évolution du droit de la propriété intellectuelle, une vision plus nuancée ne s'impose-t-elle pas ?

Ainsi, et ce sera la problématique de notre étude, dix ans après l'arrêt *Magill*, peut-on toujours raisonnablement croire les allégations doctrinales présageant d'un anéantissement proche du droit de la propriété intellectuelle par l'intervention du droit de la concurrence ? En d'autres termes, l'évolution de l'application de la notion d'infrastructure essentielle ne semble-t-elle pas opérer un infléchissement favorable à une conciliation entre propriété intellectuelle et droit de la concurrence, grâce notamment à un contrôle rigidifié des critères de l'abus, véritable clef pour l'application de cette notion controversée ?

⁹ Commission CE, déc. du 21 décembre 1993, relative au refus d'accès au port de Rodby, JOCE L55/52, du 26 février 1994.

¹⁰ La première application par le Conseil de la Concurrence eut lieu dans la décision *Héli-Inter Assistance*, Cons.conc., Déc. n°96D51 du 3 septembre 1996 relative à des pratiques de la SA Héli Inter Assistance, BOCCRF, 8 janvier 1997, p.3.

Notre étude se propose donc de montrer qu'une position plus nuancée sur l'intervention de la notion d'infrastructures essentielles est concevable. Il conviendra dans un **titre préliminaire** de rappeler l'articulation de l'application du droit de la concurrence à la propriété intellectuelle, principes systématiquement repris par les juridictions et autorités de concurrence. Puis notre étude s'orientera vers une analyse des critères d'application de la théorie des infrastructures essentielles tels qu'il ressortent de la jurisprudence interne et communautaire (**Titre I**). Enfin, une vision prospective de la théorie des infrastructures essentielles sera envisagée au regard des conséquences engendrées par la mise en œuvre de cette notion en droit de la propriété intellectuelle et de l'évolution jurisprudentielle américaine récente (**Titre II**).

Titre Préliminaire:

Le droit communautaire de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle : les prémices d'une relation mouvementée

Si l'étude de la jurisprudence *Magill* laisse présumer de l'application du droit communautaire de la concurrence aux droits de propriété intellectuelle, régis par le droit national de chaque Etat membre, il est néanmoins utile de comprendre par quel mécanisme la Cour de Justice a pu décider de cette application (*section première*), avant de s'attacher à étudier la jurisprudence antérieure à *Magill* mais laissant déjà penser que la théorie des infrastructures essentielles trouverait matière à s'appliquer dans le droit de la propriété intellectuelle (*section seconde*).

Section I: La reconnaissance de l'application du droit de la concurrence communautaire aux droits de propriété intellectuelle

Cette reconnaissance est dans un premier temps passée par une interprétation extensive de l'article 30 du Traité (I). Cette disposition du Traité constitue donc le fondement de l'application du droit communautaire au droit de la concurrence. Quant aux modalités d'application, il convient de les rechercher dans la distinction opérée par la théorie des droits inhérents (II).

I- L'article 30 (ex-article 36) du Traité de Rome: le fondement de l'application du droit communautaire de la concurrence aux droits de propriété intellectuelle

Nous verrons en premier lieu comment l'article 30 CE a été interprété afin de s'appliquer également aux règles de la libre concurrence (A) puis ses modalités d'application (B).

A- Le champ d'application de l'article 30 du Traité

Le champ d'application original sera délimité (1) avant de voir l'extension opérée par le juge (2).

1- Le champ d'application original de l'article 30 CE

La propriété intellectuelle est un domaine du droit qui n'a pas fait l'objet d'une harmonisation au niveau communautaire. Entièrement régie par les divers systèmes juridiques internes, on s'est posé la question de son rapport avec le droit communautaire, notamment la libre circulation des marchandises dans un premier temps, puis la libre concurrence. En effet, par sa nature même, le droit de la propriété intellectuelle est un droit de l'exclusivité, un droit conférant des monopoles. Dès lors, comment articuler droits nationaux de propriété intellectuelle et principes fondamentaux du Traité ?

L'article 30 du Traité prévoit littéralement la possibilité pour les Etats membres de poser des restrictions d'importation ou d'exportation, justifiées par des raisons de sécurité publique, de moralité publique, de santé publique, ou encore de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique, ou bien de protection de la propriété industrielle et commerciale. Il convient de noter que ce texte se situe dans une partie du Traité intitulée « L'élimination des restrictions quantitatives entre les Etats membres ». Il vise donc a priori exclusivement les articles 28 et 29 du Traité qui sont relatifs à la libre circulation des marchandises. Ainsi, en application de cette disposition, les Etats membres sont autorisés à adopter des règles constitutives d'exception à la libre circulation des marchandises et ce, pour assurer la protection d'intérêts nationaux supérieurs.

Cependant, cette possibilité de dérogation n'est pas sans limite et la deuxième partie de l'article 30 prévoit que les restrictions prises par les Etats ne doivent pas constituer « ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre Etats membres. »¹¹ Ce second membre de phrase restreint donc significativement les prérogatives données aux Etats. Ainsi, un Etat ne peut pas protéger indûment le marché national sous couvert des dérogations permises par l'article 30. Selon l'image utilisée par G. Bonet, cette disposition « *autorise les Etats à adopter des mesures de légitime défense, la défense doit*

¹¹ L'article 30 (ex-article 36) du Traité de Rome dispose « Les dispositions des articles 28 et 29 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée du commerce entre les Etats membres. »

donc être exactement proportionnée au risque couru, en application du principe de proportionnalité. »¹² Si cet article ne semble s'appliquer qu'à la libre circulation des marchandises, il ne faut cependant pas s'en tenir aux apparences.

En effet, le champ d'application de l'article 30 a suscité plusieurs interrogations. Tout d'abord, se peut-il que l'article 30 puisse également constituer une dérogation aux articles 81 et 82 du Traité relatifs à la libre concurrence ? Si à première vue on peut penser que la réponse est négative au regard de la localisation de cet article dans le Traité, la jurisprudence de la Cour de Justice a néanmoins démontré le contraire.

2- L'extension jurisprudentielle

Dans un premier temps, la jurisprudence communautaire s'est refusée à reconnaître l'extension de l'application de l'article 30 du Traité, notamment dans l'arrêt *Gründig* du 13 juillet 1966.¹³ Peu après, l'arrêt *Parke-Davis*¹⁴ semble amorcer un tournant dans la position de la CJCE dans lequel elle admet que l'article 30 (ex-36) peut avoir une influence pour atténuer les règles de la libre concurrence en droit communautaire. Enfin, c'est la jurisprudence *SIRENA*¹⁵ qui viendra achever cette évolution jurisprudentielle en affirmant que l'article 30 bien qu'à l'origine réservé au domaine de la lutte contre les restrictions quantitatives aux échanges, pouvait également trouver à s'appliquer en matière de droit de la concurrence et par conséquent aux articles 81 et 82 du Traité¹⁶.

L'interprétation qui doit être faite en conséquence est la suivante : les Etats peuvent adopter des restrictions à la libre concurrence (première partie de l'article 30), sous réserve de la limite posée par la seconde partie du texte, c'est-à-dire ne pas adopter de mesures constituant des restrictions déguisées dans le commerce entre Etats membres.

En outre il convient de préciser que l'article 30 ne fait pas de distinction entre les différents droits de propriété intellectuelle. L'interprétation adoptée est donc large et englobe non seulement les « droits de propriété industrielle et commerciale » mentionnés dans le texte même de l'article, mais également l'ensemble des droits de propriété intellectuelle.

¹² G. Bonet, « Droit national de marque et application du Traité de Rome », *Jurisclasseur Europe Traité*, fascicule 1760, n°26.

¹³ CJCE, 13 juillet 1966, *Gründig*, aff. jointes 56/64 et 56/64 : Rec. p.430.

¹⁴ CJCE, 29 février 1968, *Parke Davis*, aff. 24/67, Rec. p. 82

¹⁵ CJCE, 18 février 1971, *SIRENA*, aff. 40/70 : Rec. CJCE 1971 p. 69.

¹⁶ La CJCE affirme textuellement dans l'arrêt *SIRENA* : « que l'article 36, tout en relevant du chapitre concernant les restrictions quantitatives aux échanges entre les Etats membres, s'inspire d'un principe susceptible de trouver aussi application en matière de concurrence » Attendu 5, al.2

Une fois le champ d'application de l'article 30 du Traité (re) délimité par la jurisprudence, il convient de se pencher sur les modalités d'application de ce texte.

II- La théorie des droits inhérents : mode d'emploi du droit de la concurrence en matière de droits de propriété intellectuelle

Il s'agit ici de comprendre comment l'article 30 va pouvoir s'appliquer, dans sa seconde partie, aux droits de propriété intellectuelle. Le problème est de déterminer ce qui va relever du droit interne et ce qui va relever du droit communautaire. Selon certains auteurs, on assiste à une véritable répartition des rôles entre les deux ordres juridiques. Il faut alors trouver une clef de répartition (A) qui nécessitera de distinguer entre exercice abusif et légitime. (B)

A- La théorie des droits inhérents comme clef de répartition

Plusieurs théories ont été utilisées par le droit communautaire, mais la plus significative apparaît être la théorie des droits inhérents en ce qui concerne l'application de la règle de libre concurrence en matière de propriété intellectuelle.

Ce concept est fondé sur la distinction entre l'existence des droits de propriété intellectuelle et l'exercice des droits de propriété intellectuelle. Selon cette théorie inspirée du droit allemand et américain, seules les restrictions liées à l'existence des droits de propriété intellectuelle sont tolérées par le droit communautaire de la concurrence. En revanche, les restrictions liées à l'exercice de ces droits peuvent faire l'objet d'une appréhension par le droit communautaire. Ainsi, si les Etats membres ne craignent pas l'immixtion du droit de la concurrence quant à l'existence des droits de propriété intellectuelle, ils ne seront pas à l'abri d'une intervention communautaire si ils adoptent des mesures relatives à l'exercice de ces droits susceptibles de constituer des restrictions injustifiées à la libre concurrence.

On peut constater que cette dichotomie existence/exercice est finalement relativement protectrice des droits de propriété intellectuelle en ce qu'elle laisse le champ libre aux Etats concernant l'existence de ces droits. Ainsi les titulaires de droits de propriété intellectuelle quels qu'ils soient, ne peuvent voir l'existence de leur droits exclusifs remise en cause. De

plus, l'intervention du droit communautaire concernant l'exercice de ces droits ne sera justifiée qu'en présence d'un exercice abusif.

B- La nécessaire distinction entre exercice abusif et exercice légitime

Cette distinction est fondamentale puisqu'en son absence, tout exercice d'un droit de propriété intellectuelle serait appréhendé par le droit communautaire (ou même interne) de la concurrence. La question est alors la suivante : qu'est-ce que l'exercice légitime et qu'est-ce que l'exercice abusif d'un droit de propriété intellectuelle ? En effet, si le respect de l'exercice légitime ne fait aucun doute, encore faut-il pouvoir établir une distinction entre légitimité et abus.

La CJCE a bâti cette distinction par l'utilisation des notions « *d'objet spécifique* » et de « *fonction essentielle* » des droits de propriété intellectuelle. Ce raisonnement concernait initialement le domaine de la libre circulation des marchandises. En effet, l'article 30 permettant de déroger aux règles du Traité dans la mesure où ces dérogations ne constituent pas une restriction déguisée ou une discrimination arbitraire dans le commerce entre Etats membres. Par conséquent, et pour reprendre l'idée précédemment évoquée par G. Bonet¹⁷, une mesure de droit national ne doit pas excéder le but qu'elle peut légitimement viser. D'où la nécessité d'une frontière au-delà de laquelle, c'est le droit communautaire qui reprendra ses droits sur les droits de propriété intellectuelle. Cette frontière est celle posée par les notions d'objet spécifique et de fonction essentielle.

Il convient donc de définir ces notions. La fonction essentielle peut se définir comme la finalité du droit de propriété intellectuelle. L'objet spécifique quant à lui est constitué par l'ensemble des moyens nécessaires pour atteindre cette finalité. Par conséquent, toutes les prérogatives du titulaire des droits de propriété intellectuelle ne peuvent être remises en cause par le droit de la concurrence tant qu'elles entrent dans l'objet spécifique dudit droit. A titre d'exemple, il peut être cité l'arrêt *Warner Brothers*¹⁸ dans lequel la Cour a estimé que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ne commet pas d'abus lorsqu'il se borne à utiliser l'une de ses prérogatives essentielles. Par conséquent, on peut en déduire que ce

¹⁷ G. Bonet, « Droit national de marque et application du Traité de Rome », *Jurisclasseur Europe Traité*, fascicule 1760, n°26

¹⁸ CJCE, 17 mai 1988, Warner Brothers Inc. et Metronome Video ApS contre Erik Viuff Christiansen, aff. 158/86. Rec. p. 2605.

titulaire, s'il exerçait des prérogatives au delà de ce qui est nécessaire pour protéger l'objet spécifique de son droit commettrait un abus.

Chaque droit de propriété intellectuelle a donc pu voir son objet spécifique défini par la Cour de Justice au fil de sa jurisprudence. Pour exemple, on retiendra que l'objet spécifique d'un droit d'auteur est constitué par « *la nécessité d'assurer la protection morale de l'œuvre et la rémunération de l'effort créateur* »¹⁹. En matière de brevet, ce sera « *d'assurer au titulaire, afin de récompenser l'effort créateur de l'inventeur, le droit exclusif d'utiliser une invention, en vue de la fabrication soit directement, soit par l'octroi de licence à des tiers, ainsi que le droit de s'opposer à toute contrefaçon.* »²⁰ Cette jurisprudence permet également de cerner un autre élément fondamental de la difficile relation entre libre concurrence et propriété intellectuelle, en effet, on retrouve dans ces extraits l'essence même de la propriété intellectuelle : l'idée de récompense de l'effort créateur, directement liée à l'exclusivité. Or l'exclusivité et la libre concurrence apparaissent a priori comme des notions antinomiques.

En conséquence, tout exercice par le titulaire de droits de propriété intellectuelle qui excéderait l'objet spécifique de ce droit pourrait être considéré comme abusif par le droit de la concurrence et partant, faire l'objet d'une sanction sur le fondement des règles de concurrence telles que la prohibition des ententes ou l'abus de position dominante. Ces solutions ont par ailleurs été adoptées en droit interne par le Conseil de la Concurrence.

Si cette distinction semble donc protectrice des droits de propriété intellectuelle, il convient de noter que la Cour ne s'en tient pas forcément à ce clivage objet spécifique/dépassement de l'objet spécifique. L'arrêt *Magill* en est une illustration puisque la Cour a jugé que l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle pouvait en l'espèce faire l'objet d'une sanction par le droit de la concurrence communautaire en présence de « *circonstances exceptionnelles* » le rendant contraire aux principes du Traité.

Afin d'effectuer une présentation complète des éléments entourant la genèse de l'arrêt *Magill* et la jurisprudence subséquente, il convenait de revenir sur la jurisprudence précédant l'arrêt du 6 avril 1995, et laissant apercevoir les solutions ultérieurement dégagées en matière d'abus de position dominante exclusivement.

¹⁹ CJCE, 6 avril 1995, aff. C-241/91 et C-242/91, *Magill*, Rec. 1995, p. 808

²⁰ CJCE, 31 octobre 1974, *Centrafarm BV*, aff. 15/74, Rec. p. 1147

Section II : L'abus de position dominante, le droit de la propriété intellectuelle et la notion d'infrastructures essentielles : les balbutiements d'un ménage à trois controversé

Ce second paragraphe nous permettra de réduire le spectre de notre étude. En effet, la théorie des infrastructures essentielles s'applique en principe dans le domaine de l'abus de position dominante prévu à l'article 82 (ex-article 86) du Traité. Nous verrons donc les relations entre abus de position dominante et propriété intellectuelle dans un premier temps (I) avant de nous attacher à étudier la jurisprudence présageant du développement de la théorie des « facilités » essentielles en droit communautaire relativement aux droits de propriété intellectuelle, véritable outil d'application de l'article 82 du Traité. (II)

I- Abus de position dominante et droits de propriété intellectuelle

Il est de principe de présenter l'article 82 du Traité²¹ comme une disposition ne condamnant non pas la détention d'une position dominante sur un marché, mais bien l'exploitation abusive d'une position dominante détenue sur un marché déterminé. Par conséquent le fait de détenir une position dominante ne constitue pas pour autant un abus au regard de l'article 82. En droit de la propriété intellectuelle, l'octroi de droits exclusifs par la législation nationale peut permettre à une entité de se trouver en position dominante sur un marché déterminé. Quid de l'application de l'article 82 ? La CJCE a pour la première fois été confrontée à ce problème dans l'arrêt *Parke-Davis*²² (A) qui a été suivi d'une jurisprudence confirmative (B).

A- La solution « Parke-Davis »

Confrontée à l'épineux problème de l'application du droit communautaire à un domaine non harmonisé, la Cour de Justice, dans son arrêt rendu le 29 février 1968, a adopté une position conforme aux attentes des défenseurs des droits de propriété intellectuelle. En effet, elle a tout d'abord rappelé que l'existence des droits de propriété intellectuelle est le domaine réservé des législations nationales, sous réserve des limitations posées par l'article 36 (30) dans sa seconde partie. Cette solution paraît en conformité avec la conception de

²¹ L'article 82 (ex 86) du Traité de Rome dispose « Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci.(...) »

²² CJCE, *Parke-Davis*, précité note 7.

l'article 30 précédemment exposée ainsi qu'avec la théorie des droits inhérents. La Cour a donc jugé en l'espèce que « *le seul fait d'obtenir le bénéfice d'un droit exclusif accordé par la loi, droit dont la substance consiste à pouvoir empêcher la fabrication et la vente des produits protégés par des tiers non autorisés, ne peut pas être regardé comme une méthode abusive d'élimination de la concurrence.* » Il est intéressant de noter qu'ici, c'est une application littérale de l'article 82 qui ne sanctionne que l'abus, or détenir un droit de propriété intellectuelle ne constitue pas un abus en soi, quand bien même une position dominante serait caractérisée.

Cette prise de position de la Cour vise donc à protéger la propriété intellectuelle contre la tendance qu'ont ses adversaires à considérer que l'octroi d'un droit exclusif est constitutif d'une restriction de concurrence caractérisée. La jurisprudence postérieure a repris cette solution et a précisé l'application de l'article 82 du Traité à l'exercice des droits de propriété intellectuelle, suivant toujours la dichotomie issue de la théorie des droits inhérents.

B- Le développement ultérieur de la jurisprudence de la CJCE et l'exercice des droits de propriété intellectuelle

Si l'existence d'un droit de propriété intellectuelle ne constitue pas un abus, l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle n'est également pas en lui-même constitutif d'un abus. La jurisprudence a par ailleurs précisé dans l'arrêt *Deutsche Grammophon* du 8 juin 1971²³ que le fait pour le titulaire d'un droit voisin du droit d'auteur d'exercer son droit exclusif de mettre en circulation les objets protégés ne le place pas en situation de domination sur un marché. Selon la doctrine²⁴, c'est bien l'évaluation de la part de marché correspondant au produit couvert par le droit exclusif qui va permettre de déterminer si le titulaire se trouve en situation de position dominante ainsi que la liberté d'action que cette part de marché laisse effectivement. La définition du produit joue ici un rôle déterminant puisqu'on peut le concevoir de deux façons : soit on considère que le marché du produit est celui correspondant au produit protégé par le droit d'auteur, soit le marché du produit va au delà du produit couvert par le droit d'auteur. La première hypothèse est pour le moins défavorable au titulaire des droits puisqu'il sera toujours en position dominante sur ce marché, car ce dernier est restreint au produit protégé par le droit de propriété intellectuelle.

²³ CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, aff. 78/70, Rec.p.487.

²⁴ notamment, G.Bonet, « Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence », *RJDA*, 1993, p. 173.

Par ailleurs, la Cour de justice a rappelé en partie la jurisprudence *Parke-Davis* en énonçant qu'un titulaire de droits exclusifs peut être en position dominante et ne pas être concerné par l'article 82 du Traité tant qu'il ne commet pas d'abus de domination. On se doit d'observer ici la remarquable cohérence des solutions de la Cour de Justice à propos de l'article 30 et son application à l'article 82. Cette solution a été adoptée par la Cour dans l'arrêt *Hoffman-La Roche* du 28 mai 1978²⁵ à propos d'un droit de marque mais semble s'étendre à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle.

La conclusion qui s'impose dès lors au regard de cette jurisprudence est que la détention d'un droit de propriété intellectuelle ne place pas nécessairement le titulaire dans une situation de domination sur un marché donné. De plus, quand bien même ce dernier détiendrait une position dominante sur un marché donné, il ne tomberait sous le coup de l'article 82 qu'en cas d'exploitation abusive. Logiquement la jurisprudence ultérieure a donc entrepris de définir les comportements abusifs. Pour exemple, on peut citer : l'exigence d'un prix excessif²⁶, les discriminations²⁷...

Afin d'affiner le champ d'application *ratione materiae* de notre étude, il convient de s'attarder brièvement sur les arrêts qui ont introduit la notion d'infrastructure essentielle en droit communautaire de la concurrence relativement à un refus de vente particulièrement le refus de contracter, abus caractéristique de la position dominante au sens de l'article 82 du Traité et terrain privilégié de l'application de la théorie des « facilités essentielles » .

II- Théorie des infrastructures essentielles et droits de propriété intellectuelle : genèse de l'arrêt *Magill*

Si la jurisprudence dite *Magill* et les arrêts subséquents ne sont relatifs qu'au refus de donner accès à un produit protégé par un droit de propriété intellectuelle, la genèse de ces solutions se recherche tout d'abord dans des arrêts relatifs à des refus de vente portant sur des biens matériels (A), puis dans des arrêts spécifiquement relatifs aux droits de propriété intellectuelle (B).

²⁵ CJCE, 28 mai 1978, *Hoffman-La Roche*, aff. 102/77, Rec. p. 1139.

²⁶ CJCE, *Parke-Davis*, précité note 7.

²⁷ CJCE, 2 mars 1983, *GVL*, aff. 7/82, Rec. 483 : en l'espèce il s'agissait d'un refus opposé par une entreprise de gestion de droits d'auteur de gérer les droits d'auteurs étrangers qui n'étaient pas établis sur son territoire.

A- Position dominante et refus de contracter : l'application sous-jacente de la théorie des infrastructures essentielles

C'est tout d'abord sur l'arrêt *Commercial Solvents*²⁸ que notre attention se portera. Il s'agissait en l'espèce d'un refus de fourniture de matières premières. La société Commercial Solvents avait en l'espèce décidé d'interrompre la fourniture de matières premières à l'un de ses clients dans le but de les réserver pour sa propre production de dérivés. La Cour avait alors décidé que « *le détenteur d'une position dominante sur le marché des matières premières qui, dans le but de les réserver à sa propre production de dérivés, en refuse la fourniture à un client, lui-même producteur de ces dérivés, au risque d'éliminer toute concurrence de la part de ce client, exploite sa position dominante de façon abusive au sens de l'article 86.* » Il convient ici de noter que la notion de marché dérivé, notion-clef de l'application de la théorie des infrastructures essentielles, joue ici un rôle important. Par ailleurs, la notion de refus injustifié est également sous-jacente, ainsi que l'élimination de toute concurrence sur un marché dérivé. Tous ces éléments sont parties aux conditions d'application de la théorie des « facilités » essentielles, que ce soit en droit américain ou en droit communautaire ou interne. Dès lors, il semble évident qu'en l'espèce la notion de facilité essentielle est sous-jacente dans le raisonnement de la Cour. Il convient de noter que cette jurisprudence sera régulièrement citée par les parties dans les affaires *Oscar Brönnner* ou *IMS Health*.

C'est ensuite l'arrêt *CBEM* du 3 octobre 1985 qui retiendra notre propos. Cette décision de la Cour de Justice a précisé l'arrêt précédemment évoqué. En effet, il a été indiqué que le raisonnement qui avait prévalu dans l'affaire *Commercial Solvents* était également applicable au cas d'une entreprise en position dominante sur le marché d'un service indispensable à l'activité d'une autre entreprise et ce sur un autre marché. En l'espèce, l'entreprise en position dominante sur le marché de la diffusion télévisée avait refusé, sans justification objective, la fourniture de temps d'antenne à des entreprises indépendantes, réservant par ce biais ces opérations à des entreprises de son propre groupe ; et de ce fait risquant d'éliminer toute concurrence sur le marché concerné. La Cour a ici caractérisé

²⁸ CJCE, 6 mars 1974, *Commercial Solvents c/ Commission*, aff. 6/73, Rec. p. 223

l'abus.²⁹ Selon l'avocat général Tizzano dans l'affaire *IMS Health*, ces arrêts « *peuvent laisser entrevoir une application de la théorie des infrastructures essentielles* ». ³⁰

Plus proche de « *Magill* », la jurisprudence a également laissé entrevoir un début d'application de la théorie des infrastructures essentielles dans des cas relatifs aux droits de propriété intellectuelle.

B- Position dominante et refus de contracter portant sur des biens immatériels : l'infiltration de la théorie des infrastructures essentielles dans les droits de propriété intellectuelle

Il s'agira essentiellement d'étudier la jurisprudence *Volvo*³¹ rendue par la CJCE en 1988. En l'espèce le constructeur automobile Volvo avait refusé d'accorder à des tiers une licence pour la fabrication de pièces de rechange destinées à ses véhicules. Volvo était présumé en position dominante sur le marché de pièces de rechange pour ses véhicules. La question posée à la Cour de Justice se présentait donc en ces termes : Est-il abusif pour Volvo de refuser de concéder une licence sur ses modèles de constructeur pour la fabrication de pièces de rechange ? La solution donnée par la Cour apparaît raisonnable. En effet, elle considère que la faculté de Volvo d'empêcher des tiers de fabriquer, de vendre ou d'importer, sans son consentement des produits incorporant ses modèles n'est que l'exercice de la substance même de son droit exclusif. C'est ici la notion d'objet spécifique à laquelle il est fait référence. La volonté de préserver les droits de propriété intellectuelle est ici affirmée.

Néanmoins, le droit de la concurrence n'est pas totalement exclu du raisonnement puisque la Cour ajoute que si ce refus devenait abusif, comme par exemple un refus arbitraire de livrer des pièces de rechange à des réparateurs indépendants ou la fixation d'un prix inéquitable pour ces pièces ou encore la décision de ne plus produire de pièces de rechange pour un certain modèle alors que ce modèle est encore en circulation et à la condition que ce comportement porte atteinte au commerce entre Etats membres, il serait constitutif d'un abus. Pour la CJCE, « *l'exercice d'un droit exclusif peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif* ». Toute la question est de savoir quelles sont ces

²⁹ La CJCE a jugé que « *constitue un abus de position dominante au sens de l'article 86 le fait, pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché donné de se réserver [...], et sans nécessité objective une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par une tierce entreprise dans le cadre des activités de celle-ci sur un marché voisin mais distinct, au risque d'éliminer toute concurrence de la part de cette entreprise.* »

³⁰ Conclusions de l'avocat général Antonio Tizzano présentées le 2 octobre 2003 dans l'affaire « *IMS Health* », point 46.

³¹ CJCE, 5 octobre 1988, AB Volvo c/ Erik Veng Ltd, aff. 238/87, Rec. p. 6211.

circonstances exceptionnelles qui ont été reprises dans l'arrêt *Magill*. S'agit-il des critères d'application de la théorie des « facilités » essentielles ?

La jurisprudence étudiée dans cette section préliminaire avait pour but de clarifier la relation entre droit communautaire de la concurrence et droit de propriété intellectuelle national mais également de tenter d'identifier les prémices de l'application de la théorie des infrastructures essentielles. Si la notion n'apparaît pas expressément, on peut d'ores et déjà dire que le titre suivant nous montrera que cette notion est toujours sous-jacente, rarement expressément mentionnée, malgré une utilisation manifeste de ses critères d'application.

L'exercice tendra à démontrer cette utilisation.

Titre I :
L'arrêt *Magill*, dix ans après : une évolution des critères de l'abus finalement favorable aux spécificités des droits de propriété intellectuelle

Rendue par la Cour de Justice des Communautés Européennes en 1995, la jurisprudence dite *Magill*³² paraît revêtir la forme d'un arrêt fondateur, tant pour le droit communautaire que pour le droit interne. Ayant posé les bases de l'application de l'article 82 du Traité de Rome et de la théorie des infrastructures essentielles aux droits de propriété intellectuelle en matière de refus de vente, cet arrêt fut et reste encore le sujet de controverses entre défenseurs de la libre concurrence et défenseurs des droits de propriété intellectuelle.

La problématique de ce titre premier s'oriente donc vers la volonté de rechercher le bilan de la période allant de l'arrêt *Magill* à aujourd'hui : la controverse entre propriété intellectuelle et droit de la concurrence a-t-elle encore lieu d'être ? Les critères d'application de la théorie des infrastructures essentielles aux droits de propriété intellectuelle ont-ils été assouplis dans un sens plus favorable aux droits en question ?

Il convient donc de s'interroger sur l'évolution jurisprudentielle subséquente, tant au niveau communautaire (*chapitre I*) qu'interne (*chapitre II*), ce qui permettra de définir les critères posés par les juges.

³² CJCE, 6 avril 1995, aff. C-241/91 et C-242/91, *Magill*, Rec. 1995, p. 808

Chapitre I :

De Magill à Microsoft : la jurisprudence communautaire en quête d'un équilibre entre concurrence préservée et droits de propriété intellectuelle respectés

La Cour de Justice des Communautés européennes est l'un des lieux privilégiés de l'application du droit communautaire de la concurrence. C'est cette juridiction qui donne l'exemple et l'impulsion aux juridictions internes en raison de la primauté du droit communautaire sur le droit interne. En matière d'abus de position dominante, matière qui nous intéresse particulièrement ici depuis l'arrêt *Magill* qualifié de « révolution » par certains auteurs³³, la Cour n'a eu de cesse de tenter d'affiner les critères d'application de l'article 82 du Traité aux droits de propriété intellectuelle en matière de refus de vente. Cette application s'est faite par le biais de la théorie des facilités essentielles, et ce sont les conditions d'application de cette théorie si discutée qu'il conviendra d'étudier au fil de la jurisprudence de la Cour afin de déterminer un bilan de la soumission des droits de propriété intellectuelle à la loi de la libre concurrence.

Afin de déterminer les tendances de cette évolution jurisprudentielle, une présentation chronologique permettra de détacher les subtilités ajoutées par la Cour au fil de sa jurisprudence. L'arrêt *Magill* servira de point de départ à notre réflexion (*section 1*) ; avant de nous attacher aux apports d'un arrêt tout aussi important en la matière que l'arrêt précédemment cité, la jurisprudence *IMS Health*³⁴ (*section 2*) de laquelle on peut penser qu'elle a une fois de plus tenté de réduire l'emprise du droit de la concurrence sur le droit de la propriété intellectuelle. Enfin, une attention particulière sera portée à la très actuelle « affaire » *Microsoft* qui s'est déroulée de façon parallèle à *IMS* mais qui montre un relatif assagissement de la position de la Commission dans l'application des critères issus de l'arrêt *Magill*, malgré quelques doutes non dissipés. (*section 3*).

³³ B. Edelman, « L'arrêt *Magill* : une révolution ? (à propos de l'arrêt de la CJCE du 6 avril 1995) », *Dalloz*, 1995, chron.

³⁴ CJCE, 29 avril 2004, aff. C-418/01, *IMS Health GmbH & Co OHG et NDC Health GmbH & Co KG*

Section I : L'arrêt *Magill* : le mariage forcé entre l'article 82 du Traité et les droits de propriété intellectuelle par l'entremise de la théorie des infrastructures essentielles

La Cour de Justice a rendu le 6 avril 1995 un arrêt atypique en ce qu'il apparaissait faire prévaloir le droit de la concurrence sur le droit d'auteur. Pour autant, si cette décision a été perçue comme un attentat contre la propriété intellectuelle par certains auteurs, elle a également été accueillie par une autre partie de la doctrine sinon chaleureusement du moins dans un esprit de raison, certains y voyant un arrêt d'espèce³⁵, d'autres³⁶ un arrêt de principe toujours dans la continuité de la jurisprudence de conciliation entre droit de la propriété intellectuelle et droit communautaire de la concurrence. Pour certains cependant, cette jurisprudence ne ressort pas de l'évolution de la jurisprudence relative à l'article 30 du Traité, mais se rattache directement à l'article 82 et constitue une application de la théorie des « facilités essentielles ».³⁷ Il conviendra dans un premier temps de présenter brièvement sur les faits de l'espèce ainsi que les décisions des différentes juridictions (I) afin de mieux comprendre comment la CJCE a bel et bien appliqué la théorie des « infrastructures essentielles » aux droits de propriété intellectuelle (II).

I- Présentation de l'arrêt *Magill*

Nous reviendrons sur les faits et la procédure dans un premier temps (A), puis les décisions des différentes juridictions impliquées seront brièvement rappelées (B).

A- Le refus de sociétés de télédiffusion de concéder une licence sur des droits d'auteurs : point de départ de l'affaire *Magill*

Les faits tels qu'ils ressortent de la décision de la Cour de justice seront exposés (1) ainsi que la procédure engagée par les parties (2).

³⁵ Desurmont, note sous TPICE, 10 juillet 1991, RTE, aff. T-69/89 et BBC, aff. 70/89, RIDA 1992, n° de janvier, p. 216.

³⁶ B. Edelman, « L'arrêt *Magill* : une révolution ? (à propos de l'arrêt de la CJCE du 6 avril 1995) », *Dalloz*, 1996.

³⁷ J.B. Blaise, « L'arrêt *Magill* : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des 'installations essentielles' », *Dalloz Affaires*, 1996, n°28, p. 859.

1- Les faits

Cette décision est relative à la création d'un guide télévisuel général destiné au marché Irlandais. La plupart des foyers d'Irlande et 30 à 40% des foyers d'Irlande du nord pouvaient capter les émissions de télévision diffusée par Radio Telefis Eireann (RTE), ITV et la BBC. Cependant, aucun guide général des programmes diffusés n'était disponible sur les marchés d'Irlande et d'Irlande du Nord. La situation était donc la suivante : chaque chaîne de télévision faisait publier un guide de télévision. RTE publiait elle-même son guide tandis que ITV le faisait par le biais d'une société spécialement créée pour l'occasion, ITP (Independent Television Publications Ltd). Pour les consommateurs, cette situation frisait l'absurde puisqu'ils devaient acheter trois magazines s'ils voulaient connaître l'ensemble des programmes télévisés. Les sociétés de télédiffusion revendiquaient de plus, en application des législations britanniques et irlandaises un droit d'auteur sur leurs grilles de programmes. Par ailleurs, elles diffusaient gratuitement, sur demande dans la presse quotidienne ou périodique les programmes de leurs émissions au titre d'une licence à titre gratuit, fixant les conditions de reproduction. Cependant, cette publication était limitée aux programmes quotidiens, et la veille de jours fériés, à deux jours de diffusion.

La société Magill TV Guide Ltd souhaitait quant à elle créer et diffuser un guide rassemblant toutes les chaînes. Ces faits montrent que les sociétés de télédiffusion détenaient une position dominante sur le marché des grilles de programme mais plus encore, qu'elles détenaient un monopole de fait sur l'information en raison de leur droit d'auteur sur les grilles, œuvres de l'esprit³⁸ protégées par le droit national de la propriété intellectuelle.

2- La procédure

Devant le refus opposé par la BBC, RTE et ITV en raison de la protection accordée par le droit d'auteur, la société Magill entreprit de diffuser ce nouveau guide de télévision. Les sociétés de radiodiffusion saisirent le juge irlandais qui enjoignit la suspension de la publication. En réponse, la société Magill introduisit une action devant les tribunaux irlandais. La High Court la débouta.

Cependant, le cas prit une dimension communautaire lorsque Magill introduisit une plainte devant la commission pour abus de position dominante au sens de l'article 86 (82) du Traité. La Commission constata l'infraction invoquée par la société plaignante et ordonna des

³⁸ On voit ici que c'est l'utilisation même d'un droit d'auteur pour protéger ces grilles d'information qui va poser problème. Les grilles ne sont-elles finalement pas que de l'information brute ? sur ce point, voir notre étude Titre II, chapitre I, section I.

mesures de correction de la situation, notamment l'obligation de « *fournir aux tiers sur demande et sur une base non discriminatoire [les] programmes d'émissions hebdomadaires établis à l'avance et en permettant la reproduction de ces programmes par ces parties* »³⁹ ; moyennant le paiement d'une redevance raisonnable.

Les sociétés de télédiffusion formèrent une demande de sursis à exécution contre la décision de la Commission auprès du Président de la CJCE qui fit droit à leur demande.

S'ensuivirent dès lors les décisions du TPICE et de la CJCE.

Il convient par conséquent de s'attarder sur les antagonismes des décisions rendues en l'espèce sur le fond.

B- L'opposition entre la décision de la juridiction nationale et la solution communautaire

D'une part, les juridictions irlandaises nous rappellent qu'un droit de propriété intellectuelle doit être protégé dans la limite de son objet spécifique (1). D'autre part, les juridictions communautaires tentent d'y appliquer l'article 82 (ex-86) (2).

1- La solution retenue par la High Court of Justice : l'invariable protection du droit d'auteur

Il doit être rappelé que la High Court irlandaise a entendu protéger les droits d'auteurs invoqués en l'espèce. En effet, elle énonce que ces grilles télévisées constituaient une véritable oeuvre littéraire originale au sens du Copyright Act de 1963 en tant que « *compilation* ». Pour les juges, « *les grilles de programmes[...] constituent le produit final d'un long processus de planification, préparation, d'aménagement et de révision, qui impliquent une grande activité, une vaste expérience et l'exercice d'un savoir-faire et du discernement. Elles sont une création de la BBC...* »⁴⁰.

On peut donc observer que la juridiction nationale s'en tient à une analyse classique de la propriété intellectuelle. En effet, l'oeuvre litigieuse étant protégée par le droit d'auteur, il est de l'essence même du droit des titulaires de s'opposer à une quelconque reproduction sans leur accord. La faculté de s'opposer à la reproduction d'une oeuvre est partie intégrante de l'objet spécifique du droit d'auteur. La solution classique dégagée par la jurisprudence issue de l'interprétation de l'article 30 du Traité devrait donc trouver à s'appliquer. La protection

³⁹ Commission, décision 89/205/CEE du 21 décembre 1988, relative à une procédure au titre de l'article 86 du Traité CEE.

⁴⁰ High Court Irlandaise, 26 juillet 1989, ILRM 1990, p. 534.

de l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle fait partie de son exercice légitime, donc le droit communautaire de la concurrence ne devrait pas trouver à s'appliquer.

C'est cependant la solution inverse qui a retenu l'attention de juges communautaires.

2- La solution retenue par les juridictions communautaires : l'ouverture d'une brèche dans le monopole du titulaire des droits exclusifs

C'est la Commission tout d'abord qui caractérisa l'existence d'un abus de position dominante, faisant ainsi droit à la requête de la société Magill. Elle identifia en premier lieu l'existence d'un monopole de fait sur la production et la publication des programmes. La notion de monopole de fait va trouver toute sa signification dans l'analyse de certains auteurs qui voient en l'arrêt *Magill*, une décision qui n'est pas justifiée par une logique de droit d'auteur⁴¹. En effet, il ne s'agirait non pas d'un abus du droit d'auteur mais d'un abus d'une situation de fait. Cet abus d'un monopole de fait sur l'information semble constituer un « indice » d'application de l'article 82 et particulièrement de la notion d'infrastructure essentielle. De ce monopole de fait, la Commission déduit une situation de dépendance économique des opérateurs souhaitant intervenir sur le marché des guides de télévision, ces derniers étant dans l'obligation de s'adresser aux opérateurs dominants pour pouvoir obtenir ces informations absolument nécessaires à leur activité. Pour la Commission, cette situation est « caractéristique d'une situation de position dominante ». Restait alors à identifier l'abus, qui ici consiste en un refus de fournir les informations sur les grilles de programme. La Commission reste ici dans une logique d'abus de droit d'auteur, en effet, à l'argument opposé par RTE, ITV et la BBC relatif au droit d'auteur, la Commission considère que ce dernier est utilisé comme un instrument de l'abus, « d'une manière telle qu'il sort du champ de son objet spécifique ». On voit bien la contradiction entre la solution des juges irlandais, qui protègent les grilles en tant qu'œuvre et que le titulaire de droits d'auteur a le droit au titre de l'objet spécifique de son droit de refuser la reproduction de son œuvre, de refuser de céder une licence, et la Commission qui considère que ce droit de refuser la reproduction est l'instrument de l'abus ; alors même que la CJCE a jugé que le refus de concéder une licence ne constitue pas un abus, quand bien même le titulaire se trouverait en situation de position dominante sur un marché.⁴²

⁴¹ M. Vivant, « La propriété intellectuelle entre abus de droit et droit d'auteur (A propos de l'arrêt *Magill* de la Cour de Justice) », *JCP* 1995.I.3883, n°5.2.

⁴² CJCE, 5 octobre 1988, *AB Volvo c/ Erik Veng Ltd*, aff. 238/87, Rec. p. 6211. La Cour a jugé que la faculté de Volvo d'empêcher des tiers de fabriquer, de vendre ou d'importer, sans son consentement des produits incorporant ses modèles n'est que l'exercice de la substance même de son droit exclusif. Il faut noter que dans cet arrêt la position dominante n'était que présumée. Cependant, d'autres arrêts ont affirmé qu'une position

Le Tribunal de première instance, interrogé principalement sur la notion d'abus de droit d'auteur, va réitérer la solution de la Commission, rappelant les principes de la jurisprudence *Volvo*. C'est la notion de circonstances exceptionnelles qui refait alors surface. En effet, s'il apparaît « qu'au vu des circonstances propres à chaque cas d'espèce, que les conditions et les modalités d'exercice du droit exclusif de reproduction [...] poursuivent en réalité un but manifestement contraire aux objectifs de l'article 86 du Traité »⁴³ le droit du titulaire de se réserver l'exclusivité de la reproduction de l'œuvre litigieuse ne sera plus accepté par le droit de la concurrence. Ce dernier devra alors primer sur la propriété intellectuelle. Cette solution se justifie par le fait que le droit d'auteur ne sert plus ici à protéger l'œuvre⁴⁴, mais d'autres intérêts, notamment en l'espèce le monopole des télévisions sur le marché dérivé des guides de télévision.

Cette décision semble être l'application orthodoxe de toute la jurisprudence relative à l'application de l'article 30 du Traité.

C'est cependant la décision de la Cour de Justice qui retiendra notre attention plus en détail, confirmant la décision du TPICE et de la Commission et qui nous permettra de nous pencher sur l'apport principal de la jurisprudence *Magill*, en tant qu'arrêt de principe, précurseur de l'application de la théorie des infrastructures essentielles au droit de la propriété intellectuelle.

II- L'évidente adaptation de la théorie des « facilités » essentielles au domaine du droit de la propriété intellectuelle

Si le préalable à la mise en œuvre de la notion d'infrastructures essentielles est la caractérisation d'une position dominante sur un marché, ce n'est pas ce point qui fera l'objet de ce paragraphe. En effet, la Cour procède de manière classique, identifiant le marché pertinent dans un premier temps⁴⁵ qui est celui des informations servant à confectionner des

dominante d'un titulaire de droits de propriété intellectuelle n'était pas nécessairement constitutive d'un abus. (CJCE, *Deutsche Grammophon*, précité.)

⁴³ TPICE, 10 juillet 1991, *BBC*, aff. T- 70/89, Rec. CJCE, p.843, spécialement point 57.

⁴⁴ Il est intéressant de voir sur ce point le problème des biens informationnels, qui se trouve au cœur de l'affaire *Magill* mais également *IMS Health*.

⁴⁵ Le TPICE avait identifié à titre de marché principal le marché de l'information sur les programmes télévisés et des sous-marchés relatifs à l'édition notamment celui des grilles hebdomadaires et des magazines de télévision. La position de domination des chaînes s'exprimant, grâce à leur droit d'auteur sur les sous-marchés des grilles et des magazines.

grilles de programmes de télévision⁴⁶, puis constate la position dominante sur le marché déterminé⁴⁷. La question de l'abus demeure. Est-ce l'abus du droit d'auteur que l'on tente de sanctionner en l'espèce ? Si les tenants de la protection des droits exclusifs ont certainement pensé qu'il s'agissait d'une sanction du monopole légal du droit d'auteur parce qu'il était trop gênant, on peut penser, comme une partie de la doctrine l'a fait qu'il s'agissait en réalité d'une sanction justifiée par un abus sur un monopole de fait, portant sur une information (A). D'où une application par la Cour de trois critères constituant les circonstances exceptionnelles déjà mentionnées précédemment et rejoignant les conditions d'application de la théorie des « facilités » essentielles.(B)

A- La sanction du monopole de fait sur l'information : une logique concurrentielle rattachée au refus de vente

Alors qu'a priori on pouvait penser que l'arrêt *Magill* se situait dans la ligne de développement amorcé par la conciliation entre article 30 du Traité et le droit de la propriété intellectuelle, il semble que finalement cette décision ne participe pas d'une « logique de droit d'auteur⁴⁸ » (1) mais qu'elle s'inscrive dans un dessein purement économique et concurrentiel.(2). Nous tenterons donc d'explicitier ce point de vue.

1- L'exclusion de la « jurisprudence conciliatrice »⁴⁹ ?

Par la notion de « *jurisprudence conciliatrice* », il est fait référence à la longue série d'évolutions relatives à la conciliation entre droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle, laquelle figure dans notre section préliminaire. Comme certains auteurs l'ont soutenu, *Magill* n'en constitue pas le prolongement. Pourquoi une telle position ? A l'appui de leur argument, ces derniers commencent par évoquer la position du TPICE qui a tenté dans sa démonstration de rechercher l'objet spécifique, conformément à la jurisprudence antérieure. Recherchant l'exercice abusif, le TPICE s'était prononcé en faveur d'un abus en raison de la

⁴⁶ La Cour indique au point 47 de son arrêt que les sociétés de télévision sont en situation « *de monopole de fait sur les informations servant à confectionner les grilles des programmes de télévision captés par la plupart des foyers en Irlande...* »

⁴⁷ La notion de position dominante a été définie par la CJCE dans l'arrêt *Michelin c/ Commission*, aff. 322/81, Rec. p.3461 comme « *une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs.* »

⁴⁸ M. Vivant, « La propriété intellectuelle entre abus de droit et droit d'auteur (A propos de l'arrêt *Magill* de la Cour de Justice) », *JCP* 1995.I.3883, n°5.2

⁴⁹ J.B Blaise, « L'arrêt *Magill* : un autre point de vue. Une application de la théorie des infrastructures essentielles », *Dalloz Affaires*, 1996,n° 28, p.860

portée du droit de propriété intellectuelle en question, ce dernier allant « manifestement au-delà de ce qui est indispensable à la réalisation de la fonction essentielle du droit d’auteur. »

La position dominante, pour le TPICE, était constituée par la détention du droit d’auteur. L’abus consistant dès lors en l’exercice de l’objet spécifique du droit exclusif. Par ailleurs, l’Avocat général, partant de la même logique de conciliation affirmait qu’aucune circonstance particulière ne justifiait l’atteinte à l’objet spécifique.

Solution éminemment critiquable du point de vue des défenseurs de la propriété intellectuelle et en violation flagrante de la jurisprudence antérieure de la Cour, la décision du TPICE laissait légitimement penser que le droit de la propriété intellectuelle allait être durablement soumis au droit de la concurrence.

Cependant, il peut être soutenu que la Cour, bien qu’elle affirme la décision du TPICE, se situe sur un terrain différent et peut être moins dangereux pour le droit de la propriété intellectuelle.

2- Un logique purement concurrentielle ?

On parlera de logique concurrentielle par opposition à la « *logique de droit d’auteur* » mentionnée précédemment. Cette logique économique qui domine le droit de l’abus de position dominante semble avoir été adoptée par la Cour. En effet, à la lecture de l’arrêt, on s’aperçoit que contrairement au TPICE, la Cour ne s’est pas référée à la dichotomie de l’exercice et l’existence du droit de propriété intellectuelle pour fonder sa décision. Elle se contente de rappeler le principe dégagé précédemment.⁵⁰ Elle n’a pas non plus fait référence à la jurisprudence issue de l’interprétation de l’article 30 du Traité qui s’appuie sur la théorie de la propriété intellectuelle elle-même. Le monopole ainsi évoqué par la Cour ne semble pas être le même que celui évoqué par le Tribunal. C’est le monopole de fait qui est condamné ici et non pas le monopole légal conféré par le droit d’auteur. Ainsi dans le sommaire de la décision, le premier point énonce : « *des sociétés de radiodiffusion se trouvent dans une position dominante au sens de l’article 86 du Traité, lorsque par le monopole de fait qu’elles détiennent sur les informations relatives à leurs grilles de programmes [...] elles détiennent le pouvoir de faire obstacle à l’existence d’une concurrence effective sur le marché des*

⁵⁰ à savoir : « *en l’absence d’unification communautaire ou d’un rapprochement des législations, la fixation des conditions et des modalités de protection d’un droit de propriété intellectuelle relève de la législation nationale et le droit exclusif de reproduction fait partie des prérogatives de l’auteur, en sorte qu’un refus de licence, alors même qu’il serait le fait d’une entreprise en situation de position dominante, ne saurait constituer en lui-même un abus de celle-ci. Néanmoins, l’exercice du droit exclusif par le titulaire, peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif...* » Principe notamment rappelé dans le sommaire de la décision de la CJCE.

hebdomadaires de télévision... ». La position dominante n'est pas caractérisée par la Cour au regard du droit d'auteur mais bien au regard de la conséquence du droit d'auteur : le monopole de fait sur l'information contenue dans les grilles.

Cependant, on peut se demander si la position de la Cour exclut totalement la distinction existence/exercice. La référence dans les motifs paraît dire le contraire. Ne pourrait-on pas penser que la Cour a adopté une solution certes fondée sur le refus de vente et le droit de la concurrence, sans chercher à se servir de la jurisprudence antérieure dans ses motifs, mais tout de même teintée de l'empreinte de décisions telles que l'arrêt *Volvo* ? Par ailleurs, cette conception de la Cour pourrait finalement être moins nocive pour les droits de propriété intellectuelle que l'approche du Tribunal, qui par sa décision s'attaquait au cœur de la propriété intellectuelle, alors que l'approche de la Cour n'a pas cherché à éroder le monopole du droit d'auteur mais seulement ses conséquences.

Cette position permet à la doctrine⁵¹ de dire qu'il s'agit ici de la logique dominant la jurisprudence relative aux « facilités essentielles », ce que nous approuvons.

B- Les critères de l'abus : les « circonstances exceptionnelles » enfin précisées

La CJCE a « découvert » trois critères d'application de la théorie des installations essentielles dans l'arrêt *Magill*. Nous étudierons donc ces critères tels qu'ils ressortent de l'arrêt *Magill* (1) puis leur évolution immédiate du fait de la jurisprudence suivante (2). Ainsi nous tenterons de voir si ces critères sont aussi dangereux que la doctrine rattachée au droit de la propriété intellectuelle a pu le penser.

1- Des critères en accord avec la jurisprudence antérieure relative aux infrastructures essentielles

La jurisprudence *Magill* n'est pas la première utilisation de cette théorie en droit communautaire, cependant, c'est la toute première transposition des solutions dégagées en matière d'infrastructures « physiques » au droit de la propriété intellectuelle.

D'une manière générale, la théorie des infrastructures essentielles s'est le plus souvent appliquée à des biens corporels, tel un port par exemple. Néanmoins dans plusieurs décisions, ce sont des services qui ont été qualifiés d'infrastructure essentielle, comme par exemple dans l'arrêt *CBEM*. Il est classiquement énoncé par les auteurs⁵² que les conditions d'application de la théorie des infrastructures essentielles sont, d'une part à titre de condition préliminaire, la

⁵¹ notamment J.B Blaise, article précité, note 39.

⁵² Par exemple, M.Malaurie-Vignal, L'abus de position dominante, *LGDJ*, coll. Systèmes,éd. 2003,p.146

détention d'une position dominante, puis, la détention d'une facilité « essentielle » définie conformément à la jurisprudence comme une ressource dont il n'existe aucun substitut réel ou potentiel, c'est-à-dire des équipements ou éléments indispensables à l'activité d'une tierce personne sans laquelle elle ne peut satisfaire sa clientèle. Il doit par ailleurs exister une impossibilité de reproduire de manière raisonnable l'installation essentielle. Le refus ne doit pas être justifié par des raisons objectives. Enfin, la condition d'affectation du commerce entre Etats membres doit être caractérisée. Si ces conditions sont réunies, l'opérateur détenant la facilité essentielle et abusant de sa situation de domination devra céder un droit d'accès à ses concurrents.

Dans l'arrêt *Magill*, il ressort de la décision de la Cour que l'application de la théorie des infrastructures essentielles trouvera à s'appliquer lorsque des « circonstances exceptionnelles » seront réunies. Si l'arrêt *Volvo* avait déjà émis cette idée, la Cour n'avait pas précisé ces circonstances. Elles sont au nombre de trois désormais.

a- L'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle de la part des consommateurs

En l'espèce, le refus des sociétés de télédiffusion de donner accès à leurs grilles de programme, empêchait la société *Magill* de pouvoir commercialiser un guide général des programmes, n'ayant aucun équivalent sur le marché. En effet, l'information contenue dans ces grilles constituait en quelque sorte la « matière première » du produit imaginé par la société *Magill*. Dès lors, au titre des circonstances exceptionnelles découvertes par la Cour pour l'application de la théorie des infrastructures essentielles au droit de la propriété intellectuelle, l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle ou réelle des consommateurs doit être caractérisé. C'était le cas en l'espèce.

De plus, l'obstacle est d'autant plus grand qu'il a été précisé qu'il ne doit pas y avoir d'alternative économiquement viable à l'infrastructure, à titre d'exemple, on peut imaginer qu'en l'espèce la seule alternative pour *Magill* aurait pu être de racheter les sociétés de télédiffusion afin de disposer des droits de propriété intellectuelle sur les grilles de programmes. Ce qui bien sûr est difficilement réalisable. Pour l'avocat Général Gulman dans ses conclusions, il peut être légitime d'utiliser le droit d'auteur pour empêcher la venue sur le marché d'un produit fabriqué à l'aide des œuvres protégées par le droit d'auteur, et ce, même s'il s'agit d'un produit nouveau ou meilleur. La Cour s'est prononcée différemment, dans l'intérêt des consommateurs et de la propriété intellectuelle. En effet, cette proposition de

l'avocat général aboutirait à réduire l'incitation à l'innovation plus fortement qu'une licence obligatoire.

Certains auteurs ont pu penser que la condition de produit nouveau n'était pas indispensable à l'application de la théorie des facilités essentielles. En effet, pour certains, il a pu s'agir « d'un argument supplémentaire de la Cour, qui établit l'existence d'un abus et montre que le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit »⁵³.

Un regard rétrospectif sur la jurisprudence montrera qu'il s'agit là d'une méprise, car les arrêts ultérieurs ont clairement affirmé la condition relative au produit nouveau et notamment l'arrêt *IMS*.

La condition de produit nouveau présente également un autre aspect, celui du marché pertinent.

b- L'absence de justification objective au refus d'accès

En second lieu, la Cour énonce que l'entreprise en position dominante doit avoir refusé l'accès sans avoir par ailleurs émis de justification objective⁵⁴. Si certains auteurs⁵⁵ ont considéré que cette condition était la moins problématique, ce jugement était peut être un peu trop hâtif. Depuis néanmoins, une partie de la doctrine⁵⁶ a pris la mesure des problèmes pouvant être posés par cette condition, ou du moins des critiques qu'on peut lui opposer. En effet, il semble d'une part difficile de différencier considérations objectives et subjectives car ces notions sont de même nature et seule une différence de degré les sépare.

D'autre part, cette condition ne devrait pas être une des circonstances exceptionnelles mais devrait être une sorte de fait justificatif, analysé après la caractérisation d'un abus. Dans l'arrêt *Magill*, aucune justification n'avait été évoquée si ce n'est celle de la protection du droit du titulaire d'accorder ou non une licence pour la reproduction de son œuvre. Ce qui ne constitue pas une raison justificative objective.

Enfin, on peut se demander tout simplement quelles peuvent être ces justifications objectives : intérêt personnel, intérêt du consommateur, ordre public ? La jurisprudence américaine, dans l'élaboration des critères d'application de la théorie des infrastructures essentielles mentionne des raisons techniques ou commerciales.

⁵³ J.B Blaise, précité.

⁵⁴ « ce refus n'était justifié ni par l'activité de radiodiffusion télévisuelle, ni par celle d'édition de magazines de télévision », CJCE, point 55.

⁵⁵ T. Skinner, « *Magill* : consumer interests prevail », *European Business Law Review*, avril 1995, p. 90: "Of the three set of circumstances, the second need detain us least."

⁵⁶ F. Sardain, « L'arrêt *IMS Health* : une (r)évolution ? », *Dalloz*, sept. 2004, n°32, p. 2366.

c- L'élimination de toute concurrence sur le marché dérivé

Enfin, troisième et dernière condition évoquée par la CJCE dans l'arrêt *Magill* : le fait pour les opérateurs en position dominante sur un marché d'empêcher l'accès et donc toute concurrence sur un marché dérivé. Le fait que les sociétés ITP et RTE détenaient un monopole de fait sur les informations nécessaires à la confection des programmes télévisés empêchait *Magill* d'accéder au sous-marché des magazines télévisés, ce qui laissait les sociétés de télédiffusion sans aucune concurrence sur ce marché dérivé. Le TPICE avait distingué le marché principal des grilles et le marché dérivé des magazines, or se réserver l'exclusivité sur les grilles conduisait à exclure toute concurrence sur le marché des magazines. La jurisprudence relative à l'article 82 du Traité a depuis longtemps considéré que le fait de se réserver un marché dérivé constitue un abus au sens de l'article 82, c'était le cas notamment dans la jurisprudence dite « *Commercial Solvents* ». D'après certains auteurs, pour apprécier l'exclusion de toute concurrence sur le marché dérivé, il serait nécessaire de prendre en compte la notion de « concurrence » au sens communautaire, à savoir la concurrence efficace et non pas parfaite. Cette conception impliquerait donc que l'entreprise en position dominante fournisse « le bien essentiel à une ou plusieurs entreprises capables de restaurer une concurrence efficace »⁵⁷ car l'article 82 ne crée pas une obligation de livrer à toutes les entreprises qui en feraient la demande, à des conditions égales.

La question du marché sera particulièrement étudiée dans la jurisprudence ayant succédé à l'arrêt *Magill*.

2- Des critères confirmés et clarifiés par la jurisprudence postérieure

Il s'agit précisément de deux affaires proches de l'affaire *Magill* sur le plan chronologique, mais pas forcément relatives à des droits de propriété intellectuelle. Cette jurisprudence a permis de confirmer *Magill* mais également d'apporter des clarifications. L'arrêt du TPICE dit *Tiercé Ladbroke*⁵⁸ tout d'abord (a), puis la plus significative affaire *Oscar Brönnner*⁵⁹ (b) seront analysés. Ces deux arrêts ont particulièrement insisté sur le caractère indispensable de l'infrastructure litigieuse.

⁵⁷ J.B Blaise, précité.

⁵⁸ TPICE, 12 juin 1997, SA *Tiercé Ladbroke*, aff. T-504/93, Rec II p. 923

⁵⁹ CJCE, 26 novembre 1998, aff. C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co KG c/ Mediaprint Zeitungs*, précité.

a- L'affaire Tiercé Ladbroke : Précision du caractère indispensable de la « facilité »

En l'espèce, la société de paris hippiques Ladbroke avait demandé à une société allemande (DSV) le droit de retransmettre en Belgique les sons et les images français des courses de chevaux. DSV refusa en raison du contrat la liant au PMI, société ayant pour objet de valoriser hors de France les images et sons des courses hippiques françaises. La société Ladbroke s'adressa ensuite au PMU qui lui refusa également l'accès. Cette dernière saisit donc la Commission en invoquant entre autres, un abus de position dominante collective. A l'appui de sa demande, Ladbroke invoquait la jurisprudence *Magill*. En effet, selon cette dernière le refus des sociétés était injustifié et faisait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau sur le marché.

Dans sa décision, la Commission ne se prononça pas en faveur des prétentions de Ladbroke. Elle releva qu'outre le fait que la requérante n'avait pas établi l'existence d'une position dominante collective, elle ne pouvait non plus se prévaloir de la jurisprudence *Magill* au motif que les circonstances étaient différentes en l'espèce. Le point important se situe tout d'abord au niveau de la condition d'obstacle à un produit nouveau. La Commission relève, qu'en l'espèce, « *la diffusion des sons et images des courses hippiques n'aurait pas constitué un service vraiment différent de celui qui existait déjà, à savoir la prise de paris* »⁶⁰.

Pour le TPI, il convient d'une part de souligner que la requérante ne se trouvait pas dans l'impossibilité d'entrer sur le marché sur lequel elle veut exploiter son activité, à savoir la prise de paris ; marché sur lequel elle se trouvait en situation de position dominante. D'autre part, le TPICE relève que le refus ne pourrait relever de l'article 86 que s'il concernait un produit ou service « *qui se présente soit comme essentiel pour l'exercice de l'activité en cause, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel, soit comme un produit nouveau dont l'apparition serait entravée malgré une demande potentielle spécifique constante et régulière de la part des consommateurs* ».

On peut s'interroger sur cette solution du TPICE, en effet, il semble s'agir d'un critère alternatif alors que dans l'affaire *Magill*, ces conditions étaient a priori cumulatives. Doit-on craindre un relâchement des critères ? Certes cette solution du TPICE fait craindre un brèche plus grande dans la soumission du droit de la propriété intellectuelle, mais cette position sera clarifiée par la suite. Il reste que l'apport de cet arrêt est tout de même venu tenter de

⁶⁰ TPICE, 12 juin 1997, SA Tiercé Ladbroke, aff. T-504/93, Rec II p. 923, spécialement point 22.

confirmer l'arrêt *Magill*⁶¹, mais également apporter un éclairage sur la notion de « produit essentiel pour l'activité. »

Plus significatif dans notre démarche d'analyse de l'évolution des critères posés par *Magill*, l'arrêt *Oscar Bronner* mérite de retenir notre attention.

b- « Oscar Bronner » : l'éclatante application d'une conception stricte de la théorie des « facilités essentielles », la cohérence avec *Magill*

Dans cette affaire, il s'agissait d'un éditeur de presse qui invoquait à l'encontre de Médiaprint, un abus de position dominante en ce qu'elle refusait de lui céder l'accès à son système de portage de journaux à domicile. Si cette jurisprudence n'est pas relative à un droit de propriété intellectuelle, elle n'en demeure pas moins un arrêt clarificateur dans l'application de la théorie des infrastructures essentielles. La Cour a précisé que le refus de l'opérateur en situation de position dominante ne constitue pas une violation de l'article 82 du Traité si celui-ci n'est pas de nature à *éliminer* toute concurrence sur le marché en cause. Ainsi, il doit être réellement impossible ou déraisonnable pour le concurrent potentiel de créer sa propre infrastructure. Il ne doit exister « aucune alternative viable pour les concurrents, que le coût de reproduction soit prohibitif ou encore qu'elle exige des délais déraisonnables ⁶² ». En l'espèce, Oscar Bronner avait la possibilité de reproduire un système de portage à domicile, sans subir des délais déraisonnables ou un coût impossible à supporter. La Cour a précisé qu'il ne suffit pas que la reproduction de la structure présente un coût plus élevé pour le concurrent, il faut que la reproduction ne soit pas possible. Ainsi, elle a indiqué en l'espèce qu'il ne suffisait pas de faire valoir que l'opération ne serait pas économiquement rentable compte tenu du faible tirage du journal à distribuer.⁶³ Sur le caractère indispensable du produit, la doctrine a considéré que l'arrêt *Oscar Bronner* restait une référence.⁶⁴

De plus, on peut noter que la Cour s'est attachée à indiquer que les conditions de l'arrêt *Magill* sont cumulatives, ce qui vient préciser la jurisprudence *Tiercé Ladbroke* qui semblait flottante sur ce point.⁶⁵

⁶¹ A. Gendreau et D. Redon, « Droit de la concurrence et droit d'auteur, entre conflit, coexistence et conciliation » (note sous *IMS Health*), *RJDA*, avril 2004, p. 1151.

⁶² D. Brault, « Politique et pratique du droit de la concurrence en France », *LGDJ*, éd. 2004, p.36, point 39.

⁶³ L'éditeur devait démontrer l'impossibilité de créer seul ou avec d'autres, un système alternatif de portage pour un volume de distribution comparable à celui du système existant.

⁶⁴ L. Idot, « Abus de position dominante : du nouveau sur la conciliation entre concurrence et droit de propriété intellectuelle », *Europe*, juin 2004, n°6, comm. 124.

⁶⁵ CJCE, *Oscar Bronner*, précité, point 41 : La Cour indique que pour « que l'arrêt *Magill* puisse être utilement invoqué pour conclure à l'existence d'un abus ... [il faudrait], non seulement que le refus du service [...] soit de

Cette jurisprudence insiste donc sur le fait que le demandeur d'accès ne doit pas avoir d'autre choix possible que celui de demander un droit d'accès, ce qui semble en harmonie avec l'essence même de la notion d'infrastructure essentielle. De fait, cette solution apparaît plutôt raisonnable, laissant subsister l'intérêt des opérateurs pour l'innovation et la recherche, et évitant le risque de découragement de ces derniers face à une théorie des facilités essentielles qui deviendrait un « *droit à la paresse* ⁶⁶ ».

Section II : L'affaire *IMS Health* : l'ultime précision des critères de l'abus dans un sens favorable aux droits de propriété intellectuelle ?

L'arrêt *IMS Health* rendu par la Cour de Justice le 29 avril 2004 marque la fin d'une « saga »⁶⁷ judiciaire tumultueuse dont le dénouement était aussi bien attendu par la doctrine du droit de la propriété intellectuelle que par celle du droit de la concurrence.

En l'espèce, *IMS Health*, entreprise américaine établie en Allemagne avait développé une structure de restitution des données pharmaceutiques collectées auprès des officines à destination des laboratoires. Cette structure traduisant divers facteurs nécessaires aux laboratoires, avait été élaborée en étroite collaboration avec les clients de *IMS*, de sorte que cette structure correspondait parfaitement à leurs attentes et était devenue une sorte de standard sur le marché. Deux entreprises concurrentes demandèrent à *IMS*, titulaire d'un droit d'auteur sur ces structures à 1860 modules, de leur concéder une licence sur cette structure. La société refusa. Les concurrentes saisirent alors la Commission estimant que le refus d'*IMS* constituait un abus de domination au sens de l'article 82 CE. qui fit droit à leur demande, ordonnant à *IMS Health* de concéder une licence obligatoire. Cette décision de la Commission⁶⁸ fut par la suite suspendue par le Président du TPICE. Dans le même temps, *IMS* avait engagé une procédure devant le juge national allemand. Le *Landgericht Frankfurt am Main* posa alors trois questions préjudicielles à la CJCE, qui répondit le 29 avril 2004.

La décision de la CJCE sera étudiée sous deux aspects, d'une part elle révèle un retour à une conception stricte de l'abus en cas de refus de vente (I), d'autre part elle précise une fois de

nature à éliminer toute concurrence sur le marché des quotidiens de la part du demandeur du service et ne puisse être objectivement justifié, mais également que le service en lui-même soit indispensable à l'exercice de l'activité de celui-ci, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel audit système de portage à domicile. »

⁶⁶ L. Richer, « Essential Facilities VF : le droit à la paresse ? », D. 1999, chr. p.523 et s.

⁶⁷ V-L Bénabou, commentaire sous CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health*, Propriétés Intellectuelles, juillet 2004, n° 12, p. 821.

⁶⁸ Décision de la Commission du 3 juillet 2001, 2002/165/CE, relative à la procédure d'application de l'article 82/CE, aff. COMP D3/38.044.

plus (et définitivement ?) les critères d'application de la théorie des infrastructures essentielles qu'il conviendra d'analyser (II).

I- La sanction d'une interprétation laxiste de la Commission : réaffirmation stricte des critères de l'abus

Il conviendra de revenir brièvement sur la position adoptée par la Commission et fortement critiquée (A) avant de voir la position adoptée par la Cour (B).

A- La position laxiste de la Commission : un réel risque d'atteinte au droit de la propriété intellectuelle

En l'espèce, la Commission avait été saisie par NDC afin de faire constater un abus de position dominante de la part d'IMS Health. Le raisonnement de la Commission avait été pour le moins audacieux voire même hautement dangereux. En effet, IMS avait été contraint d'accorder une licence. Au regard des faits de l'espèce, un droit d'auteur étant en jeu, ce sont les circonstances exceptionnelles de l'arrêt *Magill* qui auraient dû être appliquées par la Commission, afin de déterminer si les sociétés concurrentes étaient fondées à demander un droit d'accès en vertu de l'application de la théorie des infrastructures essentielles. Or la Commission adopta un point de vue sensiblement différent, ignorant allègrement les conditions de l'arrêt *Magill*.

Tout d'abord, elle entreprit de déterminer le caractère indispensable de la « facilité » en cause, à savoir les modules. Ce caractère indispensable pour l'activité des concurrentes fut confirmé. IMS avait toutefois tenté d'arguer de la position de la jurisprudence antérieure, justifiant ainsi son droit de refuser de concéder une licence. La Commission, pour toute réponse indiqua qu'il suffisait en l'espèce, pour constater la violation de l'article 82 du Traité que : la structure soit un élément essentiel pour permettre aux entreprises de livrer concurrence sur le marché des données pharmaceutiques, qu'il existait bien une différence entre la structure en cause et le produit (services de fourniture de données sur les ventes régionales), que considérant les circonstances exceptionnelles de l'espèce, il n'était pas possible pour les concurrentes de dupliquer cette structure modulaire sans enfreindre le droit d'auteur. Par ailleurs, elle indiquait que la condition relative à l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, pourtant confirmée par les jurisprudences *Bronner* et *Ladbroke* n'était pas une condition de l'abus. Pour la majorité des auteurs, cette décision apparaît « *délirante* » et « *surréaliste* » du point de vue de la propriété intellectuelle. En effet, l'auteur est forcé de

partager l'exclusivité de son droit, essence même de ce droit avec ses concurrents directs, puisque NDC ne va a priori pas exercer sur un marché distinct de celui d'IMS. « *Le droit d'auteur est alors vidé de sa substance* »⁶⁹.

Ainsi, les conditions de l'arrêt *Magill*, rempart contre une utilisation abusive de la théorie des facilités essentielles dans le droit de la propriété intellectuelle étaient mise à mal. Pour la doctrine « *le Rubicon du droit exclusif, que d'aucuns pensaient encore pouvoir être préservé, malgré Magill, avait été allégrement franchi par la Commission*⁷⁰ ». En effet, la Commission avait par cette décision ordonné l'octroi d'une licence obligatoire, avant même d'avoir caractérisé un abus de position dominante, élément pourtant préalable à l'application de la théorie des infrastructures essentielles, abus devant être déterminé suivant les circonstances exceptionnelles⁷¹ dégagées par la CJCE dans l'arrêt *Magill*.

Devant un tel précédent, la Cour de justice, dans la réponse aux questions préjudicielles se devait de prendre une position ferme, ce qu'elle fit de façon orthodoxe.

B- Le (re)- cadrage des critères de l'abus par la CJCE

Après l'embarquée de la Commission sur les critères de l'abus, la CJCE, dans sa réponse aux questions préjudicielles posées par les juges du Landgericht devait donner une réponse claire sur l'avenir des critères de l'abus et par la même occasion sur l'avenir de la cohabitation entre concurrence et propriété intellectuelle en matière d'abus de position dominante. Elle affirma (de nouveau ?) deux points.

Tout d'abord, cette décision du 29 avril 2004 confirme le raisonnement entrepris dans la jurisprudence *Magill*. Les « circonstances exceptionnelles » sont confirmées par la Cour, dans la logique de la jurisprudence antérieure. Pour certains auteurs, cette solution était prévisible. En effet, la présence des circonstances exceptionnelles « susceptible[s] de justifier un contrôle de l'exercice discrétionnaire de ses prérogatives par l'auteur ne pouvait être abandonnée ». On le voit, avec cette réflexion, c'est le point de vue des juristes en droit de la concurrence qui s'exprime, considérant les « circonstances exceptionnelles » comme un

⁶⁹ C. Caron, « Le droit d'auteur (provisoirement ?) à l'abri du droit de la concurrence », *JCP E*, n°25, juin 2002, 952.

⁷⁰ F. Sardain, article précité, note 46

⁷¹ En réalité, la Commission avait caractérisé des circonstances exceptionnelles ... mais pas celles de la jurisprudence antérieure. Pour elle, ces circonstances étaient : « *le fait que la structure était devenue une norme de fait sur le marché pertinent. Le fait de refuser sans justification objective, l'accès à cette structure serait susceptible d'éliminer toute concurrence sur le marché en cause, puisque sans elle, il serait impossible de s'y maintenir.* » , décision de la CJCE du 29 avril 2004, point 12 des motifs.

moyen de contrôle de la propriété intellectuelle. Mais du côté de la propriété intellectuelle, on peut s'interroger sur l'évidence de la réponse. Néanmoins il convient de souligner qu'en l'absence de la notion de circonstances exceptionnelles, les droits de propriété intellectuelle seraient certainement à la merci du droit de la concurrence, comme a pu le laisser apercevoir la décision de la Commission en l'espèce. Si la Cour confirme la notion de circonstances exceptionnelles, elle le fait de façon ferme, adoptant, contrairement à la Commission⁷², une approche très encadrée.

Ce recadrage de la CJCE par rapport à la décision de la Commission transparait également sur un autre point de la décision. En effet, réaffirmant l'actualité des circonstances exceptionnelles de l'arrêt *Magill*, la Cour va également préciser que les différents éléments des circonstances exceptionnelles doivent être appréciés de façon cumulative⁷³, contrairement à la Commission, qui avait estimé que la condition d'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau n'était pas nécessaire. Il s'agit là d'une censure de la Commission qui avait par ailleurs affirmé que « *les conditions énoncées dans l'arrêt Magill pour caractériser les circonstances exceptionnelles n'étaient qu'indicatives et non cumulatives.*⁷⁴ » Le rappel du caractère cumulatif des circonstances exceptionnelles n'en bénéficie que plus aux droits de propriété intellectuelle, puisque le droit de la concurrence doit respecter ces conditions, cumulativement et selon la doctrine, le postulat de validité du comportement du titulaire qui avait prévalu dans la jurisprudence communautaire en matière de concurrence « *semble remis à l'honneur et le blason du droit d'auteur quelque peu redoré*⁷⁵ ».

La conséquence de cette mise au point sur la notion de circonstances exceptionnelles est que la Cour semble également confirmer l'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle, les circonstances exceptionnelles étant le préalable nécessaire. Si l'idée était sous-jacente dans *Magill*, en l'espèce, la Cour se référant explicitement à la jurisprudence *Bronner*, confirme son utilisation. Elle applique en effet les critères dégagés par cet arrêt afin de qualifier le caractère essentiel de la structure modulaire.

Malgré la controverse que suscite l'application du droit de la concurrence et notamment la théorie des infrastructures essentielles aux droits de propriété intellectuelle, la

⁷² Pour certains auteurs, la Commission avait adopté « *une interprétation libérale de l'arrêt Magill dangereuse pour la préservation du droit d'auteur, [et adoptant ainsi] une logique économique* ». A. Gendreau et D. Redon, « Droit de la concurrence et droit d'auteur, entre conflit, coexistence et conciliation » (note sous *IMS Health*), *RJDA*, avril 2004, p. 1151.

⁷³ La Cour précise en effet : « [il] suffit que trois conditions cumulatives soient remplies... »

⁷⁴ V-L Benabou, commentaire de la décision de la Commission du 3 juillet 2001, *Propriétés Intellectuelles*, avril 2002, n°3, p. 117.

⁷⁵ V-L Benabou, article précité note 64.

Cour réitère la position adoptée dans *Magill* mais de façon plus explicite. Néanmoins, voulant clairement éviter tout dérapage incontrôlé du droit de la concurrence sur les droits exclusifs et protégés du titulaire, les critères de l'abus sont une nouvelle fois précisés.

II- Analyse des critères

Une nouvelle fois, les critères de l'abus ou « circonstances exceptionnelles » sont étudiés par la Cour grâce notamment aux questions préjudicielles posées par le Landgericht. L'intérêt est de voir si ces critères sont si dévastateurs pour le titulaire des droits de propriété intellectuelle. L'arrêt *IMS Health* a repris d'une part la notion de marché (A), puis la notion de produit nouveau (B) et enfin l'appréciation du caractère indispensable de la « facilité » (C). La condition relative à l'absence de justification objective sera exclue du champ de notre analyse, la jurisprudence présente n'ayant pas vraiment modifié sa conception, qui reste d'ailleurs toujours aussi floue.

A- La notion de marché dans l'application de la théorie des infrastructures essentielles

Le problème du marché dans l'appréciation de l'abus par la CJCE a toujours été sous-jacent depuis *Magill*. Ce problème revêt un double aspect. D'une part la détermination du marché pertinent nécessaire à l'appréciation de l'absence d'alternative économiquement raisonnable⁷⁶. D'autre part, et c'est la question qui nous intéressera ici la question de l'exclusion de la concurrence sur un marché dérivé par l'entreprise en position dominante.

Le Landgericht avait demandé à la Cour en substance, selon l'avocat général Tizzano dans ses conclusions, si le refus en question est un abus même « *s'il ne restreint pas ou n'élimine pas la concurrence sur un marché distinct de celui sur lequel le titulaire des droits d'auteur exploite son droit et détient une position dominante, mais empêche simplement des concurrents potentiels d'opérer sur le même marché que l'entreprise en situation de position dominante.*⁷⁷ » La position d'IMS⁷⁸ sur ce point était très tranchée, en effet, pour la société, l'abus ne serait pas caractérisé par le simple refus de concéder une licence et la théorie des facilités essentielles ne pourrait s'appliquer, puisque celle-ci requiert la présence de

⁷⁶ Cette question sera soulevée dans la partie de notre étude relative à l'appréciation du caractère indispensable.

⁷⁷ Conclusions de l'avocat général Antonio Tizzano présentées le 2 octobre 2003 dans l'affaire « IMS Health », point 30.

⁷⁸ Cette position s'explique par la volonté légitime de préserver son avantage concurrentiel sur le marché où elle prédomine.

l'entreprise dominante sur un marché amont détenant un élément indispensable pour l'exercice d'une activité sur la marché aval. Cette remarque montre la similitude entre la théorie des facilités essentielles et les « circonstances exceptionnelles » de l'arrêt Magill, qui selon IMS, ne seraient pas applicable en l'espèce, puisque NDC se souhaite pas intervenir sur un marché dérivé mais bien sur le même marché qu'IMS. A l'inverse, la Commission⁷⁹ et NDC adoptaient des visions opposées.

La Cour pour sa part adopte une vision plus souple qu'IMS sur ce point, bien que confirmant l'exigence de l'existence d'un marché dérivé. En effet, reprenant le raisonnement qui avait prévalu dans l'arrêt Oscar Bronner, elle indique qu'il est suffisant qu'un marché potentiel, voire hypothétique puisse être identifié. Cette conception est pour le moins extensive. La CJCE précise qu'il est « *déterminant que puissent être identifiés deux stades de production différents, liés en ce que le produit en amont est un élément indispensable pour la fourniture du produit en aval* ». ⁸⁰

La critique évidemment se situe sur la difficulté d'identifier sur un marché potentiel voire hypothétique une alternative économiquement viable. De fait, la conception large du marché se combine mal avec l'appréciation du caractère indispensable de l'accès au produit pour pénétrer le marché.

D'après les juges dans l'arrêt *Magill*, le refus de la société en position de domination et détentrice des droits exclusifs devait faire obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, pour lequel il existait une demande potentielle constante et régulière ; condition reprise dans l'arrêt *IMS* mais quelque peu revue.

B- La notion de « produit nouveau »

En l'espèce, NDC demandait à IMS de lui permettre un droit d'accès à sa structure modulaire afin de pouvoir intervenir sur le marché sur lequel IMS exerçait son activité et sa position dominante. La Cour, dans sa logique d'encadrement des circonstances exceptionnelles, réaffirme également la nécessité que le concurrent entende offrir un produit

⁷⁹ Pour la Commission, « *il suffirait que cette infrastructure trouve sa place à un stade de la production situé en amont et qu'elle constitue un "input" nettement distinct pour la production d'un bien ou service déterminé en aval.* » Conclusions de l'avocat général Antonio Tizzano présentées le 2 octobre 2003 dans l'affaire « IMS Health », point 42 ; cette approche est davantage fondée sur la distinction entre divers stades de production.

⁸⁰ CJCE, *IMS Health*, point 45 ; en l'espèce donc « *cette démarche conduit à rechercher si la structure à 1860 modules constitue, en amont, un élément indispensable à la fourniture, en aval, de données sur la vente de produits pharmaceutiques en Allemagne* », point 46.

nouveau⁸¹. Elle tente cependant d'éclairer cette condition, ce qui pour certains auteurs a produit un effet de confusion accru. La Cour énonce que le refus de concéder une licence ne peut être considéré comme abusif, dans les circonstances de l'espèce que « *si l'entreprise demandeuse n'entend se limiter, en substance à reproduire des produits ou services qui sont déjà offerts sur le marché dérivé par le titulaire des droits exclusifs, mais à l'intention d'offrir des produits ou services nouveaux que le titulaire n'offre pas et pour lesquels il existe une demande potentielle de la part des consommateurs* ». Cette précision est-elle pertinente ? Protège-t-elle mieux le titulaire des droits ? Cette conception du produit nouveau paraît limiter le champ de la théorie des « facilités essentielles » puisque si l'on suit la Cour, c'est seulement dans le cas où le refus de licence empêche le développement d'un marché qu'il y a lieu de faire triompher les impératifs concurrentiels sur le droit de la propriété intellectuelle.

Reste qu'une partie de la doctrine considère que cette « précision » du caractère nouveau est matière à confusion. En effet, quid de l'expression : « que le titulaire n'offre pas » ? (surtout au regard des faits de l'espèce où IMS est présent sur le marché). Pour certains auteurs, il semble qu'il faille l'entendre comme le fait que le nouveau concurrent ne peut pas exploiter grâce à la licence des produits contrefaisant ceux du titulaire des droits. Qu'en est-il en l'espèce ? Le produit proposé par NDC semble très proche de celui d'IMS. Comme l'a suggéré l'Avocat général dans cette affaire, ne suffirait-il pas qu'il y ait des différences entre les produits pour admettre une certaine nouveauté ? Ce point n'a pas été repris par la Cour.

Par ailleurs, une partie de la doctrine relève également que le mot « nouveau » n'est pas réellement approprié car il s'agissait en l'espèce de droits de propriété littéraire et artistique et donc en la matière, c'est l'originalité qui différencie les œuvres.

Si le critère de nouveauté reste toujours flou, c'est tout de même vers une appréciation stricte des conditions que la Cour tend à axer son raisonnement, on le note également dans l'appréciation du caractère indispensable du produit.

⁸¹ CJCE, IMS Health, point 48: « *cette condition répond à la considération selon laquelle, dans la mise en balance de l'intérêt relatif à la protection du droit de propriété intellectuelle et à la liberté d'initiative économique du titulaire de celui-ci, d'une part, avec l'intérêt relatif à la protection de la libre concurrence, d'autre part, ce dernier ne saurait l'emporter que dans le cas où le refus d'octroyer une licence fait obstacle au développement du marché dérivé au préjudice des consommateurs* ».

C- L'appréciation caractère indispensable de la « facilité »

Cette condition a également été précisée par la Cour, notamment en raison des deuxièmes et troisièmes questions préjudicielles qui lui étaient posées. Elles visaient en effet le point de savoir comment la structure modulaire pouvait être considérée comme indispensable pour commercialiser des études sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques. Deux éléments relatifs à l'implication des utilisateurs des études sont soulevés. En effet, NDC soutenait qu'en raison de leur implication dans la création de ces structures, ces dernières étaient devenues des standards de marché qu'il n'était pas possible de concurrencer par une autre structure, les clients rejetant tout autre standard qui impliquerait de plus un surcoût. NDC remarque une dépendance des clients envers la structure d'IMS.

Sur ce point la Cour indique que la juridiction nationale doit apprécier le caractère indispensable du produit en analysant, sur le marché pertinent concerné, et selon les indications données par l'arrêt *Bronner*, s'il existe des produits ou services constituant des solutions alternatives, même si elle sont moins avantageuses, et s'il existe des obstacles techniques, économiques⁸² de nature à rendre impossible, ou du moins déraisonnablement difficile de créer pour une entreprise souhaitant intervenir sur le marché, des produits ou services alternatifs. Dans cette recherche, il est donc nécessaire de prendre en compte le degré d'implication des clients dans l'élaboration du produit. En l'espèce, les laboratoires auraient été contraints à un effort économique considérable pour acquérir des études basées sur une structure différente. Il semble s'agir, sinon d'une nouvelle condition, du moins d'un indice d'appréciation du caractère indispensable de la structure. Cet élément pourrait à terme être nécessaire chaque fois que le titulaire des droits exclusifs a en fait créé un standard de marché, tellement intégré dans les habitudes des entreprises qu'il semble difficile de le qualifier autrement que de « facilité » essentielle.

De plus, on voit ici l'importance de déterminer le marché pertinent afin d'analyser le caractère indispensable du produit. On rejoint alors également le problème de l'identification du marché dérivé.

L'analyse de l'arrêt IMS fait surgir deux conclusions : d'une part on peut parler d'une confirmation des critères de l'abus posés par l'arrêt *Magill* concernant le refus de vente, d'autre part, on peut constater que la théorie des « facilités » essentielles semble

⁸² Toujours selon la Cour dans l'arrêt *Bronner*, un obstacle de nature économique est constitué quand la création des produits n'est pas économiquement rentable pour une production à une échelle comparable, point 46.

définitivement adoptée en matière d'abus de position dominante du titulaire de droits de propriété intellectuelle. Malgré ce constat semblant brider les droits des auteurs et autres titulaires de brevets, on doit observer que les cas d'application restent limités à une catégorie de biens déterminés : les biens portant sur des informations ou établissant un standard de marché. De plus, la Cour semble attachée à une appréciation stricte des critères enfin réitérés.

Tout l'enjeu réside désormais dans l'application des critères posés.

Dans cette étude chronologique de l'évolution des critères de l'abus, la dernière décision étudiée sera le très médiatique cas Microsoft qui n'a toujours pas fait l'objet d'une décision au fond.

Section III : Le « cas » Microsoft : la Commission définitivement assagie ?

L'affaire opposant Microsoft à ses concurrents présente suffisamment d'importance pour que nous nous attachions tout d'abord à présenter le contexte de l'affaire et les principaux faits marquants (I). Puis, nous aborderons la question de l'application des critères de l'abus par la Commission dans sa décision du 24 mars 2004. (II) Il convient de préciser que si cette décision est antérieure à la décision IMS, la décision de recours devant le TPICE a été rendue en décembre 2004. De plus, il nous paraissait plus cohérent de présenter la décision *IMS Health* dans la continuité de l'arrêt *Magill*. En effet, contrairement à ces deux affaires, il n'y a pas eu de réelle précision des critères de l'abus en l'espèce.

I- Présentation de l'affaire Microsoft : une procédure double

La société Microsoft, entité de droit américain, a tout d'abord fait l'objet de poursuites aux Etats Unis dans le cadre d'une procédure de violation du Sherman Act (A), parallèlement, des concurrents l'ont assigné devant la Commission européenne pour violation de l'article 82 CE. (B).

A- La procédure américaine

En 1998, Microsoft dispose d'un part de marché équivalente à 95% sur le marché pertinent des systèmes d'exploitation pour les ordinateurs personnels. Une action en justice fut intentée par l'US Department of Justice ainsi que 20 Etats fédérés, en vertu d'une violation

du Sherman Act. Il était reproché à Microsoft de chercher à s'approprier le marché des logiciels de navigation en agissant notamment au détriment du produit d'un de ses concurrents (Netscape), au profit de son propre logiciel, Internet Explorer. La District Court de Columbia se prononça en avril 2000⁸³ sur les violations invoquées. Nous nous attacherons seulement à l'étude de la violation de la Section 2 du Sherman Act, pour laquelle les juges retinrent les accusations portées contre Microsoft. Tout d'abord la Cour reprochait à la firme américaine le « maintien de la monopolisation » ainsi qu'une tentative de monopolisation.

La Cour d'appel du District de Columbia infirma la position de la cour inférieure sur la tentative de monopolisation. Peu après, la Cour faisant apparaître des effets pro-concurrentiels relatifs à l'intégration d'Internet Explorer dans les systèmes Windows, des négociations furent entamées. Au terme de ces tractations, une transaction fut signée entre le Department of Justice et Microsoft Corp.

Selon les éléments de la décision outre-atlantique repris dans l'ordonnance du Président du TPICE⁸⁴, Microsoft accepta d'établir les spécifications des protocoles de communication utilisés par les systèmes d'exploitation Windows pour serveurs afin d'« interopérer », c'est-à-dire de les rendre compatibles, avec les systèmes d'exploitation Windows pour PC clients et de concéder à des tiers des licences portant sur ces spécifications à des conditions déterminées. De plus, la transaction américaine prévoit que Microsoft doit permettre aux équipementiers et aux consommateurs finals d'activer ou de supprimer l'accès à ses logiciels médiateurs. Le logiciel Windows Media Player est l'un des produits appartenant à cette catégorie, telle que définie dans la transaction américaine. Ces dispositions sont destinées à garantir que les fournisseurs de logiciels médiateurs puissent développer et distribuer des produits qui fonctionnent correctement avec Windows.

Pour la doctrine française, la « saga » Microsoft marque un tournant dans l'histoire antitrust américaine, notamment parce qu'elle (re) met en scène l'application du droit antitrust à la propriété intellectuelle.⁸⁵

Dans le même temps, les concurrents de Microsoft en Europe intentèrent une action contre la firme américaine pour violation de l'article 82 du Traité.

⁸³ United States v. Microsoft Corp., 87 F. Suppl. 2d 30, D.C.C. Cir. 2000.

⁸⁴ Ordonnance du Président du TPICE, 22 décembre 2004, Aff. T-201/04 R, Microsoft Corp. , c/ Commission des Communautés Européennes disponible sur [www.http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=fr&num](http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=fr&num)

⁸⁵ Sur ce point, C. Prieto, « Comparaisons transatlantiques dans les affaires Microsoft », *Concurrences*, décembre 2004, n°1, p. 57.

B- La procédure communautaire

Au niveau européen en effet, les concurrents de Microsoft et notamment la société Sun Microsystems a introduit une plainte contre Microsoft en faisant valoir que Microsoft occupait une position dominante en tant que fournisseur de systèmes d'exploitation pour ordinateurs personnels, à ce titre la requérante affirmait que Microsoft avait violé l'article 82 du Traité en se réservant l'information dont certains logiciels appelés systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail ont besoin pour « interopérer » pleinement avec le système d'exploitation pour ordinateurs personnels de Microsoft. Selon ce concurrent, ces informations seraient essentielles à toute entreprise voulant livrer une concurrence viable sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail.

La Commission, à la suite d'une enquête diligentée parallèlement à la procédure américaine a, dans une décision du 24 mars 2004 condamné Microsoft pour abus de position dominante. La Commission a en l'espèce identifié trois marchés pertinents. En premier lieu le marché des systèmes d'exploitation pour ordinateurs personnels⁸⁶ où il est établi que Microsoft détient 90% de parts de marché, en deuxième lieu, le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail⁸⁷ où Microsoft détient 60% de parts de marché mais où la Commission estime que la firme détient bien une position dominante en raison notamment de fortes barrières à l'entrée et de la position des concurrents. Enfin, un troisième marché est identifié, il s'agit de celui des lecteurs multimédia permettant une réception en continu⁸⁸. Tous ces marchés sont de dimension mondiale.

La Commission a dans cette décision identifié deux abus. Tout d'abord, le refus de fournir aux concurrents les informations relatives à l'interopérabilité et d'en autoriser l'usage pour le développement de produits concurrents. Ensuite, le fait d'avoir lié la fourniture du service d'exploitation Windows pour ordinateurs personnels à l'acquisition simultanée du logiciel Windows Media Player, ce qui constitue donc une vente liée.

Microsoft est condamnée au paiement d'une amende d'un montant de 497 millions d'euros ainsi qu'à des mesures correctives qui consistent à remédier aux abus liés à l'interopérabilité⁸⁹ d'une part et d'autre part à mettre fin à la vente liée jugée abusive. Ces mesures sont respectivement prévues aux articles 5 et 6 de la décision de la Commission.

⁸⁶Points 324 à 342 de la décision de la Commission.

⁸⁷ Points 343 à 401 de la décision de la Commission.

⁸⁸ Points 402 à 425 de la décision de la Commission.

⁸⁹ La Commission enjoint à Microsoft de divulguer dans un délai de 120 jours une documentation complète et précise sur les interface Windows afin de permettre une interopérabilité entre les serveurs concurrents et les ordinateurs personnels et serveurs sous Windows.

Elles ne sont pas sans rappeler les termes de la transaction effectuée entre le Department of Justice américain et la société Microsoft.

La décision fait l'objet d'un recours en annulation et d'une demande de sursis à exécution, ce que la Commission accepte de faire jusqu'à ce que le président du TPICE se prononce sur la demande de référé.

Nous nous attacherons, dans une seconde partie de cette section à analyser le raisonnement de la Commission et du TPICE sur la question de l'abus constitué par un refus de fournir les informations nécessaires à l'interopérabilité. Le problème de la vente liée sera donc exclu puisqu'il ne se rattache pas directement à l'évolution des critères de l'abus permettant d'appliquer la théorie des infrastructures essentielles.

II- L'application des critères de l'abus par la Commission après sa décision rendue dans IMS : une interprétation toujours déviante?

Les « affaires » *Microsoft* et *IMS Health* se sont déroulées simultanément. En effet, alors que la Commission a rendu sa décision dans la seconde affaire en juillet 2001, faisant l'objet d'une demande de sursis à exécution devant le TPICE, puis les juridictions allemandes avaient saisi la CJCE de questions préjudicielles qui ont donné lieu à une décision du 29 avril 2004, la Commission s'est également prononcée sur le sort de Microsoft peu avant, le 24 mars 2004. Les juristes espérant un éclaircissement sur la question de l'interaction entre droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle⁹⁰ n'ont pas attendu en vain puisque la Commission caractérise l'abus de façon conforme à la jurisprudence antérieure, faisant (presque) oublier son écart dans l'affaire *IMS* (A). Saisi d'une demande en sursis d'exécution, le TPICE confirme la décision de la Commission. (B)

A- Qualification de l'abus par la Commission

La Commission fonde sa décision de partage forcé des informations détenues par Microsoft sur la caractérisation d'un abus, dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure

⁹⁰ J. Peyre, « Droits de propriété intellectuelle/Droit de la concurrence : attente d'un dénouement dans les affaires IMS et Microsoft », Revue Lamy droit de la concurrence, novembre 2004/ janvier 2005, n°1, p. 26

relative à des droits de propriété intellectuelle (1). Cependant, elle laisse également planer un doute sur la prise en compte éventuelle d'autres circonstances exceptionnelles (2).

1- Une reprise conforme des critères « Magill » par la Commission

Dans son travail de qualification de l'abus, la Commission s'attache tout d'abord à rappeler les principes élaborés par la CJCE dans les arrêts *ICI/Commercial Solvents* et *Télémarketing*. En effet, elle rappelle que bien que les entreprises soient en principe libres de choisir leurs partenaires commerciaux, il existe des cas où le refus de fournir émanant d'une entreprise en situation de position dominante peut constituer un abus au sens de l'article 82 du Traité. Elle précise que cet abus peut également exister par le refus de concéder une licence sur des droits de propriété intellectuelle.

La Commission se réfère expressément à l'arrêt *Magill*⁹¹ et donc aux trois critères de l'abus issus de cette jurisprudence et clarifiés par la jurisprudence postérieure à laquelle il est expressément fait référence⁹². Pour sa défense, Microsoft prétend que la Commission n'est pas en mesure de prouver que les trois conditions de l'arrêt *Bronner* (selon sa propre interprétation⁹³) sont en l'espèce remplies. La Commission considère que contrairement à ces affirmations, les informations en cause sont absolument indispensables à l'activité des concurrents de Microsoft pour qu'ils puissent exercer leur activité sur le marché en cause.⁹⁴

L'accès forcé aux infrastructures tel qu'il résulte de l'application de la théorie des infrastructures essentielles (bien qu'il n'y soit pas fait référence expressément en l'espèce) nécessite en premier lieu la qualification d'une situation de position dominante ce que la Commission a effectué. Ensuite, c'est l'abus qui doit être caractérisé à l'aide de l'application des critères *Magill* en l'espèce car l'information détenue par Microsoft serait protégée par le droit de la propriété intellectuelle.

Tout d'abord, le comportement de Microsoft doit faire obstacle à l'apparition d'un produit nouveau ; or en l'espèce, on peut constater qu'il ne s'agit pas d'un produit nouveau car les serveurs de groupe de travail existent déjà. Pour contourner ce fait, la Commission se réfère aux limites apportées au développement technologique et considère que l'entrave de

⁹¹ Points 550 et 551

⁹² La Commission se réfère à l'arrêt du TPICE « *Tiercé Ladbroke* » mais également à l'arrêt « *Oscar Bronner* ».

⁹³ « Selon l'interprétation de Microsoft, l'arrêt *Bronner* oblige la Commission à démontrer que i) la fourniture des informations est absolument nécessaire à l'exercice des activités, ii) le refus risque d'éliminer totalement la concurrence et iii) le refus n'est pas objectivement justifié. », point 554.

⁹⁴ Celui des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail.

Microsoft cantonne les consommateurs dans une offre uniforme dans ce domaine, n'ayant d'autre choix que d'opter pour une « solution 100% Windows ».⁹⁵

La condition d'élimination de la concurrence sur un second marché est, d'après la Commission, également caractérisée du fait du caractère indispensable des informations pour rendre compatibles les serveurs concurrents avec celui de Microsoft. Pour la Commission, le comportement de Microsoft concernant la divulgation des informations relatives à l'interopérabilité doit être analysé à la lumière de « *la position extraordinairement puissante de Microsoft* » sur ce marché et du fait que l'interopérabilité présente une « *importance concurrentielle significative* » sur le marché pertinent⁹⁶. Malgré cette tentative pour démontrer que les informations sont nécessaires à l'entrée sur le marché, il peut être remarqué que le marché dérivé n'est pas mentionné. On constate en l'espèce que la Commission semble éluder le problème car les concurrents demandant accès aux spécifications de Microsoft veulent entrer sur le même marché que Microsoft.⁹⁷

Enfin, sur l'absence d'un refus objectivement justifié, la Commission ne retient pas les justifications fournies par Microsoft, arguant d'une manière générale d'une préservation de l'incitation à innover « conformément à l'essence même de la propriété intellectuelle »⁹⁸. Si la Commission reconnaît en effet que la fonction essentielle des droits de propriété intellectuelle est d'assurer la protection morale de l'œuvre et la rémunération de l'effort créateur, cette législation a aussi pour but de stimuler la créativité au service de l'intérêt public. Par conséquent, dans certaines circonstances telles que celles de l'espèce, le refus d'octroyer une licence par une entreprise en position dominante peut être contraire à cet intérêt et constituer un abus au sens de l'article 82 CE⁹⁹.

L'utilisation des critères *Magill* par la Commission apparaît conforme en ce qu'elle les utilise tous, cependant, on peut constater qu'elle adopte une interprétation plutôt souple de ces derniers, notamment par rapport à l'apparition d'un produit nouveau et de la notion de marché dérivé. En comparaison de sa décision rendue dans l'affaire *IMS* en 2001, sa position apparaît toutefois moins critiquable.

⁹⁵ Points 694 et 782.

⁹⁶ Point 586.

⁹⁷ Cette condition ne semble pas remplie sauf à reprendre l'analyse du marché de l'arrêt *Bronner* reprise dans la décision du 29 avril 2004 (*IMS*), à savoir : la distinction en amont d'un « input » nécessaire à une situation en aval. Faudrait-il alors considérer qu'il existe un marché des spécifications pour l'interopérabilité des serveurs Microsoft en amont et un marché des serveurs pour groupe de travail en aval ?

⁹⁸ C.Prieto, article précité.

⁹⁹ Point 711

Si la Commission reprend les critères dégagés par la jurisprudence antérieure, elle semble tentée par l'idée d'en utiliser d'autres.

2- La présence d'autres circonstances exceptionnelles dans l'analyse de l'abus ?

En effet, au point 555 de sa décision, la Commission a clairement énoncé que le refus de délivrer une licence peut présenter un caractère abusif en dehors du cadre des circonstances exceptionnelles de l'arrêt *Magill*¹⁰⁰. Elle adopte donc le parti de prendre en compte d'autres circonstances exceptionnelles pouvant servir à caractériser l'abus. Microsoft soutenait que l'abus ne peut être caractérisé que par la réunion des trois critères de l'arrêt *Magill*.

Cette position libérale de la Commission a vivement inquiété la doctrine qui y voit un élément déterminant pour mesurer l'emprise du droit de la concurrence sur le droit de la propriété intellectuelle¹⁰¹. La question qui se pose est alors de savoir si les conditions de l'arrêt *Magill* sont limitativement énumérées. La CJCE, dans sa décision du 29 avril 2004 *IMS Health* a finalement tranché en faveur d'une limitation des critères, position compréhensible au regard du mouvement de contrôle de l'application de la théorie des infrastructures essentielles aux droits de propriété intellectuelle.

Le dernier stade connu de l'affaire Microsoft est l'ordonnance du Président du TPICE, saisi d'une demande de sursis à exécution par Microsoft.

B- La confirmation par le TPICE en attendant une décision au fond

Saisi par Microsoft d'une demande de sursis à exécution, le Président du TPICE n'a pas fait droit à cette requête, malgré les nombreux arguments de l'entreprise relatifs à la protection de la propriété intellectuelle. Dans cette ordonnance rendue le 22 décembre 2004, le juge a notamment dû affronter les prétentions de Microsoft en matière de droit d'auteur.

La société américaine invoquait en effet un droit d'auteur sur les informations litigieuses dont la Commission a ordonné la divulgation afin de permettre l'interopérabilité entre les produits des concurrents et les produits de Microsoft. La position de Microsoft sur ce

¹⁰⁰ « D'une manière générale, une approche qui préconiserait l'existence de circonstances exceptionnelles et verrait la Commission ignorer d'autres circonstances de nature exceptionnelle qui mériteraient d'être prises en considération pour apprécier un refus de fournir n'est pas convaincante ».

¹⁰¹ V-L. Benabou, S.Lemarchand, E. Logeais, « David contre Goliath ? », *Propriétés intellectuelles*, janvier 2005, n°14, p.89.

point est pour le moins choquante au regard de la notion de droit d'auteur, puisque cette dernière revendique un droit sur des informations. Dans les jurisprudences *Magill* et *IMS*, il s'agissait certes d'informations mais contenues dans une forme originale et dont la protection par le droit d'auteur avait été reconnue par les juridictions nationales. La protection de l'information va à l'encontre du droit d'auteur considéré en tant que siège de la forme et non du fond¹⁰². Microsoft invoque à plusieurs reprises la valeur économique de ces informations. On doit remarquer que le droit d'auteur ne protège pas l'investissement financier, ni seulement des œuvres de valeur. Selon des commentateurs, la conception du droit d'auteur par Microsoft participerait d'une vision instrumentaliste servant à « *monopoliser une information dès lors que des efforts substantiels ont été entrepris pour l'obtenir ou qu'elle présente une forte valeur marchande* »¹⁰³. On voit ici le rôle de protection de l'investissement qu'on est tenté d'assigner au droit d'auteur et qui se manifeste par la protection des biens informationnels. Poursuivant sa logique, Microsoft invoque le droit de divulgation qui lui permettrait alors, en tant qu'auteur, de choisir si elle veut ou non divulguer son œuvre, à savoir l'information, ce qui rend donc inaccessible cette information aux concurrents et provoque une barrière insurmontable à l'entrée sur le marché. Cette conception du droit d'auteur n'est pas clairement rejetée par le juge qui néanmoins rejette le recours de la société. La Commission avait quant à elle émis un doute quant au caractère protégeable de ces informations et protocoles.

Par ailleurs, la Commission, approuvée par le Président du TPICE, opère une analyse large de l'exception de décompilation figurant à l'article 6 de la Directive « Logiciels », si pour Microsoft cette exception ne permettrait pas aux concurrents de réaliser l'interopérabilité voulue mais risquerait de leur donner accès à des codes sources pour copier le programme original ; pour la Commission et le juge, l'exception de décompilation ne pourrait pas se comprendre si elle était empêchée par un auteur au motif du risque de copie qui en découle. De fait, la Commission entend limiter le monopole du titulaire.

Enfin, Microsoft invoquait un préjudice grave et irréparable du fait de l'injonction de la Commission de délivrer les informations relatives à l'interopérabilité. Le juge estime que la firme américaine ne rapporte pas la preuve que cette divulgation emporterait de telles conséquences. De plus, le juge relève que ces informations ont déjà été divulguées dans le cadre de la procédure américaine.

¹⁰² X. Linant de Bellefonds, Droit d'auteur et droits voisins, éd. Dalloz coll. Cours, 2002, p. 37, n°111.

¹⁰³ V-L. Benabou, S.Lemarchand, E. Logeais, article précité.

On remarque que ni le Président du TPICE, ni la Commission ne se sont prononcés sur l'existence des droits de propriété intellectuelle invoqués en l'espèce. Et ce fait semble rassurant du point de vue de la propriété intellectuelle. La prise de position sur le caractère contestable du droit d'auteur est minime, et en toute logique, il n'appartient pas au juge communautaire de se prononcer sur ce point en l'absence d'harmonisation. Au plan concurrentiel, les décisions relatives à la société Microsoft confirment la prégnance des critères *Magill*, le doute introduit par la Commission sur l'existence d'autres critères a été rapidement dissipé par la CJCE dans l'arrêt IMS, et l'ordonnance du Président du TPICE a laissé le soin au juge du fond de régler cette question. Cependant, il est permis de remarquer que l'arrêt IMS est cité par le juge.

L'évolution de la jurisprudence communautaire montre finalement que les critères de l'abus dégagés par l'arrêt *Magill* et repris par la suite ont été affinés dans un sens favorable aux droits de propriété intellectuelle, d'une part parce qu'ils semblent faire l'objet d'une interprétation plus stricte, d'autre part parce qu'ils ne permettent d'utiliser la théorie des infrastructures essentielles qu'à des œuvres d'un genre nouveau dont la protection par le droit d'auteur est pour le moins contestée. La suite de notre étude permettra de voir comment la jurisprudence française a fait application de ces critères contestés.

Chapitre II

La transposition française de la théorie des infrastructures essentielles appliquée aux droits de propriété intellectuelle : la solution communautaire largement interprétée

Comme le soulignent certains auteurs, les autorités françaises de concurrence se sont « emparées » de la théorie des infrastructures essentielles avec un enthousiasme qualifié d'inquiétant.¹⁰⁴ Il est vrai que les auteurs s'accordent à dire, au regard de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence, que l'application des critères issus de la jurisprudence *Magill* et suivante concernant l'abus de position dominante du titulaire de droits exclusifs est transposée en droit interne de façon large (**section I**). Cependant, la Cour de cassation a récemment fait preuve d'un sursaut de rigueur dans un arrêt qui fait déjà référence. (**section II**)

Section I : Des solutions librement inspirées de la jurisprudence communautaire

L'inspiration du droit français de la concurrence en provenance des solutions communautaires s'est exprimée, pour l'objet de notre propos, dans deux domaines complémentaires. Tout d'abord, à titre préalable à l'application de l'article L 420-2 du Code de commerce, le Conseil a repris la jurisprudence protectrice de l'existence des droits de propriété intellectuelle de manière assez orthodoxe (**I**) ; puis, c'est toute la jurisprudence de la CJCE conditionnant l'application de la théorie des infrastructures essentielles aux droits de propriété intellectuelle qui fut, cette fois-ci largement interprétée. (**II**)

I- L'application du droit de la concurrence au droit de propriété intellectuelle : la reprise des solutions communautaires

Il est acquis en droit français, depuis longtemps, que le droit de la concurrence s'applique au droit de la propriété intellectuelle. Comme le droit communautaire, les autorités de concurrence internes ont adopté la distinction protectrice entre exercice et existence des droits de propriété intellectuelle. Ainsi, l'existence des droits n'est pas susceptible de subir l'intervention du droit de la concurrence (A) contrairement à leur exercice (B).

¹⁰⁴ L. Richer, « Le droit à la paresse ? « Essential facilities », version française », *D.* 1999, doctrine, p. 523

A- La protection de l'existence des droits de propriété intellectuelle vis-à-vis du droit de la concurrence interne

Le Conseil de la concurrence a explicitement affirmé cette protection dans un avis du 25 février 1997¹⁰⁵. En l'espèce, le Conseil était saisi relativement à d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles du service hydrographique et océanographique de la marine. L'activité de ce service est la diffusion officielle de l'information nautique. Il est le seul à fournir des données aux éditeurs privés d'ouvrages sur la marine, mais également le seul à pouvoir valider les renseignements nécessaires à ces ouvrages. Il dispose de droits de propriété intellectuelle sur ces informations et édite également des ouvrages à des prix très attractifs. Le Conseil était interrogé sur le point de savoir si ce service abusait de sa position dominante sur le marché de la fourniture d'informations nautiques, faisant obstacle à l'apparition de nouveaux concurrents sur le marché. Dans sa décision, le Conseil a alors indiqué qu'il n'était pas de sa compétence de statuer sur l'existence de droits de propriété intellectuelle au sens de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique. On observe donc ici que le conseil, suivant la position de la CJCE, distingue entre existence et exercice pour déterminer sa compétence, uniquement limitée à l'ordonnance du 1^{ier} décembre 1986 et précisément en matière de concurrence à l'application des articles L 420-1, L 420-2 et L 420-3 du Code commerce.

Plus récemment, le Conseil a eu l'occasion de confirmer sa position, notamment dans une décision du 30 avril 2002¹⁰⁶ relative aux droits de rediffusion exclusifs des matchs de la Coupe du Monde de Football de 2002 détenu par RMC Info. Là encore il a affirmé qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur l'existence des droits de propriété intellectuelle détenus par RMC.

La concurrence ne pouvant interférer sur l'existence des droits de propriété intellectuelle, c'est donc sur leur exercice que portera le contrôle concurrentiel.

¹⁰⁵ Avis n°97-A-10 du 25 février 1997 relatif à une demande d'avis présentée par le groupement des éditions et de la presse nautique portant sur des questions de concurrence soulevées par la politique éditoriale du Service hydrographique et océanographique de la Marine, BOCCRF-BOSP, n° 19, 18 novembre 1997, p. 759

¹⁰⁶ Décision n° 02-MC-06, du 30 avril 2002, BOCCRF- BOSP n° 11, 28 juin 2002,p.449

B- L'intervention tolérée du droit de la concurrence sur l'exercice des droits de propriété intellectuelle

Ici encore l'empreinte communautaire est visible. Afin de préserver un exercice efficace des droits de propriété intellectuelle et une concurrence effective, le Conseil a opté pour la distinction entre exercice abusif et exercice légitime. Dans un premier temps, le Conseil dans la droite ligne de la jurisprudence communautaire a confirmé que l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle n'est pas en lui-même anticoncurrentiel¹⁰⁷. Le Conseil avait également en l'espèce précisé qu'il y a lieu d'apprécier pour chaque espèce « *si les modalités fixées pour l'exercice de ce droit n'ont pas pour objet ou pour effet ou ne peuvent pas avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence* ». On remarquera ici la similitude évidente avec le raisonnement adopté par la CJCE, notamment dans l'arrêt *Parke-Davis*.

Afin de déterminer dans quelle mesure le droit de la concurrence pouvait intervenir dans l'exercice des droits de propriété intellectuelle sans les priver de leur substance, la Conseil a suivi la position communautaire, distinguant entre exercice abusif et exercice légitime.¹⁰⁸ Conformément à la jurisprudence de la CJCE, le Conseil de la concurrence va s'efforcer de distinguer entre l'objet spécifique¹⁰⁹ du droit et ce qui n'en ressort pas. Il décidera ainsi, dans une décision du 21 septembre 2001¹¹⁰ que le titulaire d'un brevet s'opposant à la fabrication de produits brevetés sans son consentement relève de la « *substance même du droit* » exclusif conféré par le brevet.

Si donc l'exercice légitime est l'abri du droit de la concurrence, l'exercice abusif lui, ne l'est pas. En effet, suivant fidèlement la CJCE sur ce point, le Conseil a rendu plusieurs décisions sanctionnant l'exercice abusif de droits de propriété intellectuelle.

L'étude succincte de la jurisprudence du Conseil de la concurrence sur le point de l'application du droit de la concurrence à l'exercice des droits de propriété intellectuelle tend à montrer que le Conseil a appliqué de façon scrupuleuse les solutions communautaires, cependant, cela ne semble pas avoir été le cas concernant les conditions d'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle, au risque d'attiser les critiques des tenants d'un droit de propriété intellectuelle exempt de toute intrusion concurrentielle.

¹⁰⁷ Pour exemple, voir la décision n°99-D-34 du 8 juin 1999 relative aux pratiques relevées sur le marché des cartes postales reproduisant des affiches de cinéma, BOCCRF- BOSP n°16, 26 septembre 1999, p. 531.

¹⁰⁸ Sur ce point, voir notre étude, Titre préliminaire.

¹⁰⁹ Pour exemple, voir la décision cons.conc, n°3-MC-02 du 5 mars 2003, BOCCRF-BOSP, n°7, 16 juin 2003, p. 387.

¹¹⁰ Cons.conc, décision n° 01-D-57, du 21 septembre 2001, BOCCRF-BOSP n°16 du 30 octobre 2001, p. 973.

II- Les critiques quant à l'application désordonnée de la théorie des infrastructures essentielles aux droits de propriété intellectuelle

Les juridictions françaises ont dans un premier temps rejeté la solution *Magill*¹¹¹, elles ont néanmoins fini par céder au droit communautaire, appliquant pour la première fois la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle dans un arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2001, dès cette décision, il ne fait aucun doute que l'appréciation française des circonstances exceptionnelles est laxiste et donc dangereuse (A). La jurisprudence ultérieure suivra cependant cette voie (B).

A- Une première application de la théorie des infrastructures essentielles aux droits de propriété intellectuelle en rupture avec le droit communautaire

La théorie des infrastructures essentielles s'est appliquée pour la première fois à des droits de propriété intellectuelle dans un arrêt de la Chambre commerciale en date du 4 décembre 2001.¹¹² Cette affaire n'était pas relative à un refus de vente comme *Magill* ou *IMS Health*.

En l'espèce, France Télécom comptait au nombre des services obligatoires ouverts à la concurrence la publication et la diffusion annuelle d'une ou plusieurs listes des abonnés au service public de téléphonie. Elle tenait plusieurs sous-fichiers tels que : la liste rouge, la liste orange et la liste safran . Il était question en l'espèce de l'accès à ces listes, expurgées des abonnés sur la liste orange. Cette liste était nécessaire à la société Filetech, dont l'activité était la constitution de fichiers de prospection destinés à la réalisation d'opérations de marketing direct, car l'article R-10 du Code des télécommunications interdisait aux opérateurs de mentionner les noms des abonnés en liste orange. Pour sa part, France Télécom était également présente sur ce marché. En raison de cette interdiction, Filetech était obligée de recourir aux services plus onéreux de Marketis et Téléadresses, services proposés par France Télécom et payants.

La société Filetech invoque alors un abus de position dominante par France Télécom. Le Conseil de la Concurrence a estimé qu'il y avait bien abus. En effet, la liste était commercialisée à un prix prohibitif. De plus, en interne, l'opérateur historique ne s'imputait pas des charges d'accès à ces listes équivalentes à celles que supportaient les autres utilisateurs. La Cour d'appel de Paris confirma cette solution. La Chambre commerciale, dans

¹¹¹ CA Paris, 13 octobre 2000, *Communication, commerce électronique* 2000, comm. 127 par exemple.

¹¹² Cass.com, 4 décembre 2001, France Télécom/ Lectiel , confirmant CA Paris, 29 juin 1999 et cons.conc.29 septembre 1998

son analyse du pourvoi approuva la position des juges du fond reprenant à son compte leur analyse de la demande relative aux listes expurgées. Pour la Cour de cassation, au regard de l'analyse menée par la Cour d'appel, il s'agit bien d'une « *ressource essentielle* » pour les opérateurs intervenant sur le marché des fichiers de prospection. Les juges du fond avaient retenu qu'il existait une demande des opérateurs pour cette liste car « *la conformité d'un fichier avec la liste orange accroît sa valeur commerciale* » assurant ainsi à son utilisateur un gain de productivité, les personnes figurant sur la liste orange étant réputées « insensibles » à ce type de prospection. Les juges concluaient alors qu'il existait bien une demande portant sur l'accès à cette liste « envisagée dans sa fonction de fichier-source », notion proche d'une infrastructure essentielle sur le plan terminologique. Par ailleurs, il était précisé que France Télécom était au moment des faits titulaire d'un monopole légal sur le marché des télécommunications et donc la seule entité pouvant fournir ces listes expurgées. Pour la Chambre commerciale, c'était donc à bon droit que les juges du fond avaient pu considérer que la liste constituait une « ressource essentielle ».

Plusieurs observations peuvent être émises relativement à cet arrêt. En effet, la Cour d'appel n'avait pas fait référence à la notion de ressource essentielle, derrière laquelle on peut apercevoir la notion d'infrastructure essentielle. Elle se place donc sur le terrain de la jurisprudence de la CJCE. Cependant, on remarque qu'elle s'attache seulement à démontrer que le produit en question est indispensable à l'activité des opérateurs intervenant sur le marché des fichiers de prospection. Dans une analyse scrupuleuse des critères de la jurisprudence communautaire, elle aurait dû rechercher la condition relative à l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau mais également un refus non justifié par une raison objective et enfin le critère de l'élimination de la concurrence sur un marché dérivé. Or il semble ici qu'elle ne s'en préoccupe pas. Selon certains auteurs, elle a donc approuvé la cour d'appel qui avait jugé, sans examiner les critères du produit nouveau et de l'élimination de la concurrence sur le marché que les conditions tarifaires de France Télécom étaient de nature à fermer l'accès à la ressource (essentielle) de la liste des abonnés au téléphone nécessaire pour l'activité de Filetech.¹¹³

Cette première application de la théorie des infrastructures essentielles à une base de données protégée par la propriété intellectuelle a pu sembler inquiétante au regard des droits de propriété intellectuelle. En effet, comment garantir leur protection quand le droit interne de la concurrence s'affranchit des bornes posées par le juge communautaire ? Derrière la

¹¹³ P. Arhel, « Activité du Conseil de la concurrence : le rapport », *Les Petites Affiches*, n°255, p.3

protection des droits de propriété intellectuelle, droit fondamental reconnu, c'est également la question de l'incitation à l'innovation qui est sous-jacente. Comment préserver l'intérêt à innover s'il devient trop facile d'accéder à la création de son concurrent, fût-elle seulement un bien informationnel. A ce propos, le Conseil de la concurrence estime que les critiques contre la théorie des facilités essentielles appliquée aux droits de propriété intellectuelle doivent être mesurées à l'aune de la spécificité des biens en question¹¹⁴, à savoir, des biens informationnels. Il semble indiquer que cette intervention est somme toute limitée « *le droit de la concurrence ne s'appliquant donc, dans sa partie la plus attentatoire à la liberté des titulaires de droits, qu'à des droits de moindre créativité.* » Deux questions¹¹⁵ surviennent alors : existe-t-il des différences de degré dans la propriété intellectuelle ? puis, peut-on considérer que l'atteinte au droit de propriété est moins grave lorsqu'il s'agit d'un bien informationnel, alors même qu'il est protégé par le même droit d'auteur qu'un roman par exemple ? Cette seconde interrogation, au regard de l'arrêt précédemment étudié soulève un certain malaise : est-ce parce qu'il s'agit d'un bien de ce type que la jurisprudence interne adopte une position plus souple que le juge communautaire au regard des critères d'application de la théorie des infrastructures essentielles ?

La jurisprudence postérieure a également témoigné de l'inconstance de la pratique décisionnelle française dans le domaine de l'application de la théorie des infrastructures essentielles aux droits de propriété intellectuelle.

B- La pratique jurisprudentielle ultérieure : des droits de propriété intellectuelle menacés

Si la position du juge communautaire s'est affermie au fil de la jurisprudence, il semble que ce ne soit pas le cas du juge français,¹¹⁶ creusant ainsi un écart dans l'appréciation des critères entre droit communautaire et droit interne. En effet, l'application est unanime mais reste inconstante, pour preuve, plusieurs décisions jurisprudentielles postérieures à l'arrêt du 4 décembre 2001. Nous distinguerons celles relatives à des secteurs traditionnels d'activité (1), puis les décisions relatives aux nouvelles technologies, posant le problème de

¹¹⁴ Rapport du conseil de la Concurrence pour l'année 2004.

¹¹⁵ Ces questions seront examinées plus tard dans notre étude, voir Titre II, chapitre I.

¹¹⁶ L. Idot, « Droits exclusifs et abus de position dominante (A propos de quelques développements récents) », article issu d'une communication présentée dans le cadre des 8èmes journées franco-chinoises organisées par la société de législation comparée le 24 septembre 2005, *Les Petites Affiches*, n°235, point 22.

l'interopérabilité soulevé dans l'affaire Microsoft (2) et pour lequel la critique tend à être moins sévère.

1- Les secteurs d'activité classiques : une inconstance évidente

Pour commencer notre propos nous étudierons l'arrêt qui semble le plus en adéquation avec le juge communautaire. Il s'agit de l'affaire *SIRENE*¹¹⁷ relative non pas à un refus de licence comme dans l'arrêt *Magill* mais aux conditions d'octroi de la licence. En l'espèce, l'INSEE gère le répertoire national d'identification des entreprises et de leurs établissements autrement connu sous le terme « répertoire SIRENE », source de renseignements la plus sollicitée par les professionnels de l'information sur les entreprises. L'INSEE détient un monopole sur ce marché et se trouve donc en situation de position dominante. Cet organisme exerce également une activité de diffusion commerciale de cette base de données soit auprès d'utilisateurs finals, soit auprès d'utilisateurs intermédiaires dont le but est de rediffuser l'information, concurrençant ainsi l'activité de l'INSEE. Deux types de licence sont donc prévus. La société Cégédim, utilisateur intermédiaire estimait que le coût de la licence de rediffusion était trop élevé.

Bien qu'il ne s'agisse pas du même type d'abus que dans la jurisprudence *Magill*, le Conseil, assimilant les situations, va utiliser les critères issus de la jurisprudence communautaire. Tout d'abord, le Conseil identifie un marché aval à celui du répertoire SIRENE, celui de la cession des fichiers de grande taille. Il souligne que des conditions de licence empêchant seulement les opérateurs d'aval d'exercer une simple activité de revente du répertoire SIRENE ne sont pas constitutives d'un abus de position dominante. Il constate en effet que puisque les utilisateurs finaux ont la faculté d'obtenir ce même produit auprès de l'INSEE, aucun produit nouveau n'est privé d'accès au marché. Cependant, il était également constaté que les utilisateurs finaux demandaient principalement des extraits du répertoire traités et enrichis de sorte que si ces traitements différaient de ceux proposés par l'INSEE et qu'il existait bien une demande pour ces derniers, alors l'INSEE devait licencier l'accès au répertoire de façon à permettre la naissance d'activités spécifiques et ce, dans des conditions favorables au développement des activités en cause. L'abus de position dominante a donc été caractérisé, laissant constater une recherche des critères de l'arrêt *Magill*.

¹¹⁷ *Cons.conc.*, avis n° 01-A-18 du 28 décembre 2001 relatif à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation des informations issues du Répertoire SIRENE.

L'une des affaires les plus caractéristiques est celle traitée par le Conseil de la concurrence dans sa décision du 22 décembre 2003¹¹⁸ dont l'analyse pourtant confirmée par la Cour d'appel de Paris, a cependant fait l'objet d'une censure par la Cour de cassation. Ces premières décisions ne semblaient pas appliquer les critères de la jurisprudence communautaire, du moins ceux relatifs à l'exclusion d'un marché dérivé et à l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau. Seul le caractère indispensable de l'infrastructure semble étudié et c'est d'ailleurs sur ce point que la cour régulatrice a sanctionné cette décision. Il s'agissait de l'accès à un logiciel développé par les NMPP, auquel les MLP souhaitaient avoir accès, arguant qu'il s'agissait d'une infrastructure essentielle. Pour estimer qu'il s'agissait d'une infrastructure essentielle, le Conseil avait précisé que d'une part les NMPP sont en situation de position dominante sur leur marché, de plus rien ne s'oppose à ce qu'un logiciel reçoive la qualification d'infrastructure essentielle¹¹⁹ si les critères sont remplis ; par conséquent, en refusant l'accès à leur logiciel les NMPP abusaient de leur position dominante¹²⁰. De plus, citant cette décision pour exemple, le Conseil de la Concurrence a observé qu'il ne semblait pas que les juridictions nationales subordonnaient l'application de la théorie des infrastructures essentielles à l'ensemble des conditions de la jurisprudence communautaire. Au regard de l'impératif de protection des droits de propriété intellectuelle, cette position dénote un certain parti pris des juridictions françaises vis à vis de la position communautaire.

Cette souplesse semble moins présente dans le domaine des problèmes liés à l'interopérabilité.

2- Le secteur des nouvelles technologies et le problème de l'interopérabilité

Par ailleurs, le développement des nouvelles technologies a conduit les autorités de concurrence à traiter des litiges relatifs à l'interopérabilité entre les différentes technologies, à l'instar du litige entre Microsoft et ses concurrents au niveau communautaire. Ainsi, dans la décision « *Codes Rousseau*¹²¹ », le Conseil de la concurrence a sanctionné une société pour abus de position dominante. La société Codes Rousseau s'était réservé une exclusivité de fait

¹¹⁸ *Cons.conc.*, décision n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société des Messagerie Lyonnaise de Presse.

¹¹⁹ S.Lemarchand, « *L'affaire NMPP : s'orientent-elles vers une nouvelle limite au droit d'auteur du logiciel au nom de la libre concurrence ?* », *Propriétés Intellectuelles*, avril 2004, n°11, p. 626.

¹²⁰ Pour un exposé plus détaillé des faits, voir infra section II.

¹²¹ *Cons.conc.*, déc. n° 04-D-09 du 31 mars 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Codes Rousseau dans le secteur des supports pédagogiques pour auto-écoles, BOCCRF n°7 du 6 septembre 2004.

sur le marché des boîtiers électroniques et correctrices d'examen du code de la route. De plus, elle avait renforcé sa position dominante sur le marché de la fourniture de matériel pédagogique aux auto-écoles en refusant à ses concurrents l'autorisation d'utiliser un protocole de connexion assurant la compatibilité entre les correctrices et tout autre support numérique différent de celui qu'elle utilisait. Cette technologie était en effet protégée par un brevet. Le Conseil n'a pas ordonné l'accès à la technologie, néanmoins il a prononcé une sanction pécuniaire lourde qui semble inspirée de la théorie des infrastructures essentielles sans toutefois caractériser les informations en cause « de facilités essentielles ». Le Conseil retient en effet que « *l'exploitation du droit de propriété intellectuelle détenu par les Codes Rousseau sur son protocole de connexion a restreint le droit des concurrents d'exploiter leur propre capacité d'innovation en développant et commercialisant pour le bénéfice des consommateurs des supports pédagogiques numériques différents de ceux des Codes Rousseau* ».

La question de l'interopérabilité a également été traitée par le Conseil de la Concurrence dans l'affaire VirginMega/ Apple Computer Inc.¹²². Apple Computer avait refusé une licence d'accès au système de gestion des droits numérique FairPlay utilisée par les baladeurs Ipod et qui s'avérait incompatible avec le système utilisé par VirginMega. Pour cette dernière, le refus équivalait à un abus de position dominante de la part d'Apple. A ce titre, elle réclamait un accès direct à la technologie d'Apple. Le Conseil, ayant délimité les marchés pertinents avec précaution au regard de l'évolution rapide du marché en matière de nouvelles technologies, analyse la plainte de VirginMega au regard de la théorie des infrastructures essentielles. Il se penche notamment sur le caractère indispensable de l'installation, à savoir la technologie DRM FairPlay. A ce titre, il semble que le Conseil ait pris en compte les circonstances exceptionnelles de l'affaire Microsoft. Après une analyse détaillée des moyens de contourner le téléchargement notamment, le Conseil a conclu que le comportement d'Apple n'était pas répréhensible au plan concurrentiel.

Cette dernière décision semble revenir à une appréciation plus modérée des critères d'application de la théorie des infrastructures essentielles en matière de propriété intellectuelle, qui dans l'ensemble apparaît inconstante¹²³. Elle s'inspire de la décision

¹²² Cons.conc., déc. n°04D54 du 9 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la Société Apple Computer Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur internet et des baladeurs numériques, BOCCRF n°3 du 31 mars 2005.

¹²³ Un autre arrêt de la Cour de cassation témoigne de l'empressement des juridictions françaises à appliquer la théorie des facilités essentielles, non seulement sans examiner la réunion de toutes des « circonstances exceptionnelles » proposées par les arrêts *Magill* et *IMS* mais également à vouloir l'étendre à d'autres domaines du droit de la concurrence, et notamment les ententes. L'arrêt du 26 novembre 2003¹²³ faisant suite à une

Microsoft et dès lors on peut se demander si Microsoft n'a pas établi une variante du test de *Magill* pour le marché de la haute-technologie et les problèmes liés à l'interopérabilité.

Au regard des décisions précitées, on constate une rupture entre la position des juges français et celle des juges de la CJCE. Mais la position du juge français détonne encore plus dans la perspective américaine de la théorie des « *essential facilities* » qui en 2004, avec l'arrêt *Trinko*¹²⁴ a posé un sérieux frein à l'utilisation de cette théorie en général et a fortiori dans le domaine contesté des droits de propriété intellectuelle. Cette conception à contre-courant des juridictions françaises ne semble pourtant pas devoir perdurer grâce à un important arrêt rendu le 12 juillet 2005 par la Cour de cassation.

Section II : Un coup d'arrêt définitif au développement de l'application anarchique de la théorie des facilités essentielles au titulaire de droits de propriété intellectuelle ? L'arrêt « NMPP » du 12 juillet 2005¹²⁵

En l'espèce, la société des Messageries de Presse Lyonnaise (MLP) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Nouvelle Messageries de Presse Parisienne (NMPP) et la SAEM-TP qui abuseraient de la position dominante conjointe qu'elles détiendraient sur le marché de la distribution de la presse au numéro notamment, en lui refusant un accès direct au tronc commun du logiciel Presse 2000 développé par les NMPP et qui sert aux dépositaires pour le suivi de la distribution de la presse par les marchands de journaux et donc le tronc commun est par ailleurs également utilisé par trois autres messageries de presse. Le Conseil de la concurrence avait prononcé des mesures conservatoires enjoignant aux NMPP d'accorder aux MLP un accès direct au tronc commun du logiciel Presse 2000. Devant la Cour de cassation, les NMPP font grief à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris d'avoir confirmé la décision du Conseil. Le pourvoi comprenant six moyens, ce n'est que le troisième qui nous retiendra ici. Les NMPP faisaient grief au Conseil de la

décision de la Cour d'appel de Paris du 21 novembre 2000 et une décision du Conseil de la concurrence en date du 22 décembre 1999¹²³ semble appliquer à une situation d'entente les critères posés par la jurisprudence communautaire. Ainsi que le relève la doctrine, la Cour transpose cette jurisprudence avec largesse. En effet, si elle analyse bien le critère d'exclusion de la concurrence sur un marché dérivé qu'elle estime constitué au regard du comportement de TFI ainsi que le critère du refus injustifié, elle ne s'attache pas à relever que l'attitude de TFI fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, critère considéré comme fondamental depuis l'arrêt *IMS*. De plus, la Cour ne parle à aucun moment du caractère essentiel de l'objet du litige, constituant pourtant un pré-requis dans la jurisprudence communautaire.

¹²⁴ Verizon Communications Inc. v. Law offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S 682, 2004.

¹²⁵ Cass. com. , 12 juillet 2005, n°04-12.388, SARL NMPP c/ MLP

concurrence et à la Cour d'appel d'avoir ordonné de fournir l'accès au logiciel Presse 2000. Reprenant une analyse stricte des critères de l'abus et notamment du caractère indispensable de la « facilité » à savoir le logiciel Presse 2000, la Cour de cassation a censuré les juges du fond.

Afin de mieux envisager toute la signification de cet arrêt largement commenté en doctrine, il conviendra d'étudier dans un premier temps l'aspect principal de la décision, le retour à une appréciation stricte des critères de l'abus (I) avant de s'attacher à en dégager les aspects secondaires mais non moins négligeables (II).

I- Apport principal de la jurisprudence du 12 juillet 2005 : appréciation stricte des critères de l'abus

Nous reviendrons en détail sur la position du conseil de la concurrence et de la Cour d'appel de Paris (A) puis sur la stricte position de la Cour de cassation (B).

A- Une interprétation large des critères par le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel, signe d'un égarement de la jurisprudence s'agissant de la théorie des infrastructures essentielles

On se souvient que le Conseil avait, dans sa décision du 22 décembre 2003, ordonné aux NMPP d'accorder l'accès au tronc commun du logiciel Presse 2000 aux MLP et ce, à titre de mesures conservatoires. La Cour d'appel¹²⁶, pour confirmer cette solution avait alors procédé à une analyse détaillée de la situation.

Alors que les NMPP faisaient grief au conseil d'avoir ordonné l'accès la cour décidait de qualifier le logiciel de facilité essentielle. Par conséquent il ne s'agissait en aucun cas d'une atteinte injustifiée au droit de propriété étant donné que le détenteur d'une facilité essentielle est précisément tenu d'offrir à ses concurrents un accès à l'infrastructure qu'il détient ou qu'il contrôle à des conditions équitables et non discriminatoires. On se place donc bien ici dans le domaine de l'application de la théorie des facilités essentielles à un droit de propriété intellectuelle, le logiciel étant protégé comme toute œuvre. On sait également que la jurisprudence communautaire dans un tel cas, subordonne l'application de cette théorie à des « circonstances exceptionnelles ».

¹²⁶ CA Paris 1^{ère} ch., 12 février 2004, NMPP c/ MLP, inédit.

Au titre des circonstances exceptionnelles, la Cour d'appel ne se préoccupe en fait que de démontrer que le produit est essentiel aux MLP. Elle énonce que « *les dépositaires [qui] jouent un rôle central dans la transmission de l'information entre les éditeurs et les diffuseurs de presse [...] utilisent pour ce faire le logiciel Presse 2000 créé et exploité par les NMPP.* » Les juges mettent donc l'accent sur le fait que le maillon utilisant le logiciel est un maillon central sur le marché de la distribution de la presse au numéro. Puis, ce sont les fonctions essentielles du logiciel qui sont examinées. Les MLP n'ayant pas accès au tronc commun du logiciel, elles avaient donc développé un autre programme (TID) mais qui comportait l'inconvénient pour elles de devoir ressaisir les informations échangées avec les dépositaires pour être utilisées par Presse 2000 à destination des diffuseurs. Cet inconvénient impliquait alors une perte de temps et d'argent. De plus, au regard « des particularités du contexte concurrentiel » caractérisées par le poids des NMPP sur le réseaux des dépositaires centraux ainsi que l'attachement à un système informatique unique du syndicat national des dépositaires de presse, le refus des NMPP de céder l'accès au tronc commun du logiciel constituait un abus de position dominante au sens de l'article L 420-2 du Code de commerce.

Ainsi le logiciel constituait-il « une infrastructure essentielle dont la reproduction à des conditions économiquement raisonnables n'est pas envisageable » ce qui justifiait donc pour la cour d'ordonner l'accès au tronc commun. L'anomalie principale ici est que seul le caractère indispensable est étudié et on constate d'ailleurs que la conception de la cour est erronée¹²⁷. En effet, comment le logiciel peut-il être indispensable alors que les MLP ont déjà créé un logiciel quasiment équivalent ? Où sont les circonstances exceptionnelles censées justifier l'utilisation de la théorie des infrastructures et par la même censées constituer une protection des droits de propriété intellectuelle ?

On peut penser qu'en l'espèce, si la cour avait recherché ces circonstances, la solution aurait été différente. D'abord sur la condition d'éviction de l'apparition d'un produit nouveau : les MLP entendaient certainement ici proposer un service identique à celui des NMPP et des autres messageries de presse. De plus, quant à l'élimination de toute concurrence sur un marché dérivé, on peut constater au regard des faits que cette concurrence n'était pas éliminée puisque que d'autres messageries de presse dont les MLP étaient également présentes sur ce marché.

¹²⁷ Pour reprendre les termes de la CJCE dans l'arrêt Bronner, il ne suffisait pas de faire valoir que l'opération ne serait pas économiquement rentable compte tenu du faible tirage du journal à distribuer mais que le demandeur devrait démontrer l'impossibilité de créer [...] un système alternatif de portage pour un volume de distribution comparable à celui du système existant. Sur ce point, voir D. Brault, Politique et pratique du droit de la concurrence en France, LGDJ, éd. 2004, p.37, n°40.

L'analyse du raisonnement de la cour d'appel se trouvait à l'opposé de la tendance restrictive amorcée par *IMS* en ce qu'elle n'a pas appliqué les critères de façon appropriée, d'où certainement la censure de la cour de cassation .

B- Une censure prévisible par la Cour de Cassation dans la continuité d' « IMS Health » : l'appréciation stricte du caractère indispensable de l'infrastructure

Dans un attendu peu développé mais extrêmement limpide, la Cour régulatrice a en effet sanctionné la cour d'appel sur son appréciation du caractère indispensable du logiciel Presse 2000. Les juges indiquent que la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision en considérant que les MLP ne pouvaient pas mettre en œuvre des solutions alternatives « *fussent-elles moins avantageuses* ». Il est vrai que sur ce point la cour d'appel a adopté un raisonnement pour le moins contradictoire puisque les MLP avaient déjà une solution alternative, certes moins aisée d'utilisation mais qui leur permettait d'opérer sur le marché de façon compétitive et qu'elles avaient admis « *être en mesure matériellement et financièrement de concevoir un logiciel équivalent à Presse 2000 et avoir mis en place un logiciel qui leur permettrait d'adapter les quantités livrées au réseau et de communiquer avec ce dernier* », les juges du fond n'avaient dès lors pas établi que « *le tronc commun du logiciel Presse 2000 était indispensable à l'exercice de l'activité des MLP* ».

Pour la Cour de cassation, le logiciel devait être *indispensable* à l'activité des MLP. Pour la doctrine, cette décision constitue « une interprétation restrictive de la théorie des facilités essentielles »¹²⁸ ou encore « un rappel à l'ordre »¹²⁹ . Pourquoi cette décision peut-elle être interprétée en ce sens ? La réponse semble claire, l'exigence du caractère indispensable de l'infrastructure. Il est possible de reconnaître dans cette exigence ferme la marque du droit communautaire et particulièrement l'arrêt *Oscar Bronner* qui fait référence en la matière et qui indiquait que l'actif devait être impossible à reproduire, confirmé par *IMS*. L'impossibilité ne se définit pas comme le fait que la reproduction soit plus coûteuse ou plus difficile. C'est ce à quoi fait référence la Cour de cassation lorsqu'elle indique que les juges du fond s'étaient déterminés par des motifs impropres à établir « *que des solutions alternatives économiquement raisonnables, fussent-elles moins avantageuses que celles dont*

¹²⁸ G. Decocq, note sous Cass. com., 12 juillet 2005, *Communication, Commerce Electronique*, octobre 2005, comm.160, p.39

¹²⁹ A.Georges, « Accès des concurrents aux infrastructures essentielles, un rappel à l'ordre de la Cour de cassation », *Décideurs : Stratégie Finance et Droit*, sept-oct. 2005, n°69, p. 70.

bénéficiaient les NMPP, ne pouvaient être mises en œuvre par les MLP ... ». Les solutions de substitution à la facilité seront jugées raisonnables même si elles ne sont pas intrinsèquement adéquates. Il ne suffit pas qu'elles soient moins avantageuses que celles dont bénéficie l'entreprise dominante. Le droit de la concurrence ne vise en effet pas à protéger les concurrents mais bien le marché.

Au regard de cette décision, il peut être conclu que l'impossibilité¹³⁰ doit être absolue, en cela, la Cour s'aligne sur le droit communautaire.

Si la doctrine a bien accueilli cet arrêt, ne peut-on pas s'interroger sur le sort des circonstances exceptionnelles de l'arrêt *Magill* ? La Cour ici n'y fait pas référence, est-ce parce qu'il n'existe pas en l'espèce de « facilité » essentielle ? Ce sera certainement à la cour de renvoi d'y procéder, avec espérons le, une rigueur digne de l'arrêt de cassation. En effet la vérification stricte de ces conditions est, selon les auteurs, « *indispensable pour éviter les dérives auxquelles l'application de la théorie des installations essentielles aux droits de propriété intellectuelle risque de conduire* ». ¹³¹

Cette décision laisse finalement entrevoir une perspective d'avenir plus réjouissante pour les droits de propriété intellectuelle quant à l'application de la théorie des facilités essentielles, elle comporte également des aspects secondaires importants qu'il convient de souligner.

II- Le soulagement relatif de la doctrine : Apports secondaires de la décision

L'arrêt du 12 juillet 2005 indique que la jurisprudence devrait désormais concevoir pour l'avenir la théorie des infrastructures essentielles de manière restrictive (A), ce qui malgré un bon accueil de la doctrine n'apporte finalement qu'un soulagement relatif. (B)

A- Une solution encourageante

Par cette décision, les juges de la Cour de cassation montrent la volonté d'appliquer strictement la théorie des infrastructures essentielles en droit français.

¹³⁰ Sur ce point, voir notamment l'article de G. François, « L'absence d'alternative satisfaisante, une limite opportune au droit d'accès imposé par la théorie des facilités essentielles », *JCP E*, n°47, 1700.

¹³¹ J.Schmidt-Szalewski, « Facilités essentielles : la Cour de cassation rappelle les limites de la théorie », *Propriété Industrielle*, janvier 2006, n°1, comm. 9.

Ce point sera brièvement repris puisqu'il a déjà été en partie traité dans le paragraphe précédent. Il convient seulement de souligner que ce « *tour de vis* »¹³² est le bienvenu puisqu'il était devenu urgent, pour certains auteurs, de contrecarrer le développement exponentiel et anarchique de la théorie des infrastructures essentielles en matière de propriété intellectuelle. Par ailleurs, ce durcissement permet également au juge français d'être en accord avec la jurisprudence communautaire.

Pour autant, est-elle plus proche de la jurisprudence américaine récente ? En adoptant de manière si claire la théorie des facilités essentielles, on peut penser que la réponse est négative puisque la récente jurisprudence *Trinko* de la Cour suprême des Etats Unis a largement limité cette théorie, allant jusqu'à remettre en cause sa reconnaissance.

De plus, pour certains auteurs¹³³, la Cour de cassation aurait ici adopté une position plus lisible que celle du juge communautaire en ce qu'elle se pose clairement et explicitement sur le terrain des facilités essentielles alors que la CJCE du fait de sa prudence ne l'a jamais vraiment explicitement revendiqué dans ses applications à la propriété intellectuelle.

Le retour à une appréciation stricte des la notion de facilités essentielles a réjoui la doctrine de tous bords, néanmoins, par d'autres aspects des craintes peuvent survenir.

B- Une solution relativement rassurante

L'autre aspect important est qu'il confirme que la théorie des infrastructures essentielles s'applique bien à la propriété intellectuelle et notamment aux logiciels, domaine où apparemment elle ne s'était pas encore appliquée.

Cette remarque prend tout son sens lorsqu'on constate que la jurisprudence a surtout jusqu'à présent appliqué la théorie des facilités essentielles (que ce soit en droit interne ou communautaire) à des créations relevant d'un régime périphérique au droit d'auteur, les droits voisins notamment, ou encore sur des objets dont le caractère protégeable par le droit d'auteur était douteux. Si sur ce point la jurisprudence était donc plus rassurante, cela n'empêchait pas selon un auteur, une partie de la doctrine de « *crier haut et fort que le droit d'auteur est en péril.* »¹³⁴

¹³² C. Caron, « Le logiciel qui résiste à la théorie des facilités essentielles », *Communication, commerce électronique*, octobre 2005, n°10, comm. 149.

¹³³ M. Poumarède, « Application de la théorie des facilités essentielles à un droit de propriété intellectuelle », *JCP éd. générale*, septembre 2005, n° 37, II 10121.

¹³⁴ S. Lemarchand, article précité

Or ici, c'était un logiciel, et donc une création incontestablement protégée par le droit de la propriété intellectuelle qui est visé. La jurisprudence franchit donc une étape supplémentaire puisqu'on l'a vu avec la décision de la Cour d'appel en l'espèce, un logiciel est susceptible de constituer une infrastructure essentielle. Pour la doctrine, cette solution n'est pas forcément surprenante dans la mesure où un logiciel peut être considéré comme une œuvre utilitaire. Cette nouvelle étape pourrait alors avoir des conséquences importantes dans le domaine de l'informatique particulièrement sur le marché de la maintenance informatique. De plus au delà du secteur informatique, la jurisprudence ne risque t-elle pas d'aller plus loin dans les catégories d'œuvres protégées sous couvert de l'adoption d'une appréciation plus stricte du caractère indispensable de la « facilité » ?

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

Le leitmotiv de ce titre premier était de démontrer que par l'évolution jurisprudentielle communautaire et interne, l'utilisation de la théorie des infrastructures essentielles est de plus en plus limitée concernant les droits de propriété intellectuelle du moins en matière de refus d'accès .

En effet, d'abord au niveau communautaire, on a pu remarquer que dès l'arrêt *Magill* pourtant si décrié, la CJCE avait déjà posé des critères préalables à l'application de la théorie des infrastructures essentielles. Ces critères avaient alors été précisés, expliqués par la jurisprudence postérieure, notamment l'arrêt *IMS*. L'évolution communautaire de la notion d'infrastructure essentielle montre donc, contrairement à ce que la doctrine laisse penser que le droit de la concurrence n'exerce pas nécessairement une domination sur le droit de la propriété intellectuelle, d'une part parce que les conditions de mise en œuvre de la théorie des infrastructures essentielles est désormais étroitement encadrée au niveau communautaire, et tend à l'être au niveau interne ; d'autre part parce que les « créations » ayant fait l'objet du contrôle du droit de la concurrence sont souvent considérées comme la « petite monnaie » du droit de la propriété intellectuelle. Par conséquent on constate que le frein à l'atteinte à la créativité et à la création semble être moindre dans de telles circonstances.

Cependant, ce qui ressort également de la jurisprudence précédemment exposée est que les entreprises investissent dans ces créations protégées par le droit d'auteur, et on ne parle donc plus de protection de la créativité de l'auteur mais de la protection de l'investissement financier de l'entreprise titulaire du droit. On constate donc que le droit d'auteur comporte aussi une logique d'investissement et d'innovation, un peu à la manière du droit des brevets.

Dès lors, il est important de s'interroger sur les conséquences de l'application de la notion d'infrastructure essentielle en droit de la propriété intellectuelle et de l'impact de ces dernières sur l'évolution même de l'utilisation de la notion.

Titre II :

L'arrêt *Magill* dix ans après : l'évolution prospective de la notion de facilités essentielles au regard de ses conséquences pratiques

S'interroger sur les conséquences de l'application de la théorie des infrastructures essentielles aux droits de propriété intellectuelle, c'est s'interroger sur plusieurs problèmes.

Tout d'abord, c'est se questionner sur la nature de ses conséquences. Puis c'est également se poser la question de la mise en œuvre de ses conséquences, comment l'accès à l'infrastructure va-t-il s'organiser quand il s'agit d'un droit de propriété intellectuelle ?

De plus, la question des conséquences amène à s'interroger sur la réalité de ces dernières, en effet, peut-on réellement parler d'une atteinte irréparable aux droits de propriété intellectuelle ? Enfin, on peut aussi se demander quel impact de telles conséquences peuvent avoir au plan de l'avenir de la théorie des infrastructures essentielles.

Toute la problématique de cette seconde partie sera de rechercher la mesure réelle de l'impact des conséquences de la théorie des facilités essentielles d'une part sur les droits de propriété intellectuelle et particulièrement sur le droit d'auteur et d'autre part sur l'avenir de la théorie.

Pour ce faire, nous étudierons dans un premier chapitre la conséquence directe de la théorie des infrastructures essentielles : le partage forcé (*chapitre I*), puis nous nous pencherons sur les perspectives d'évolution de la théorie dans le domaine de la propriété intellectuelle mais également en général au regard des conséquences qu'elle engendre. (*chapitre II*)

Chapitre I :

La conséquence de l'application de la théorie des infrastructures essentielles au droit de la propriété intellectuelle : la menace du partage forcé des droits exclusifs

Toute application de la notion d'infrastructure essentielle conduit, si cette dernière est avérée, à contraindre le titulaire de l'infrastructure (que ce soit une infrastructure physique ou intangible) à devoir en céder l'accès. Nous nous attacherons dans ce chapitre à analyser l'obligation de fournir l'accès ou de rétablir une situation acceptable au regard du droit de la concurrence sous l'angle exclusif de la propriété littéraire et artistique et précisément du droit d'auteur, droit qui est à l'origine de presque toutes les décisions précédemment étudiées. La sanction de l'abus de position dominante du titulaire de droits exclusifs et conséquence de l'utilisation de la théorie des infrastructures essentielles peut se voir sous deux angles. D'une part, ce peut être une sanction imposée : l'obligation faite par le juge interne ou communautaire de céder un droit d'accès aux concurrents (*section I*), ce peut être également une sanction négociée par la prise d'engagements par la société auteur de l'abus de position dominante (*section II*).

Section I : La sanction imposée : l'obligation du titulaire de licencier les droits

Il s'agira en effet, pour le titulaire des droits exclusifs de concéder une licence à un concurrent afin de lui permettre d'exploiter pour son activité, l'objet du droit de propriété intellectuelle en question. Ce véritable « contrat forcé » est bien sûr l'une des principales critiques adressées à l'utilisation de la théorie des infrastructures essentielles. Les difficultés se posent de deux manières. Cette obligation de concéder imposée par le juge bouleverse fortement le concept de liberté contractuelle (I) et pose le problème de la fixation du prix, par le juge et par les parties (II).

I- La liberté contractuelle amoindrie par le corollaire de la théorie des infrastructures essentielles : l'obligation de concéder un accès aux droits

Si la théorie des facilités essentielles porte une atteinte indéniable aux droits de propriété en tous genres, force est de constater que les conséquences de sa mise en œuvre

portent également atteinte à la liberté contractuelle (A) instaurant une sorte de licence obligatoire pour l'exploitation des droits d'auteur. (B)

A- La liberté contractuelle sous l'emprise du droit de la concurrence

La liberté contractuelle c'est à la fois la liberté de s'engager dans une relation contractuelle mais également la liberté d'en choisir les conditions. Or que dire de la « sanction » prononcée dans l'arrêt *Magill* ? L'obligation était faite aux sociétés de télédiffusion de céder un droit d'accès à leurs grilles de programmes télévisés. Cette solution n'était évidemment pas dans l'intention de ces parties dont le refus de concéder leurs droits était à l'origine de cette décision. La liberté contractuelle n'avait pas son mot à dire en l'espèce, du moins sur le principe du contrat. (1) Cependant, le cédant peut parfois avoir une marge de manœuvre plus grande sur les conditions du contrat (2).

1- le principe du contrat imposé : le droit commun des obligations et le droit spécial des licences obligatoires malmenés

Le contrat est classiquement défini comme un accord de volontés¹³⁵. En effet, le droit commun des obligations place l'accent sur la volonté des parties au contrat. En vertu de l'application de l'article 1108 du Code civil, le consentement, condition indispensable à la formation du contrat doit être libre et éclairé. Les parties ont alors le droit de refuser ou d'accepter de nouer un lien contractuel les unes envers les autres, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté.

Ce qu'on connaît sous le terme de liberté contractuelle, liberté qui n'est pas expressément consacrée mais qui découle directement de la liberté individuelle figurant à l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ; c'est la double possibilité d'une part d'entrer dans un contrat, et d'autre part de choisir le contenu de son contrat. Dès lors, au regard de ces principes, il paraît difficile d'imaginer qu'un « contrat forcé » puisse prospérer.

Néanmoins, si la liberté contractuelle est consacrée, l'article 4 de la Déclaration de 1789¹³⁶ indique aussi que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui [...] ». Par conséquent, on peut imaginer que cette liberté peut être réduite si elle porte atteinte à la liberté des autres, particulièrement en ce qui nous concerne, à la liberté du commerce et

¹³⁵ M. Fabre-Magnan, Les obligations, *coll. Thémis droit privé*, PUF, 2004, n°15.

¹³⁶ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789

de l'industrie, consacrée par le Décret d'Allarde.¹³⁷ Comme l'indique un auteur, ce dogme de la liberté « *recule sensiblement d'un point de vue général (économie de marché, impératifs culturels), de sorte que le droit d'auteur ne saurait en être exempt*¹³⁸ ». C'est ce qui permet donc de penser que ce contrat imposé, s'il irrite particulièrement les principes de notre droit des obligations peut parfois s'avérer nécessaire d'un point de vue concurrentiel (d'où la référence à « *l'économie de marché* ») mais également au consommateur (d'où la référence aux « *impératifs culturels* »).

Ainsi, le titulaire d'une position dominante peut être tenu de répondre favorablement aux sollicitations d'un tiers souhaitant se procurer un bien ou un service. La théorie des infrastructures essentielles implique que l'opérateur maîtrisant l'accès à une ressource conditionnant l'accès à un marché voisin ou dérivé et n'ayant aucun substitut réel ou potentiel fournisse l'accès à un tiers concurrent.

L' injonction du juge de laisser l'accès au concurrent va se traduire en droit de la propriété intellectuelle par une licence. Le droit de la propriété intellectuelle connaît déjà ce système de licence obligatoire. En effet, en droit de la propriété industrielle, le législateur interne a prévu à l'article L 613-11 du Code de la Propriété intellectuelle un mécanisme de licence obligatoire à des conditions strictes ; il existe par ailleurs un système de licence d'office dans trois cas. En droit d'auteur, la licence obligatoire est prévue par les conventions internationales¹³⁹ mais est disponible seulement lorsque l'intérêt public est en jeu. Ces licences sont donc d'interprétation stricte, comme toute exception. Ainsi, les injonctions des juges aboutissent à créer des licences obligatoires sans texte dans le domaine du droit d'auteur du moins. On peut donc remarquer que la théorie des infrastructures essentielles malmène autant le droit commun des obligations que le droit spécial des licences obligatoires.

A titre d'illustration, il est intéressant de citer un arrêt qui n'est pas relatif aux droits de propriété intellectuelle mais qui reflète l'immixtion du juge dans la volonté de contracter des parties. Dans l'arrêt *Zoja* du 6 mars 1974, la CJCE avait approuvé la Commission qui avait imposé au fournisseur de contracter avec un client afin que celui-ci puisse bénéficier de matières premières que le fournisseur entendait se réserver. La Commission avait également fixé les conditions du contrat.

¹³⁷ Décret d'Allarde des 14 et 17 mars 1791, qui a également consacré le principe de libre concurrence.

¹³⁸ P-Y Gautier, « Le cédant malgré lui : étude du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles », *Dalloz Affaires*, n°6, 1995, p.123.

¹³⁹ Accords ADPIC, article 8.2 et Convention de Berne, article 11 bis 2) et 13.

Cependant, les conditions du contrat sont parfois le lieu d'un regain de liberté pour les parties, tout dépendra en réalité de l'approche du juge.

2- Les conditions du contrat, une critique plus nuancée du contrat forcé

En effet, on constate que la détermination des conditions du contrat, plus que le principe même du contrat sont plus volontiers laissées à la discrétion des parties, dans une certaine mesure.

Si dans la jurisprudence *Zoja*¹⁴⁰, la CJCE avait approuvé la Commission dans sa décision d'imposer un contrat mais également ses conditions, ce n'est pas forcément la règle générale. En effet, il convient de distinguer les deux options du juge : soit il va fixer les conditions du contrat comme il l'entend, soit il va renvoyer les parties à la négociation. La première solution ne s'est jamais présentée en droit français. Cependant, la CJCE dans l'arrêt *Magill* a fait utilisation de la seconde. La CJCE avait renvoyé les parties à négocier les termes de l'accord. Cette solution a fait dire à la doctrine qu'elle était « *relativement plus respectueuse du droit des obligations tout en contraignant le vendeur à fournir un bien ou un service.* »¹⁴¹ De plus, la Cour avait autorisé les sociétés de télédiffusion à imposer des conditions relatives à une exploitation de qualité des programmes télévisés (maigre consolation, diront certains).

Pour sa part, le droit français semble avoir fait le choix de la négociation par les parties, une solution qui par ailleurs paraît plus en adéquation avec l'esprit du droit d'auteur et ses particularités. Il ne faut cependant pas oublier que les parties restent soumises à un contrôle du juge sur les conditions du contrat, et notamment sur le contrôle du prix.

Le principe du contrat forcé a été instauré en droit de la propriété intellectuelle par le droit de la concurrence et ce, par le biais de la théorie de infrastructures essentielles. Si cette conséquence de l'application de cette théorie heurte allégrement nos principes contractuels, il est également intéressant de s'interroger sur la raison d'une telle intrusion, ce qui finalement pourrait justifier, autrement que par des impératifs concurrentiels, l'utilisation du droit de la concurrence et de la licence obligatoire.

¹⁴⁰ CJCE, 6 mars 1974, ICI Spa et Commercial Solvents c/ Commission, aff. 6/73 et 7/73, Rec. p. 223.

¹⁴¹ M.Chagny, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, éd. Dalloz, 2004, p. 299

B- La justification du contrat forcé : le rétablissement d'un équilibre perdu au sein de la propriété intellectuelle plus qu'une atteinte irréversible ?

On peut en effet se demander pourquoi le droit de la propriété intellectuelle semble être soumis à la domination du droit de la concurrence. Les auteurs de propriété intellectuelle y voient une intrusion inacceptable mettant en péril la création et l'innovation.

Cependant, au regard de toutes les décisions jurisprudentielles étudiées jusqu'ici, il est intéressant de constater que le droit de la concurrence ne s'est jamais appliqué tant en droit communautaire qu'en droit français à une œuvre d'art, à une création artistique pure. En effet, les œuvres concernées étaient certes protégées par le droit d'auteur mais elle ne revêtaient qu'un caractère utilitaire. Un simple regard sur la jurisprudence le confirme : l'arrêt *Magill* portait sur des grilles de programmes, l'arrêt *IMS* sur un format de données, l'affaire *France Télécom* de 2001 était relative à des listes d'abonnés au téléphone. Difficile alors d'y voir une création au sens où le droit d'auteur devrait l'entendre. Ces œuvres sont en réalité ce que les auteurs nomment des biens informationnels. Ces biens ont été adoptés par le droit d'auteur alors qu'il répondent à une autre logique, une logique d'investissement.¹⁴² Ainsi ce droit d'auteur détourné de son objectif initial peut subir les foudres du droit de la concurrence (1), ce dernier pouvant cependant se concilier afin de maîtriser cette nouvelle forme de droit d'auteur, qui, on l'a constaté peut s'avérer un obstacle à la libre concurrence (2).

1- Un droit d'auteur en mutation : l'intégration d'une logique d'investissement

Le constat d'un changement du droit d'auteur est inévitable au regard de la jurisprudence relative aux infrastructures essentielles. Le droit d'auteur, en intégrant la protection des logiciels et autres grilles de programmes télévisés et listes téléphoniques a perdu de sa superbe. Il y a par ailleurs eu le développement de régimes dérogatoires tel que celui des logiciels ou des bases de données.

La notion d'investissement a fait son entrée dans le droit d'auteur au détriment de la notion d'originalité, critère de protection en droit d'auteur. En effet, les biens informationnels sont des biens créés par une entreprise, dans un but utilitaire et résultent donc d'investissements industriels. L'investissement n'est pas un critère de protection. Aussi, afin

¹⁴² S. Lemarchand, O.Freget, F. Sardain, « Biens informationnels, entre droits intellectuels et droit de la concurrence », *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2003, n°6, p.11 : « en matière de biens informationnels, plus qu'ailleurs, on quitte la logique du droit d'auteur, protégeant la personnalité d'un auteur à travers une œuvre, pour rejoindre une logique concurrentielle qui protège les investissements sur un marché. » point 6.

de conférer une protection à ces « œuvres », la jurisprudence a souvent énoncé que ces biens révélaient un apport intellectuel¹⁴³, suffisant pour leur attribuer une protection. On est donc bien loin de l'originalité. Et c'est l'objet de la protection qui change alors, ce n'est plus la personnalité de l'auteur que le droit protège mais bien l'investissement et la fonctionnalité de l'œuvre. Dès lors, la création n'est plus réellement protégée, puisque selon la doctrine, on confond désormais cette création et l'effort et l'investissement¹⁴⁴. La conséquence directe est un élargissement de la protection accordée par le droit d'auteur, ce qui conduit à une extension du monopole à des éléments traditionnellement considérés comme non protégeables, et particulièrement pour notre propos, l'information brute. En effet, dans nombres d'instances c'est la protection de la forme qui paralyse l'accès au fond, à l'information alors que celle-ci devrait relever du domaine public¹⁴⁵. Ainsi, il est avancé par certains auteurs¹⁴⁶ que dès lors que l'« *existence du droit d'auteur est contestable* » ou « *qu'elle conduit à une appropriation de l'information* », l'intervention du droit de la concurrence est moins critiquable.

Cette extension du champ d'application de la protection concerne directement le droit de la concurrence, en effet, c'est sur ce terrain et uniquement sur celui-ci que la domination du droit de la concurrence risque de s'exercer. Cette extension est de plus un symptôme de la « maladie » du droit d'auteur évoquée par certains auteurs et qui consiste à protéger tout et n'importe quoi.

Après avoir vu les profonds changements affectant le droit d'auteur, nous nous interrogeons sur le rôle du droit de la concurrence et de la théorie des facilités essentielles dans le droit de la propriété intellectuelle.

¹⁴³ Par exemple pour un logiciel, Cass. Ass. Plen. 7 mars 1986, BMW c/ Pachot, JCP éd. générale 1986, II, 20631.

¹⁴⁴ Les biens informationnels n'en méritent-ils pas pour autant une protection afin de ne pas décourager le développement de biens et services nécessaires au bien être du consommateur ainsi que l'investissement indispensable ?

¹⁴⁵ L'arrêt *Magill* constitue un exemple typique de ce type de création informationnelle.

¹⁴⁶ N. Mallet-Poujol, « La théorie des facilités essentielles et les créations informationnelles », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, février 2006, n°13

2- L'intervention finalement utile du droit de la concurrence pour une atteinte moindre aux de droits propriété intellectuelle « classiques »

Le rôle premier de l'intervention du droit de la concurrence est de rétablir une concurrence effective sur le marché notamment, lorsque le titulaire de droits de propriété intellectuelle détient la clef d'un marché et refuse de concéder ses droits. C'est dans cette optique que s'est développée la théorie des infrastructures essentielles en droit de la propriété intellectuelle. Mais au regard de la tendance précédemment évoquée, le droit de la concurrence ne remplit-il pas un rôle secondaire ? Celui de complément tout d'abord (a), puis celui de vecteur de considérations consuméristes dans le droit de la propriété intellectuelle et particulièrement le droit d'auteur pour ce qui concerne notre propos (b).

a- le complément de la propriété intellectuelle

Dès l'arrêt *Magill*, l'idée avait été avancée que cette intervention du droit de la concurrence était par certains aspects un correctif aux législations accordant la protection du droit d'auteur de façon trop laxiste, c'était notamment le cas des législations irlandaise et anglaise en l'espèce. Cette idée paraît en effet intéressante même si l'on ne doit pas oublier que le droit communautaire de la concurrence ne doit en rien préjuger des législations nationales concernant l'existence des droits de propriété intellectuelle. Cet arrêt de la CJCE est donc venu tirer les conséquences de l'abandon par le droit de la propriété intellectuelle du critère de l'originalité, critère fondateur du droit d'auteur et en l'espèce ce délaissement s'est traduit par le fait d'accorder à des grilles de programmes télévisés, informations brutes au demeurant selon les juges, la protection normalement échue aux créations littéraires et artistiques.

Cette intervention du droit de la concurrence ne serait donc pas, dans le cas des biens informationnels, si dévastatrice des droits de propriété intellectuelle. Et c'est de plus la seule utilisation possible du droit de la concurrence sur le droit d'auteur, puisqu'on voit mal comment on pourrait appliquer le droit de la concurrence à un droit d'auteur classique c'est-à-dire fondé sur la protection de la personnalité de l'auteur et donc sur une œuvre traditionnelle.

En réalité, le constat d'une distinction entre biens informationnels et biens faisant classiquement l'objet d'une protection par le droit d'auteur aboutit à se poser la question des différences de degré dans la propriété littéraire et artistique. On parlerait alors d'un « *droit*

d'auteur à deux vitesses »¹⁴⁷. Et dans ce droit d'auteur divisé, le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle semblent poursuivre finalement le même objectif. En effet, la concurrence poursuit une logique économique, une concurrence efficace pour permettre aux consommateurs de bénéficier du progrès technique et de prix compétitifs. En matière de biens informationnels, comme nous avons pu le relever précédemment, le droit de la propriété intellectuelle offre sa protection, un peu à la manière du droit des brevets, pour encourager l'investissement et le développement de ces biens et services qui intéressent le bien-être du consommateur. Ces deux branches du droit poursuivent donc un but identique, le progrès, l'investissement pour le plus grand nombre, néanmoins leurs méthodes divergent. Mais le droit de la concurrence apparaît tout de même comme un complément régulateur de l'exercice des droits de propriété intellectuelle sur les biens informationnels. En effet et pour reprendre la première idée de cette subdivision, le droit de la concurrence peut s'appliquer lorsque le droit d'auteur est accordé de manière inconsidérée à des biens informationnels car cette situation est nécessairement attentatoire à « *l'équilibre en protection et accessibilité de l'information* »¹⁴⁸ Le droit de la concurrence reste donc un droit de l'abus.

Dès lors, le rôle « régulateur » du droit de la concurrence en droit de la propriété intellectuelle doit se cantonner à la répression de l'abus des droits portant sur la « *petite monnaie* » du droit de la propriété intellectuelle, à savoir les biens informationnels.

Le droit de la concurrence ne protège pas les opérateurs mais le marché et derrière le marché, c'est toujours le bénéficiaire du consommateur qui est sous-jacent. Dès lors l'application de la théorie des infrastructures essentielles au droit de la propriété intellectuelle serait-elle un moyen de faire entrer une logique consumériste dans le bastion du droit d'auteur ?

b- l'intérêt sous-jacent du consommateur

Si une partie de la doctrine s'est interrogée sur la présence du consommateur en droit d'auteur, c'est sur l'influence du consommateur en droit d'auteur qu'il est également intéressant de se pencher. Un bref retour en arrière sur la jurisprudence étudiée nous permet de constater que l'intérêt du consommateur joue un rôle dans l'application du droit de la

¹⁴⁷ Rapport de la Commission « propriété littéraire et artistique et droit de la concurrence » du CSPLA (extraits), *Légipresse*, n°210, avril 2004, p.42. « *Le droit de la concurrence s'applique plus aisément et fréquemment aux « créations utilitaires », ce phénomène étant susceptible de créer un double effet, d'une part, une segmentation forte entre les différentes catégories d'œuvres (il y aurait un droit d'auteur à deux vitesses suivant la nature des œuvres) [...]* », point 31.

¹⁴⁸ S. Lemarchand, O.Freget, F. Sardain, article précité.

concurrence et notamment de la théorie des infrastructures essentielles aux droits de propriété intellectuelle. Le TPICE dans l'affaire Magill avait relevé, tout comme la Commission, qu'il existait une « *demande potentielle spécifique, constante et régulière de la part des consommateurs* ». Au delà de cette jurisprudence, on sait que plus la concurrence joue à plein sur un marché, plus les bénéfices pour les consommateurs vont être grands car l'offre sera d'autant plus diversifiée et bon marché. Les conditions d'application de la théorie des facilités essentielles en droit de la propriété intellectuelle laissent également apercevoir un intérêt pour le consommateur par la condition de produit nouveau (et qui protège également le titulaire des droits). Dans l'arrêt *Tiercé Ladbroke*, la Commission avait relevé que le service auquel Ladbroke désirait avoir accès n'aurait pas « *constitué un service vraiment différent de celui qui était déjà fourni aux parieurs*. » Ici encore on remarque la référence au consommateur.

Cette intrusion du consommateur dans le droit d'auteur est parfois vue de façon négative parce que l'exclusivité du droit d'auteur est évidemment susceptible de faire les frais de cette influence, pour autant, cette même doctrine admet que cette situation « *malsaine* » est due à « *un droit d'auteur trop accueillant [qui] ne peut que susciter de telles réactions* »¹⁴⁹.

La justification du contrat forcé, résultante de l'application de la théorie des infrastructures essentielles, se trouve donc dans la nature des biens concernés par les droits exclusifs, en réalité c'est l'extension inconsidérée de la protection du droit d'auteur aux biens informationnels qui justifie l'intervention du droit de la concurrence. Par conséquent, il peut être conclu que la prétendue atteinte au droit de la propriété intellectuelle considérée par une partie (majoritaire) de la doctrine, comme un sacrilège, doit être dans les faits nuancée car le droit de la concurrence n'intervient que dans une mesure limitée (les biens informationnels ou utilitaires) et à des conditions limitées (les « *circonstances exceptionnelles* » dégagées par l'arrêt *Magill*). Dès lors, le contrat forcé ainsi que l'application de la théorie des infrastructures essentielles semblent moins contestables.

Le principe de la licence obligatoire même si elle reste contestable sur certains aspects de droit des obligations semble donc avoir une justification. L'un des éléments les plus importants de ce contrat concerne la détermination du prix de cession des droits.

¹⁴⁹ C.Caron, « Le consommateur en droit d'auteur », in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy, Etudes de droit de la consommation*, éd. Dalloz, 2004, p. 245.

II- La détermination du prix d'accès : la délicate question de la rémunération du titulaire des droits

Dans la mesure où la licence obligatoire est prescrite au titulaire des droits de propriété intellectuelle jugés essentiels, cette concession sur des droits exclusifs, même contestables, doit être rémunérée à sa juste valeur. Aussi, la détermination du prix est aussi importante pour le titulaire des droits qui attend une véritable rémunération que pour le tiers demandeur d'accès qui souhaite profiter d'un prix lui permettant de livrer concurrence de manière équitable. S'ajoutent à ces intérêts antagonistes les approches différentes du prix qu'ont le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle. Dans un premier temps nous verrons que la jurisprudence interne et communautaire a posé des exigences quant aux modalités d'accès (A). Puis, nous examinerons les modalités de calcul de la redevance, véritable « nerf de la guerre ». (B)

A- Le caractère non discriminatoire des conditions d'accès

L'étude de la jurisprudence appliquant la théorie des infrastructures essentielles montre que les juridictions prescrivent invariablement que les conditions d'accès doivent être non-discriminatoires, transparentes et objectives (1). La jurisprudence sanctionne particulièrement toute politique de prix ayant un effet de ciseau tarifaire (2).

1- L'obligation de fournir un accès à des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires

Il est en effet fréquent que les juridictions internes ou communautaires indiquent que l'accès doit être fourni à des conditions non discriminatoires, objectives et transparentes. La Commission européenne l'avait ainsi indiqué dans sa décision relative à l'affaire Magill¹⁵⁰. Les juridictions françaises également, dans l'arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2001, il avait été fait injonction à France Télécom de « *fournir, dans des conditions identiques, à toute personne qui en faisait la demande, la liste consolidée des informations* » [...]. Que signifie le terme non discriminatoire ? La jurisprudence semble indiquer que

¹⁵⁰ « la Commission a constaté l'infraction à l'article 86 du Traité CEE et a enjoint aux trois sociétés de mettre fin à ladite infraction [...] en fournissant aux tiers sur demande et sur une base non discriminatoire leurs programmes d'émissions hebdomadaires [...]. Elle avait également indiqué que « les éventuelles redevances devaient être d'un montant raisonnable ». Point 12 de la décision de la CJCE du 6 avril 1995 précitée.

l'accès effectif à l'installation essentielle doit être fourni à tout opérateur en faisant la demande et ce, à des conditions tarifaires égales. En effet, le Conseil a relevé qu'une tarification discriminatoire équivalait à un refus d'accès et donc à un abus sanctionné par le droit de la concurrence.¹⁵¹

Le contrôle du caractère non discriminatoire des conditions d'accès s'opère en général par comparaison avec des licences déjà accordées par l'opérateur en situation de position dominante ou par rapport aux coûts que l'opérateur s'impute en interne. Ce dernier cas est souvent le lieu d'abus.

2- Le caractère discriminatoire du prix contrôlé : la sanction du « ciseau tarifaire »

En effet, la jurisprudence surveille étroitement les éventuels effets dits de ciseau tarifaire. L'effet de ciseau se définit comme le fait pour la société qui doit fournir l'accès à la ressource essentielle de facturer des sommes telles que les concurrents qui ont accès au bien sont obligés de facturer leurs abonnés à des prix supérieurs à ceux auxquels l'opérateur (historique le plus souvent) facture à ses propres clients. De fait, les nouveaux entrants sur le marché ne peuvent efficacement concurrencer l'opérateur en situation de position dominante. Cette théorie a notamment été développée par la Commission dans la décision *Deutsche Telekom*¹⁵². En droit interne, quelques décisions nous montrent le contrôle effectué par les juridictions. En effet, dans la décision du Conseil de la concurrence du 12 septembre 2003, deux sociétés souhaitant avoir accès aux listes d'abonnés France Télécom avaient saisi le Conseil arguant du non-respect par France Télécom des injonctions faites par la Cour d'appel de Paris relative à une fourniture de ses services à des prix non discriminatoires et orientés vers les coûts. Le Conseil avait en effet établi le caractère discriminatoire des prix de cession des données annuaire pour les utilisateurs ne souhaitant pas exercer une activité d'édition d'annuaires imprimés. De plus le Conseil avait relevé que l'activité envisagée par les demandeurs (un service de renseignements téléphoniques) ne pouvait pas être rentable compte tenu du prix d'accès à la base facturé par France Télécom. Dans un arrêt très récent¹⁵³, la Cour de cassation a sanctionné France Télécom à nouveau mais cette fois sur les modalités d'accès à l'ADSL, ainsi, ce ne sont pas des droits de propriété intellectuelle qui sont en jeu mais la Cour insiste particulièrement sur l'effet de ciseau tarifaire créé par la politique de prix de

¹⁵¹ Cons.conc. ,28 décembre 2001, avis n° 01-A-18.

¹⁵² Commission, 21 mai 2003, JOUE n° L 263 du 14 octobre 2003.

¹⁵³ Cass.com., 14 mars 2006, n°de pourvoi 05-11232, inédit.

l'opérateur. La société 9Télécom faisait ici grief à France Télécom de procéder à des pratiques contraires à l'article L 420 -2 du Code de commerce et 82 du Traité CE. En effet, le Conseil de la concurrence dans sa décision du 18 février 2000¹⁵⁴ avait enjoint à l'opérateur historique de « *proposer aux opérateurs tiers une offre technique et commerciale d'accès au circuit virtuel permanent pour la fourniture d'accès à l'ADSL ou toute autre solution technique équivalente [...] permettant l'exercice d'une concurrence effective par les opérateurs tiers, tant par les prix que par les prestations offertes* ». La Cour d'appel de Paris avait par la suite sanctionné le non-respect de l'injonction par France Télécom. Pour rejeter le recours de l'opérateur contre la décision des juges du fonds, la Cour de cassation relève que le respect de l'injonction faite par le Conseil implique que les opérateurs ne soient pas victimes d'un effet de ciseau tarifaire entre « *d'une part les versements qu'ils doivent effectuer à France Télécom au titre de cette offre elle-même et d'autre part les prix des offres de France Télécom aux fournisseurs d'accès à Internet sur le marché aval que les opérateurs tiers doivent pouvoir concurrencer.* » De plus, même si France Télécom avait par la suite proposé des nouveaux tarifs aux opérateurs, l'effet de ciseau tarifaire avait persisté puisque dans le même temps, France Télécom avait proposé aux fournisseurs d'accès internet des prix plus bas. La Cour de cassation a alors confirmé la décision rendue par la Cour d'appel. On peut le constater au vu de ces décisions, le juge opère un contrôle strict des conditions d'accès à l'installation essentielle particulièrement sur les prix pratiqués.

Et si les prix pratiqués ne doivent pas avoir un effet discriminatoire tel qu'un effet de ciseau tarifaire, le problème des modalités de détermination du prix reste entier, cependant, les juridictions, particulièrement françaises, font référence à un prix orienté vers les coûts.

B- L'orientation du prix par les coûts

Si l'on décide qu'une infrastructure est essentielle et doit être partagée, le prix d'accès doit être décidé. Cette conséquence est la finalité recherchée par la théorie des infrastructures essentielles, mais comme le relève la doctrine le régime financier de l'accès demeure « *la source des problèmes les plus épineux* »¹⁵⁵. En effet, comment déterminer le prix qui

¹⁵⁴ Cons.conc., 18 février 2000, n° 00-M-01

¹⁵⁵ CECOJI-CNRS, équipe de propriété intellectuelle, « Propriété littéraire et artistique », *JCP E*, n°35, 1 septembre 2006, 1216.

permettra aux tiers d'accéder raisonnablement à l'infrastructure et qui préservera l'incitation à innover¹⁵⁶ ? La jurisprudence semble s'orienter vers une fixation du prix orientée vers les coûts.

Cette solution semble ressortir plus significativement de la jurisprudence française que de la jurisprudence communautaire. En effet, dans l'arrêt *Magill*, il était fait référence à une rémunération « *raisonnable* », notion pour le moins floue mais réitérée par la Commission dans sa décision relative à *IMS* ainsi que dans l'affaire *Microsoft*. Dans l'affaire NMPP, le Conseil avait estimé que l'accès devait se faire à des « *conditions équitables* ». On remarque donc ici que les autorités de concurrence cherchent à ce que les entreprises en situation de domination et détentrice de droits de propriété intellectuelle concèdent un licence à des conditions justes et équitables. Mais qu'y a-t-il de plus difficile à définir que le caractère équitable d'un prix ?

A côté de ce prix équitable, raisonnable, les autorités de concurrence, françaises notamment font de plus en plus souvent référence à un prix orienté vers les coûts. Cette logique orientée vers les coûts proviendrait des précédents jurisprudentiels relatifs au secteur des télécommunications dans lequel le principe de l'orientation vers les coûts est imposé par les textes.¹⁵⁷

L'exigence d'orientation du prix vers les coûts ressort notamment dans la décision précitée du Conseil rendue le 12 septembre 2003. Dans cette décision, le Conseil avait fait une analyse détaillée des coûts que France Télécom devait supporter pour son activité de gestionnaire de listes d'abonnés au téléphone. Il était question des coûts incrémentaux, le coût incrémental étant celui lié uniquement au service offert en concurrence. Grâce à cette analyse, le Conseil avait pu conclure à des tarifs discriminatoires et manifestement non orientés vers les coûts, contrairement à ce qu'avait enjoint la Cour d'appel dans une décision du 29 juin 1999. Cependant, cette orientation vers les coûts paraît poser problème en droit de la propriété intellectuelle. En effet, une partie de la doctrine indique à propos d'une décision du Conseil de la concurrence rendue le 22 juillet 2004 dans *l'affaire NMPP*, que la référence à une logique de coûts menace les droits de propriété intellectuelle. Pour le Conseil, le fait que

¹⁵⁶ D. Geradin, "limiting the scope of article 82 : what can the EU learn from the US Supreme Court's judgment in *Trinko* in the wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom*?", *Common Market Law Review* 41, 1519-1553, 2004. L'auteur souligne: "All those who have been involved in access issues know that what often matters the most is not so much whether access should be given, but at which price it should be given."

¹⁵⁷ Code des P et T, article L.35-4.

l'infrastructure ne soit pas une infrastructure physique n'empêche en rien la référence aux coûts dans le calcul des tarifs d'accès¹⁵⁸.

Dans cette décision, l'expert engagé par les NMPP a conclu que la méthode de l'orientation du prix par les coûts n'est pas pertinente s'agissant d'une création intellectuelle et non d'une infrastructure physique. En conséquence les NMPP avaient considéré que « *l'objectif d'incitation à l'innovation, et donc l'efficacité de long terme, conduit à demander un niveau de redevance représentatif des profits perdus par les NMPP* ». De plus, la charge d'accès devrait refléter « *la valeur des instruments de propriété intellectuelle mis en partage, la qualité éprouvée du système informatique et la réputation dont il bénéficie auprès des éditeurs* ». On le voit, le titulaire des droits demande bien plus que les coûts liés au service offert en concurrence. De plus on peut souligner la difficulté à estimer la valeur d'un bien incorporel tel qu'un droit de propriété intellectuelle, notamment quand l'infrastructure essentielle est une information, problème récemment soulevé dans l'affaire *Microsoft*¹⁵⁹. Mais selon le Conseil, l'examen des coûts est un indicateur qui permet de mesurer la proportionnalité du seuil de la redevance à l'investissement réalisé par le titulaire des droits de propriété intellectuelle. Cependant, il est important de noter qu'en l'espèce, le Conseil a également intégré une logique d'incitation à l'innovation en indiquant que la redevance doit assurer « *le maintien de l'incitation des NMPP à investir et améliorer les performances du système informatique* ». Le raisonnement du Conseil va donc au delà d'une logique exclusivement orientée vers les coûts.

Néanmoins, pour certains auteurs, la référence aux coûts sans prendre en compte la spécificité des droits de propriété intellectuelle pourrait fragiliser à la fois le droit à l'exclusivité de l'auteur mais également le droit à rémunération. De plus cette décision était pour le moins critiquable car l'on se trouvait encore au stade des mesures conservatoires.

Malgré les critiques, il semble, comme le note un auteur¹⁶⁰ que l'orientation du prix vers les coûts est utilisé de façon récurrente pour la détermination du prix d'accès.

Au regard des développements précédents, il est aisé de remarquer que la méthode consistant à imposer une licence obligatoire au titulaire des droits de propriété intellectuelle

¹⁵⁸ Cons.conc., 22 juillet 2004, déc.n° 04-D-34. BOCCRF 2004, n°10. Le Conseil indiquait : « *Le fait que la facilité qualifiée d'essentielle ne soit pas une infrastructure physique ne retire pas sa pertinence à la référence aux coûts dans le calcul des tarifs d'accès.* »

¹⁵⁹ La Commission a imposé à Microsoft de fournir des données relatives à l'interopérabilité. Le problème est la difficulté d'évaluer le prix de quelque chose qui ne s'use pas, contrairement à une infrastructure physique. Dès lors le prix d'accès doit nécessairement permettre au titulaire des droits de continuer à innover.

¹⁶⁰ I. Mauléon-Wells, « Propriété intellectuelle et concurrence, une nouveauté : de l'approche forcée à la négociation », *Concurrences*, n°4- 2005, p.53.

n'est pas sans poser de nombreuses difficultés, aussi bien au plan théorique qu'au plan pratique. Dès lors, la promotion d'un mode moins « violent » de rétablissement de la concurrence ne constituerait –elle pas une solution plus adéquate ?

Section II : La solution négociée : la technique des engagements

La critique est acerbe contre l'usage par les autorités de concurrence de leur pouvoir d'injonction en vue de contraindre le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle d'en fournir l'accès à des concurrents. La récente évolution normative au niveau communautaire laisse néanmoins la place à une nouvelle technique permettant une solution négociée entre les autorités et l'entreprise en cause.(I) Cette alternative à la licence forcée a par ailleurs déjà connu des applications en pratique (II).

I- Présentation de la technique des engagements

Cette technique, qui présente des avantages certains et non négligeables pour ce qui concerne la conciliation du droit de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle (B) est issue de la volonté du législateur communautaire de revisiter le droit de la concurrence (A).

A- Une technique issue de la modernisation du droit de la concurrence

Les entreprises sont classiquement sujettes au pouvoir d'injonction des autorités de concurrence. Cette soumission à ce pouvoir provoque, comme on a pu le voir précédemment, des difficultés pratiques et théoriques en cas de licence obligatoire.

Le salut pourrait alors se trouver dans le recours à la technique des engagements, nouveauté issue du Règlement communautaire 1/2003 qui intervient dans le cadre de la réforme de la mise en œuvre des règles de concurrence. Ce texte prévoit dans son article 9 que

la Commission a la possibilité d'adopter des décisions rendant obligatoires des engagements pris par les entreprises contre lesquelles il est engagé des poursuites. La faculté d'accepter des engagements n'est pas en soi une nouveauté puisque la Commission avait déjà cette faculté à la différence près que cette dernière, en cas de non-respect, ne pouvait pas sanctionner les entreprises. Avec l'entrée en vigueur du règlement 1/2003¹⁶¹, la Commission peut désormais prendre des décisions d'acceptation d'engagements dont le non-respect peut donner lieu à une sanction. La procédure se déroule en plusieurs temps. Tout d'abord, la Commission va envoyer aux entreprises concernées une évaluation préliminaire identifiant les « préoccupations » de concurrence qui pourraient survenir. Il ne s'agit pas d'une qualification des faits. Sur la base de cette évaluation, les entreprises vont pouvoir proposer à la Commission des engagements de nature à préserver la concurrence au regard des « préoccupations » identifiées. La Commission, si elle les trouve satisfaisants va les publier au JOUE et va alors s'ouvrir une période durant laquelle les tiers pourront formuler des observations. Si à la fin de ce délai et après analyse des observations des tiers les engagements apparaissent de nature à pouvoir éviter des restrictions de concurrence, la Commission peut décider de les rendre obligatoires. Cette décision d'adoption permet également de clôturer la procédure.

En droit français, c'est l'article 5 du règlement 1/2003 qui a permis la transposition de cette technique par le biais de l'ordonnance n°2004/1173 du 4 novembre 2004¹⁶². Le Conseil de la concurrence peut désormais accepter des engagements sans avoir à faire reconnaître des griefs et ce, à tout moment de la procédure en vertu de l'article L 464-2 du Code de commerce.

Outre l'élargissement considérable des possibilités d'intervention du Conseil de la concurrence et de la Commission, le recours à la technique des engagements présente d'autres avantages, notamment concernant l'application du droit de la concurrence aux droits de propriété intellectuelle.

¹⁶¹ règlement CE n°1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévus aux articles 81 et 82 du Traité CE, *JOCE L 1*, du 4 janvier 2003, p.1.

¹⁶² Ordonnance n°2004-1173, du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du Code de commerce au droit communautaire de la concurrence, *JO* du 5 novembre 2004.

B- Les avantages et inconvénients de cette procédure en droit de la propriété intellectuelle

Si la technique de l'engagement représente une avancée dans le domaine du règlement des litiges relatifs à l'application de l'article 82 CE et qu'elle présente des avantages indéniables (1), des inconvénients peuvent cependant survenir (2).

1- Des avantages indéniables

L'avantage premier qui ressort de cette procédure est évidemment le caractère consensuel de la démarche. C'est la négociation entre l'autorité de concurrence et l'opérateur qui prime, là où elle était inexistante dans le système de licence obligatoire. C'est le rôle de l'opérateur qui change. En effet, d'un rôle passif « d'accusé », l'entreprise entre dans une logique dynamique de proposition d'engagement, sans avoir à reconnaître les faits, ce qui porte atteinte à leur réputation dans une moindre mesure. De plus, la prise d'engagements peut s'avérer moins intrusive et plus efficace qu'une injonction simplement en raison du fait qu'elle est volontaire.

L'une des conséquences de cette coopération entre l'autorité de concurrence réside dans le fait d'une fluidité accrue du règlement du problème. Ainsi comme le souligne un auteur, « *une solution aussi optimale que possible est obtenue dans des temps records respectant de ce fait les besoins de la vie industrielle et commerciale des entreprises intéressées*¹⁶³ ». De ce point de vue, on ne peut que remarquer l'avantage d'une procédure plus rapide, correspondant aux besoins des entreprises ainsi que de la concurrence.

Par ailleurs, la période de consultation permet de tester les engagements de l'entreprise, d'éprouver leur viabilité et leur adéquation à résoudre les « préoccupations » de concurrence émises par l'autorité régulatrice. Concernant le domaine particulier des droits de propriété intellectuelle, cette période, parce qu'elle permet aux tiers de présenter leurs observations, constitue une garantie supplémentaire de ces droits exclusifs. En effet, elle permet de confronter les demandes des tiers concernant l'accès aux droits exclusifs aux impératifs de protection de l'innovation et de l'investissement. De plus, les droits pourront parfois bénéficier d'un respect particulier si, dans sa proposition d'engagement, l'entreprise

¹⁶³ I. Mauléon-Wells, « Propriété intellectuelle et concurrence, une nouveauté : de l'approche forcée à la négociation », *Concurrences*, n°4- 2005, p.53.

en cause pose certaines conditions relatives à l'exploitation de ses droits exclusifs.¹⁶⁴ Dans la décision Yvert & Tellier, le Conseil avait répondu favorablement à une demande particulière, dans le souci de conciliation entre les droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence et de préservation de l'incitation à innover.

Si la technique des engagements présente des intérêts certains, notamment dans les relations entre propriété intellectuelle et droit de la concurrence, des inconvénients semblent subsister.

2- Des inconvénients moindres ?

Certains auteurs parlent d'outil à manier avec précaution. Plusieurs raisons peuvent être avancées. La première tient au non-respect des engagements, la mauvaise foi d'un opérateur n'est pas impossible et le passage par la technique des engagements aboutirait à rallonger la procédure de sanction. Néanmoins, on peut penser que le titulaire des droits, ayant négocié sa situation ne prendra pas le risque de tout compromettre.

De plus, il est évident que le champ d'application de cette technique doit être rigoureusement déterminé. Si son domaine de prédilection semble être (en ce qui concerne le droit interne) celui de la conciliation entre droit de propriété intellectuelle et abus de position dominante, il a été souligné que dans les secteurs de haute technologie, évoluant très rapidement, la période d'observations des tiers entendue comme une période de test ne serait pas forcément adaptée car la définition des marchés pertinents dans ce secteur est variable et semble nécessiter une analyse plus approfondie.

Par ailleurs, on a vu que dans le domaine des droits de propriété intellectuelle, la CJCE a établi un test¹⁶⁵ d'application de la théorie des infrastructures essentielles permettant de caractériser l'abus. Que devient ce test, certes parfois difficile à apprécier, mais néanmoins protecteur des droits de propriété intellectuelle ? Si la technique des engagements permet de ne pas avoir recours à la licence forcée et donc à une certaine expropriation du titulaire des droits, elle implique tout de même des concessions sur ces droits, d'où la nécessité de faire preuve de prudence dans son application. L'abus doit en effet rester caractérisé au regard du droit de la concurrence.

¹⁶⁴ Cons.conc., déc. n° 05-D-25 du 31 mai 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Yvert & Tellier sur le marché des catalogues de cotation de timbres-poste. La société Yvert & Tellier, dans sa proposition d'engagement avait indiqué qu'elle souhaitait que « *la table de concordance se situe soit en fin de catalogue, soit sur une feuille volante, soit sur un support électronique exclusivement au format pdf* ».

¹⁶⁵ Notamment dans les arrêts *Magill* et *IMS*, sur ce point, voir notre étude, Titre I, chapitre I.

Ces risques montrent finalement que la technique des engagements ne doit pas être utilisée à tort et à travers. En effet, il convient de cerner les cas les plus adaptés, ce que semble avoir déjà fait la jurisprudence.

II- Application pratique de la technique des engagements

Jusqu'à présent, c'est surtout la jurisprudence française qui semble avoir fait le plus utilisation de cette technique et particulièrement dans le domaine des droits de propriété intellectuelle. Il apparaît que trois affaires sur cinq ont porté sur l'opposition entre droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle depuis l'apparition de la nouvelle procédure des engagements¹⁶⁶.

Une décision du Conseil de la concurrence semble particulièrement intéressante pour notre propos, puisqu'elle est relative à un refus de fournir la numérotation d'un catalogue à des concurrents pour qu'ils puissent établir une correspondance avec leur propre catalogue. La société Dallay faisait en effet grief à la société Yvert & Tellier d'entraver par ce biais le développement des catalogues de collections de timbres-poste. Dans le même temps, la Cour d'appel de Paris a reconnu qu'Yvert & Tellier détenait bien un droit de propriété intellectuelle sur cette numérotation au titre du droit d'auteur et du droit sui generis des bases de données. La société Yvert & Tellier possède une position dominante sur le marché pertinent des catalogues de cotation de timbres-poste de collection. La notoriété de cette société est telle que sa numérotation est presque devenue une norme de marché, de sorte que le Conseil relève que le refus d'octroyer une licence d'utilisation pouvait être constitutif d'un abus de position dominante et que ce refus faisait obstacle à la production de tables de concordance entre les différentes numérotations, produit nouveau pour lequel il pouvait exister une demande potentielle ainsi qu'à la production de nouveaux catalogues de collection à des conditions de concurrence équitables. On remarque ici que le Conseil s'efforce de caractériser un abus dans le comportement de l'entreprise en situation de position dominante, de fait, la technique de l'engagement est utilisée ici pour faire cesser cette situation réellement restrictive de

¹⁶⁶ B. Lasserre, « La politique des engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles : Premiers pas et premier bilan en France », 32^{ème} Conférence on international Antitrust Law and Policy de l'Université de Fordham des 22 et 23 septembre 2005. disponible sur : http://www.conseil-concurrence.fr/doc/engagements_lasserre_fordham.pdf

concurrence. En effet, en application de la nouvelle procédure des engagements, la société Yvert & Tellier propose de consentir aux éditeurs une licence pour la confection de tables de concordance moyennant le paiement d'une redevance et sous réserve que le droit de propriété intellectuelle sur la numérotation et la marque soit respecté. Le Conseil a accepté ces engagements ainsi que les limites déjà mentionnées précédemment qui encadreront ces licences. La société s'est par ailleurs engagée, selon la formule consacrée en la matière à fournir un accès selon des critères transparents, non-discriminatoires et objectifs et à un tarif raisonnable.

Sur la question du prix d'accès (qui se pose toujours quel que soient les moyens d'accès), le Conseil avait émis des réticences sur le mode de détermination du tarif initialement proposé par la société Yvert & Tellier. Cette dernière a alors proposé une redevance forfaitaire fondée sur les principes susvisés. Pour la doctrine, le Conseil paraît avoir recherché un niveau optimal d'efficacité dans le traitement des préoccupations de concurrence liées à la fixation du montant de la redevance.

Cette décision semble montrer que la procédure des engagements peut permettre un meilleur traitement des difficultés liées à l'application de la notion d'infrastructure essentielle en droit de la propriété intellectuelle, peut-être parce qu'il permet une meilleure mise en balance des intérêts en présence en comparaison du système de la licence obligatoire, qui elle, se situe de plus, hors d'un cadre normatif déterminé, d'où une sécurité juridique fragilisée.

En l'espèce, le recours à la technique des engagements a été pour le moins efficace. Cependant, que ce soit pour la licence obligatoire ou la technique des engagements, on remarque que le titulaire des droits de propriété intellectuelle, même contestables, doit presque toujours fournir l'accès à ses concurrents. Même si la technique des engagements ne force pas la volonté des parties à l'instar de la licence obligatoire, elle force donc bien l'accès aux droits protégés. Ce constat amène donc à se demander si finalement l'application de la théorie des infrastructures essentielles aux droits de propriété intellectuelle peut subsister au regard des difficultés engendrées. C'est donc la question de l'évolution prospective de la notion qui vient désormais se poser notamment en considération de l'évolution de la jurisprudence américaine, point de départ de la théorie des « essential facilities ».

Chapitre II :

L'avenir de la théorie des infrastructures essentielles dans l'Union européenne au regard de l'évolution jurisprudentielle américaine : l'impact potentiel de l'arrêt Trinko

La théorie des infrastructures essentielles connaît un réel succès tant dans la jurisprudence communautaire que dans la jurisprudence interne. Cependant, ces deux ordres juridiques tendent aujourd'hui à restreindre et contrôler son application aux droits de propriété intellectuelle en considération des risques potentiels liés à son utilisation, et notamment la réduction de l'incitation à innover. Si le mouvement est donc au contrôle en Europe, il semble être beaucoup plus radical dans la patrie d'origine de la théorie. En effet, la Cour Suprême, dans un arrêt très remarqué¹⁶⁷ a considérablement remis en cause la pertinence de l'utilisation de la théorie des infrastructures essentielles (*Section I*). Cette solution laisse alors planer la question de l'impact potentiel dans l'Union Européenne, ce qui permet d'entrevoir la question finalement sous-jacente de l'adéquation de l'intervention du droit de la concurrence comme « régulateur » d'un droit de la propriété intellectuelle « *malade* ¹⁶⁸ ». (*Section II*)

Section I : L'amorce d'un déclin de la théorie des infrastructures essentielles par la Cour Suprême des Etats-Unis

Notre propos se bornera à exposer les principaux éléments de cette jurisprudence, que certains auteurs américains qualifient de décision la plus importante en droit antitrust depuis vingt ans¹⁶⁹ (**I**) avant de s'attacher à déchiffrer la position américaine sur l'application de la théorie des « facilités » essentielles aux droits de propriété intellectuelle en comparaison avec la position communautaire et interne (**II**).

¹⁶⁷ Verizon Communications Inc. v. Law offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S 682, 2004.

¹⁶⁸ C. Caron, précité

¹⁶⁹ Evans, « What's Yours Is Mine », *The Wall Street Journal Europe*, 3 february 2004 cité in article de D.Geradin, précité.

I- Une remise en cause explicite de la théorie des infrastructures essentielles

Cette décision mérite, par son importance de s'attacher à présenter les faits et le contexte de l'espèce (A) avant de se pencher sur l'apport à en tirer au plan de l'application de la théorie des infrastructures essentielles (B).

A- Présentation du contexte de l'affaire

L'arrêt *Trinko* ne se situe pas dans le champ de l'application de la théorie des infrastructures essentielles aux droits de propriété intellectuelle, mais dans celui de l'évolution de l'application de la théorie en général.

En l'espèce, Verizon est un opérateur téléphonique historique aux Etats- Unis, et dans l'Etat de New York, la société détenait le monopole local jusqu'au Telecommunications Act¹⁷⁰ de 1996 qui instaura la libre concurrence sur le marché local des télécommunications. Cette loi oblige Verizon ainsi que d'autres sociétés dans la même situation monopolistique à partager leur réseau local, dont certaines portions doivent être dégroupées, avec les nouveaux concurrents. Verizon, au titre de ses obligations devait fournir à ces nouveaux opérateurs un accès à un système de soutien des opérations permettant à ces derniers d'honorer les commandes de leurs clients. En 1999, les nouveaux opérateurs locaux adressèrent une plainte aux autorités régulatrices pour dénoncer les manquements de Verizon à cette dernière obligation. Verizon est par la suite condamné à des amendes et des injonctions pour infraction à cette réglementation. Peu après, *Trinko*, un cabinet d'avocats qui avait acquis des services auprès d'un nouvel opérateur entrant assigna Verizon pour violation de la section 2 du Sherman Act¹⁷¹ du fait d'avoir honoré des commandes des concurrents sur une base discriminatoire en vue de décourager les clients potentiels de devenir clients des nouveaux entrants sur le marché local.

La District Court débouta *Trinko* mais la Cour d'appel infirma cette décision énonçant que le refus de Verizon de contracter avec des concurrents potentiels pouvait constituer un

¹⁷⁰ Telecommunications Act of 1996, Pub L N°104-104, 110 Stat 56.

¹⁷¹ § 2 Sherman Act, 15 U.S.C. § 2 Monopolizing trade a felony; penalty: “ Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court”.

acte de monopolisation au sens du Sherman Act et que le comportement de Verizon se trouvait en violation de la théorie des « facilités essentielles ». Cependant, la Cour Suprême infirma l'arrêt d'appel. Les juges vont en effet revenir sur les enjeux d'un partage forcé des installations d'une société, mettant en balance l'intérêt à court terme de la concurrence et l'intérêt à long terme de la propriété intellectuelle par le maintien d'une incitation à innover.

Cette jurisprudence présente plusieurs apports importants, pour notre propos, nous ne retiendrons que la position adoptée par la Cour Suprême vis-à-vis de la théorie des infrastructures essentielles, et qui paraît déterminante pour l'évolution future de la théorie.

B- Les enseignements de l'arrêt *Trinko* s'agissant de l'accès aux infrastructures essentielles

La Cour Suprême opte pour une vision tranchée du partage forcé d'une infrastructure (1), remettant en cause l'avenir même de la théorie des infrastructures essentielles aux Etats Unis. (2)

1- La décision de la Cour Suprême : une limitation stricte du partage forcé en cas de refus d'accès

La question présentée à la Cour Suprême est relative à la fourniture d'un accès à un réseau local téléphonique indispensable pour libérer la concurrence sur le marché. Il s'agissait donc d'une infrastructure qui aurait pu être qualifiée d'essentielle. Mais la Cour semble prendre une autre voie que celle de l'application de la théorie que l'on connaît bien.

Dans un premier temps, elle souligne que rien n'empêche une société d'acquérir un pouvoir sur le marché en mettant en place une infrastructure qui la rend exclusivement adéquate pour satisfaire ses clients¹⁷². Le raisonnement de la Cour est donc axé sur le problème de l'accès à l'infrastructure et particulièrement du refus de vente (« *refusal to deal* ») de la part de Verizon. Elle se réfère en premier lieu à une décision antérieure¹⁷³ qui affirme la liberté pour les entreprises de contracter avec qui elles veulent. Cette référence utilisée par la Cour illustre sa réticence à utiliser le partage forcé. Elle indique qu'un tel mode de partage se trouve en contradiction avec les objectifs du droit de la concurrence car il est susceptible de diminuer les incitations à innover, élément essentiel pour une concurrence

¹⁷²: « *Firms may acquire monopoly power by establishing an infrastructure that renders them uniquely suited to serve their customers* », Verizon communications Inc, petitioner v. Law offices of Curtis V Trinko, LLP, part III of the decision.

¹⁷³ United States v. Colgate & Co, 250 U.S.300, 307 (1919)

dynamique entre les entreprises. De plus, la Cour ajoute que cette technique de partage forcé (« *compulsory sharing* ») oblige les parties en présence à entrer dans des négociations qui peuvent présenter le risque de favoriser les ententes¹⁷⁴. Il est donc possible de constater que la Cour Suprême entend préserver la liberté de contracter des parties même pour celles en situation de monopole. Enfin, les juges relèvent que la technique visant à obliger une entreprise en situation de position dominante et détentrice d'une infrastructure indispensable à contracter avec ses concurrents pour en fournir l'accès amène les juridictions à jouer un rôle dans la détermination du prix, ce pour quoi elles ne sont pas réellement armées.

Néanmoins, la jurisprudence américaine a établi des critères dans lesquels un refus de vente est abusif et est donc sanctionné par le Sherman Act. La Cour indique qu'elle a toujours été extrêmement prudente dans la reconnaissance de ces exceptions, notamment en raison des vertus incertaines du partage forcé. En l'espèce, il s'agit donc d'établir si les faits peuvent correspondre avec les exceptions posées par la Cour dans sa jurisprudence antérieure, particulièrement dans le cas « *Aspen Skiing* »¹⁷⁵. Les juges ont considéré que le comportement de Verizon n'entraîne pas dans les strictes limites de la jurisprudence antérieure et ont conclu que les allégations de Trinko sur une supposée violation de la section 2 du Sherman Act n'était pas établie.

Au regard de cette décision, il semble que la Cour Suprême souhaite limiter les cas où le juge ordonnera à l'opérateur en position dominante de conclure un accord avec ses concurrents, cette conception restrictive donne l'occasion à la Cour Suprême de faire référence à la théorie des infrastructures essentielles.

2- Le sort compromis de la théorie des infrastructures essentielles en droit américain de la concurrence

En effet, la doctrine relève que l'arrêt *Trinko* « éteint tout espoir de voir la Cour Suprême adopter un jour la théorie des « facilités » essentielles »¹⁷⁶. Pourquoi une telle affirmation ? Tout d'abord, comme nous avons pu le remarquer précédemment, la Cour semble réticente au partage obligatoire, ainsi, il n'est pas incohérent qu'elle critique fortement

¹⁷⁴« [...] *compelling negotiation between competitors may facilitate the supreme evil of antitrust : collusion.* »

¹⁷⁵ *Aspen Skiing Co v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S 585, 601.

¹⁷⁶ T. Lipsky, « L'arrêt Verizon Communications/Trinko et l'avenir des relations des autorités de concurrence US/UE », *Global Competition Highlights Latham&Watkins*, avril 2004, bulletin n°3, p.1, disponible sur http://lw.com/resource/Publications/_pdf/pub969_1.pdf

cette théorie considérée par certains comme une interprétation possible de la section 2 du Sherman Act et qui permet d'étendre d'autant son champ d'application.

Dans cette décision la Cour indique que la décision n'aurait pas été différente quand bien même elle aurait considéré comme établie la théorie des infrastructures essentielles. Cette position de la Cour montre donc qu'elle n'a jamais reconnu cette théorie, citant à l'appui deux cas : « *Aspen Skiing* » et « *AT&T Corp*¹⁷⁷ ». Il s'agit sinon d'un refus total de la théorie, du moins d'un revirement conséquent. La Cour nie avoir reconnu précédemment la théorie des facilités essentielles alors que la doctrine s'accorde à dire que dans le cas « *Aspen Skiing* », il s'agissait d'une de ses applications¹⁷⁸. Par ailleurs, les juges ajoutent que cette théorie a été forgée par les juridictions inférieures et ne trouvent pas le besoin ni de rejeter cette théorie, ni de la reconnaître. De fait, le sort de l'« *essential facilities doctrine* » semble incertain, en effet, on voit mal comment les juridictions américaines inférieures pourraient désormais appliquer cette théorie sans encourir la censure de la Cour Suprême, qui laisse néanmoins planer un doute sur le sort de cette création jurisprudentielle, puisqu'elle ne la rejette pas mais ne la reconnaît pas non plus¹⁷⁹.

La position de la Cour Suprême dans la jurisprudence *Trinko*, par son rejet de l'extension du champ d'application de la section 2 du Sherman Act nous amène à constater que la voie empruntée par les juges est orientée vers une approche plus libérale, vers un recul du droit de la concurrence dans le domaine particulier de l'accès à des infrastructures indispensables. Certains auteurs ont émis l'idée que cette décision avait subi une influence idéologique significative de la part du Juge Scalia, considéré comme l'un des juges les plus conservateurs, et imposant une version minimaliste du droit de la concurrence.

Cette conception apparaît en contradiction avec la position des autorités de concurrence internes et communautaires.

¹⁷⁷ *AT&T Corp v. Iowa Utilities Bd*, 525 U.S, 428.

¹⁷⁸ R. Pitofsky, D. Patterson, J. Hooks, "The essential facilities doctrine under US Antitrust Law", *Antitrust Law Journal*, 2002. "An often cited decision by the tenth circuit court of Appeals in *Aspen Highlands Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co.* applied the essential facilities doctrine [...]. The Supreme Court upheld the finding of antitrust liability but characterized its determination under the more general rubric of the Sherman Act monopolization."

¹⁷⁹ « [...] and we find no need either to recognize it or to repudiate it. »

II- Une conception en rupture avec la tendance européenne

Afin de comparer adéquatement la position américaine et la position européenne qui a occupé notre propos jusqu'à présent, il convient de dresser un bref exposé de la situation générale américaine vis-à-vis de l'application de la théorie des infrastructures essentielles aux droits de propriété intellectuelle, avec pour perspective la jurisprudence *Trinko* (A), puis de rappeler la position européenne globale (B).

A- « Essential facilities » et droit de la propriété intellectuelle aux Etats Unis dans la perspective de l'arrêt *Trinko*

La théorie des infrastructures essentielles si critiquée en Europe dans son application aux droits de propriété intellectuelle semble faire l'objet des mêmes objections outre-atlantique. En effet, si la Cour Suprême a reconnu le droit fondamental du titulaire des droits de propriété intellectuelle d'empêcher les autres opérateurs de faire un usage concurrent de son innovation¹⁸⁰, la jurisprudence a reconnu que les droits de propriété intellectuelle n'étaient pas à l'abri du droit de la concurrence en cas d'abus. La théorie s'est appliquée notamment dans les cas de refus de vente¹⁸¹.

Cependant, cette application a généré de nombreuses critiques, les auteurs indiquent que la mise en œuvre des principes de la théorie des infrastructures essentielles dans le domaine de la propriété intellectuelle aboutit à un effet pervers¹⁸², permettant de protéger finalement les inventions de qualité médiocre et qui n'intéressent pas les concurrents au détriment des inventions innovantes pour lesquelles il pourrait être possible d'obtenir un droit d'accès par le biais d'une action en justice. Les objections sont nombreuses et ressemblent aux critiques faites à l'encontre de la jurisprudence communautaire. L'idée sous-jacente est la protection de l'incitation à innover, à investir dans la recherche.

Les considérations des opposants à l'application de la théorie des infrastructures essentielles concernant l'incitation à innover ont peut-être trouvé un écho dans l'arrêt *Trinko*. En effet, la Cour Suprême, pour expliquer sa réticence à admettre le partage forcé des infrastructures (physiques en l'espèce mais aucune limitation n'est énoncée dans la décision) énonce, entre autres conséquences, de cette théorie qu'elle aboutit à amoindrir l'incitation à

¹⁸⁰ Par exemple, *Zenith Radio Corp v. Hazeltine Research Inc.*, 395 US 100, 135 (1969)

¹⁸¹ Par exemple, *Image Technical Services Inc v. Kodak Co.* ,

¹⁸² P.D Marquardt, M. Leddy, « The essential facilities doctrine and intellectual property rights : a response to Pitofsky, Patterson, and Hooks », *Antitrust Law Journal*, 70 , 847

innover. Dès lors, dans la perspective de l'arrêt *Trinko*, ces opposants peuvent peut-être espérer que ce revirement important de la part de la Cour Suprême, s'il permet de limiter considérablement l'application de la théorie des infrastructures essentielles pour les installations physiques peut a fortiori éradiquer son utilisation pour les droits de propriété intellectuelle, domaine où la critique est vive.

La position américaine dans la perspective de la jurisprudence *Trinko* laisse constater la rupture des conceptions entre Europe et USA.

B- Infrastructures essentielles et droit de la propriété intellectuelle en Europe

Nous avons pu constater, tout au long de notre étude que le droit communautaire semble s'orienter vers une conception plus stricte de la théorie des infrastructures essentielles appliquée aux droits de propriété intellectuelle. Néanmoins, malgré une appréciation restrictive, cette théorie semble ancrée en droit communautaire. En comparaison de la jurisprudence américaine, la conception communautaire paraît en rupture et ne semble pas vouloir suivre la Cour Suprême, en effet, l'occasion aurait pu lui en être donnée lors des affaires IMS et Microsoft qui ont été décidées postérieurement à l'arrêt *Trinko*. Non seulement la CJCE n'a pas laissé paraître d'hésitation à appliquer les critères issus de sa jurisprudence, mais elle a même entrepris de les préciser afin d'améliorer l'application de cette théorie aux droits de propriété intellectuelle.

Cette situation de rupture avec la conception de la Cour Suprême, risque, selon certains auteurs¹⁸³ de compromettre la coopération entre les autorités de régulation américaines et européennes. De plus, cette position divergente laisse craindre pour les entreprises multinationales du secteur de la haute technologie notamment en raison du caractère international des comportements des incohérences et des contentieux à venir sur les remèdes et les comportements à adopter.

Au plan des juridictions internes des Etats membres, notre étude a permis de constater que le droit français a opéré récemment une mise en conformité avec la CJCE. La conception française, devenue plus restrictive montre également que la théorie des infrastructures essentielles est reconnue dans l'ordre interne et de surcroît dans le domaine contesté des droits de propriété intellectuelle. Au regard de la conception américaine, ici encore, la rupture est constatée. Par ailleurs, un bref regard sur la jurisprudence d'autres Etats membres, comme par

¹⁸³ T. Lipsky, article précité.

exemple l'Italie permet de constater que la théorie des infrastructures essentielles y est également reconnue et appliquée. Par exemple, dans un arrêt récent¹⁸⁴, l'autorité de concurrence italienne s'est prononcée sur le refus de Merck de fournir à un important fabricant italien une licence pour la production d'un principe actif dans la composition d'un antibiotique, pour lequel Merck détient un brevet jusqu'à la fin du mois de janvier 2006. Se fondant sur l'article 82 du Traité, l'autorité italienne a enjoint à Merck d'octroyer une licence à son concurrent italien par le biais d'une mesure d'exécution provisoire. Cette décision était fondée sur la constatation que le brevet constituait une infrastructure essentielle, appliquant alors les critères dégagés par les arrêts de la jurisprudence communautaire. Cependant, l'autorité italienne semble avoir fait une interprétation libérale de ces critères. En effet, le refus de Merck ne conduisait pas à l'élimination de toute concurrence sur le marché, puisque d'autres concurrents hors de l'Italie produisaient déjà des médicaments génériques concurrents de la molécule objet du brevet. De plus la durée de la restriction de concurrence invoquée aurait été courte puisque le brevet expirait en janvier 2006. D'autre part, l'impossibilité pour le concurrent italien de trouver une solution alternative a été interprétée largement puisque l'autorité italienne a considéré que la délocalisation de la production hors d'Italie n'était pas acceptable alors même qu'elle était économiquement réalisable. Enfin, la condition de produit nouveau n'était pas remplie puisque le concurrent italien entendait fabriquer le même médicament que Merck. Cette affaire adopte certes la théorie des infrastructures essentielles mais son application diverge fortement de la tendance européenne actuelle.

La rupture des conceptions permet-elle de laisser présager en Europe un revirement futur au profit de solutions plus adéquates ?

¹⁸⁴ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, décision du 15 juin 2005, affaire n°A364, Merck-Principi Attivi, IAA Bulletin n°23/2005, p 7.

Section II: Les suites potentielles de l'arrêt *Trinko* dans l'Union européenne : le divorce annoncé de la propriété intellectuelle et la théorie des « facilités essentielles »

La jurisprudence *Trinko*, malgré sa position tranchée, a le mérite de soulever les problèmes liés à la fourniture obligatoire de l'accès à une infrastructure essentielle quelle qu'elle soit (I), ce qui laisse penser que le traitement prescrit par le droit de la concurrence aux monopoles portant sur des droits de propriété intellectuelle et faisant obstacle à la concurrence sur un marché peut avoir une alternative (II).

I- Les questions soulevées par la jurisprudence *Trinko* et la question sous-jacente de l'adéquation du remède au problème

La Cour Suprême a relevé des questions relatives à l'accès obligatoire qui n'ont jamais fait l'objet d'une réflexion de fond de la part des juridictions communautaires et internes. Ces dernières se sont en effet d'avantage focalisées sur les critères de l'abus permettant de recourir à l'application de la théorie des infrastructures essentielles dans le droit de la propriété intellectuelle (A). Face à ce constat, on peut s'interroger sur l'adaptation des outils du droit de la concurrence pour contenir la croissance exponentielle du droit de la propriété intellectuelle dans certains domaines. (B)

A- Les questions de fond liées à l'application de la théorie des infrastructures essentielles

La lucidité de la Cour Suprême dans cet arrêt concernant la théorie des infrastructures essentielles permet de remarquer que les juridictions internes et communautaires n'ont peut-être pas encore mesuré tout l'impact de l'application de cette théorie en général et particulièrement dans le domaine des droits de propriété intellectuelle. La Cour Suprême relève en effet que le partage obligatoire d'infrastructures amène à faire un double constat : d'une part, le risque de réduction de l'incitation à l'investissement et à l'innovation, d'autre part, le rôle des autorités de régulation.

Le problème de l'amoindrissement de l'incitation à innover a bien été soulevé par la doctrine notamment par les juristes de droit de propriété intellectuelle. Cette considération a en réalité deux aspects. D'un côté, c'est le titulaire des droits de propriété intellectuelle qui peut être découragé face à l'intervention du droit de la concurrence, lui faisant ainsi perdre

son exclusivité. D'un autre côté, c'est le tiers demandeur qui peut lui-même ne pas être incité à innover par une application trop fréquente de la théorie des infrastructures essentielles qui favorise alors « *le droit à la paresse* »¹⁸⁵. On constate donc, à l'instar de la Cour Suprême que le partage obligatoire de la propriété n'est pas bénéfique au droit de la concurrence, du moins sur le long terme car si à court terme la concurrence s'en trouve améliorée¹⁸⁶ par l'ouverture d'un marché, les effets secondaires se ressentiront plus tard¹⁸⁷. La position des juridictions communautaires et internes s'oriente nettement vers la favorisation de la concurrence sur des marchés dérivés au détriment de l'incitation à l'innovation et l'investissement. Néanmoins, les partisans de la jurisprudence communautaire peuvent rétorquer que la réduction de l'incitation à innover et investir est finalement moindre puisque, au regard des critères *Magill*, l'accès sera accordé si le tiers développe un produit nouveau, dès lors, le fait qu'un concurrent entre sur un marché dérivé où le détenteur de la facilité essentielle exerçait une position dominante qui empêchait l'accès à ce marché peut finalement produire un effet d'incitation à l'innovation, à la manière d'une surenchère. On voit alors l'importance, dans la conception européenne de l'application de la théorie des infrastructures essentielles, de l'appréciation stricte des critères et notamment celui de produit nouveau.

Le second problème soulevé par la Cour Suprême réside dans le rôle que les autorités régulatrices vont avoir à jouer dans la mise en place de l'accès obligatoire. Il s'agit notamment de la problématique de la détermination du prix d'accès, dont on a vu que les juridictions communautaires et européennes fixaient des conditions¹⁸⁸, sans pour autant fixer elles-mêmes le montant. La Cour Suprême indique que les juridictions sont amenées à jouer un rôle de « *planificateur central* »¹⁸⁹, devant se soucier de la détermination du prix d'accès. Ce constat de la Cour Suprême permet de dresser un contraste avec la position européenne globale, puisque la pratique communautaire et française indique que les autorités de concurrence sont peu enclines à déterminer le prix elles-mêmes ; même si un auteur souligne qu'en matière de licence obligatoire, elles se trouvent parfois contraintes de fixer administrativement les prix et de se transformer en régulateur, une fonction pour laquelle elles

¹⁸⁵ L. Richer, article précité.

¹⁸⁶ Sur ce point, D. Geradin, article précité : « *On one hand, mandating a dominant firm holding an essential facility to share such a facility [...] will stimulate competition in downstream markets, thus promoting ex post efficiency.* »

¹⁸⁷ D. Geradin, article précité : « *On the other hand, mandatory sharing may reduce the return of the facility holder and thus decrease its ex ante incentives to invest and compete dynamically.* »

¹⁸⁸ On se souvient des conditions objectives, non discriminatoires et transparentes et du prix orienté vers les coûts préconisés par les autorités régulatrices françaises, notamment.

¹⁸⁹ « *Enforced sharing also requires antitrust courts to act as central planners, identifying the proper price, quantity and other terms of dealing, a role for which they are ill-suited.* »

ne sont pas adaptées¹⁹⁰. Néanmoins, au regard des arrêts précédemment étudiés, on remarque qu'elles s'étaient contentées de fixer des guides parfois flous, puis d'exercer un contrôle postérieur. Mais la remarque de la juridiction américaine est toutefois fondée, en effet, il n'est pas du ressort des autorités de concurrence de forcer les parties à contracter entre elles et d'influencer les conditions du contrat.

Certaines des réserves émises par l'application du partage forcé, résultante de l'application de la théorie des infrastructures essentielles, trouvent à s'appliquer en droit communautaire et interne de la concurrence, en effet, les mêmes problèmes se posent en Europe à la différence près que les autorités de concurrence les ont finalement contournés¹⁹¹, pour le moment du moins.

Cette série de remarques amène à se demander si la théorie des infrastructures essentielles apporte une solution adéquate à l'abus de position dominante.

B- L'intervention du droit de la concurrence : une solution adaptée ?

Au cours de notre étude, il a été dégagé que le droit de propriété intellectuelle (spécialement le droit d'auteur) et le droit de la concurrence, malgré des objectifs communs (l'incitation à innover particulièrement), ressortent d'une approche différente. En effet, le droit de la concurrence est fondé sur une approche économique des choses, la théorie des infrastructures essentielles le démontre, qui s'adapte mal au droit d'auteur. L'analyse concurrentielle n'est donc pas facilitée.

Par ailleurs, les critiques des juristes de droit de la propriété intellectuelle, même si l'on a vu qu'elles doivent être nuancées pour ce qui concerne les biens informationnels, aboutissent invariablement à conclure qu'il existe un risque de négation des droits de l'auteur. La Commission « Propriété Littéraire et Artistique et droit de la concurrence » du CSPLA a conclu que l'application de la théorie des infrastructures essentielles aboutissait toujours à une négation d'un droit de propriété. Cette conclusion est pour le moins tranchée et doit être regardée en parallèle du développement de la protection accordée par le droit d'auteur aux biens informationnels, véritable « petite monnaie du droit de la propriété intellectuelle ». Les résultats obtenus par l'application du droit de la concurrence au droit de la propriété intellectuelle, et notamment à la propriété littéraire et artistique n'ont pas été mesurés, ni au plan de leur efficacité, ni au plan de leurs conséquences. Dans les cas qui ont fait l'objet de

¹⁹⁰ F. Lévêque, « Quel est le prix d'une licence obligatoire ? », *Concurrences* n°1/2004, p.16.

¹⁹¹ notamment par une appréciation stricte des critères de l'abus en ce qui concerne l'incitation à innover. Le problème de la détermination du prix reste entier.

notre propos, on constate que le droit de la concurrence a fait cesser les restrictions concurrentielles. On peut donc parler d'efficacité au plan des objectifs de concurrence mais peut-être d'inadéquation du remède au problème, qui est celui, non pas de l'intervention trop poussée du droit de la concurrence dans le droit de la propriété intellectuelle, mais celui de l'extension déraisonnable du droit de la propriété intellectuelle et particulièrement du droit d'auteur.

Existe-t-il alors des alternatives à l'utilisation de la théorie des infrastructures essentielles pour réguler le droit de la propriété intellectuelle ?

II- Des solutions alternatives à l'application de la théorie des infrastructures essentielles au droits de propriété intellectuelle ?

La commission du CSPLA citée précédemment évoquait la nécessité de tempérer la prééminence des objectifs poursuivis par le droit de la concurrence dans un but de protection de la propriété intellectuelle¹⁹². Cette idée nécessite donc d'adapter l'approche du droit de la concurrence aux particularités du droit de la propriété intellectuelle et en l'occurrence du droit d'auteur. Le droit de la concurrence devrait notamment prendre en considération la dimension culturelle propre à la propriété littéraire et artistique. Néanmoins on peut se demander pourquoi le droit de la concurrence doit s'adapter à la propriété littéraire et artistique et non pas l'inverse.

Le droit d'auteur malade¹⁹³ qu'un auteur mentionne ne devrait-il pas être guéri non pas par un droit de la concurrence édulcoré mais par une réforme du droit de la propriété intellectuelle, permettant de ne pas assimiler les biens informationnels au droit d'auteur classiquement entendu. Ainsi ce type de création qui mérite certainement une protection car il nécessite un investissement intellectuel et financier pourrait bénéficier d'une « récompense » sans pour autant faire partie du droit d'auteur. Les critiques de la doctrine auraient alors moins lieu d'être. Certes une protection au nom du droit de la propriété intellectuelle impliquerait toujours un droit de propriété mais ce dernier ne pourrait-il pas être limité dans le temps ou l'espace, à l'instar de la solution qui prévaut en droit des brevets ? Dès lors, une limitation de l'accueil du droit d'auteur permettrait de ne plus avoir recours (ou un recours exceptionnel) à des instruments tels que la théorie des infrastructures essentielles.

¹⁹² Rapport de la Commission « propriété littéraire et artistique et droit de la concurrence » du CSPLA (extraits), Légipresse, n°210, avril 2004, p.44

¹⁹³ à propos du droit français mais cette remarque s'applique également au droit irlandais notamment que l'on a pu observer dans l'arrêt Magill.

CONCLUSION GENERALE

Dix ans après l'arrêt *Magill*, qu'en est-il de la relation contrariée entre facilités essentielles et droit de la propriété intellectuelle ? Au regard des différents thèmes développés dans notre étude, il peut être répondu que les droits de propriété intellectuelle et particulièrement le droit d'auteur n'ont pas réellement subi l'emprise dévastatrice du droit de la concurrence. Cette conclusion découle de l'existence de différents facteurs. En premier lieu, le développement d'un contrôle plus strict des critères d'application de la théorie des infrastructures essentielles par les autorités de concurrence, à savoir l'abus. En deuxième lieu, la mutation opérée par le droit de la propriété intellectuelle et particulièrement le droit d'auteur qui permet d'apposer le sceau de ce droit sur des créations de faible originalité mais représentant un investissement parfois considérable pour les entreprises.

Pour autant, si l'on peut penser que la théorie des infrastructures essentielles laisse le droit de la propriété intellectuelle relativement peu atteint, cette solution est-elle le remède à l'élargissement du domaine de la propriété intellectuelle ? Il faudra certainement se résoudre à une réponse négative au regard des conséquences directes découlant de la mise en œuvre de cette théorie. En effet, le contrat forcé s'inscrit résolument dans une approche contraire au droit des obligations, et la technique des engagements si elle ne force pas le contrat, force quelque peu la propriété.

Il semble donc que le bilan « coûts/avantages » soit finalement négatif, ce que semble avoir compris la Cour Suprême des Etats Unis et qui laisse peut-être présager d'un avenir compromis pour la théorie des infrastructures essentielles en général et particulièrement appliquée aux droits de propriété intellectuelle.

Au plan communautaire, une tendance à la réforme est amorcée dans le domaine du contrôle des abus de position dominante. En effet, en la matière les autorités communautaires ont parfois fait l'objet de critiques quant à la mise en œuvre des dispositions du traité. Le reproche majeur formulé à l'encontre des autorités de concurrence est l'adoption d'une approche trop formaliste de l'application des règles de concurrence mais également de l'économie¹⁹⁴, à l'inverse de la conception américaine, qui prend largement en compte le marché et son économie dans la répression des infractions d'abus de marché. Cette nouvelle approche pourrait avoir un impact certain dans l'application de la théorie des infrastructures

¹⁹⁴ Rapport de la CCIP, Projet de lignes directrices communautaires sur les abus de position dominante-Pour une modernisation de l'analyse concurrentielle, 23 mars 2006 ; disponible sur www.etudes.ccip.fr.

essentielles aux droits de propriété intellectuelle, particulièrement dans le cas des œuvres utilitaires qui comportent une forte dimension économique.

BIBLIOGRAPHIE

Traités et manuels

- D. Brault , *Politique et pratique du droit de la concurrence*, LGDJ, éd. 2004
- B. et G. Decocq, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, LGDJ, éd. 2004
- M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF, éd. 2004
- X. Linant de Bellefonds, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, éd. 2002
- M. Mauraie-Vignal, *L'abus de position dominante*, LGDJ, éd. 2003
- P. Tafforeau, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, éd.2004

Thèses

- M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004

Articles

- P. Arhel, « Activité du Conseil de la concurrence : le rapport », *Les Petites Affiches*, décembre 2005, n° 255, p. 3
- V.L Bénabou, S.Lemarchand, E.Logeais, « David contre Goliath ? » , *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2005, n°14, p.89
- J-B Blaise, « L'arrêt Magill : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des « installations essentielles » , *Dalloz Affaires*, n°28, 1996, p.859
- G. Bonet, « Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence », *RJDA*, 1993, p.173
- C. Caron, « Le consommateur en droit d'auteur », *Etudes de droit de la consommation in Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 245
- C. Caron, « Critères de l'abus de position dominante d'un titulaire de droit d'auteur en droit communautaire », *Communication, Commerce électronique*, n° 6, juin 2004, comm. 69
- CECOJI CNRS, équipe de propriété intellectuelle, *Propriété intellectuelle, JCP E*, n° 35, 1216
- C. Doutrelepon, « Les organismes de télévision abusent-ils de leur position dominante dans l'exploitation d'informations protégées ? », *Cahiers de droit européen*, 1993 p.631
- P-Y Gautier, « Le cédant malgré lui : étude du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles », *Dalloz Affaires*, n° 6, 1995, p.123

D. Geradin, “Limiting the scope of article 82 EC : What can the EU learn from the US Supreme Court’s judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom”, *Common Market Law Review*, 41, 1519-1553, 2004

A. Gendreau ; E. Redon, « Droit de la concurrence et droit d’auteur, entre conflit, coexistence et conciliation », *RJDA*, décembre 2004, p. 1151

A. Georges, « Accès des concurrents aux « infrastructures essentielles » : un rappel à l’ordre de la Cour de cassation », *Décideurs : Stratégie, Finance & Droit*, 15 oct- 15 sept 2005, n° 69,p. 70

S. Hautbourg et S. Quesson, « Le concept de facilités essentielles : un nouveau cas d’application par le Conseil de la concurrence », *Option Finance*, n° 816, janvier 2005, p.30

L. Idot, « Droits exclusifs et abus de position dominante (à propos de quelques développements récents) », *Les Petites Affiches*, novembre 2005, n°235

Latham & Watkins Antitrust and competition practice, « Facilités essentielles » : une doctrine en mal de limites? », *Client Alert*, août 2005, n° 470

S. Lemarchand, « L’affaire NMPP : s’orientent- on vers une nouvelle limite au droit d’auteur du logiciel au nom de la libre concurrence ? », *Propriétés intellectuelles*, avril 2004, n° 11, p. 626

S. Lemarchand, O. Fréget, F. Sardain, « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », *Propriété Intellectuelles*, janvier 2003, n°6, p.11

D. L’Hénoret-Marcellesi, « Les infrastructures essentielles dans le secteur des nouvelles technologies », *La gazette du palais*, juillet 2005, n° 202, p. 32

T. Lipsky, « L’arrêt Verizon Communications/Trinko et l’avenir des relations des autorités de concurrence US/ UE », *Global Competition Highlights Latham & Watkins*, avril 2004, n° 3

N. Mallet-Poujol, « La théorie des « facilités essentielles » et les créations informationnelles », *Revue Lamy droit de l’immatériel*, février 2006, n°13

P. D Marquardt, M. Leddy, “The essential facilities doctrine and intellectual property rights : a response to Pitofsky, Patterson and Hooks”, *Antitrust Law Journal*, 70, 847, 2003

I. Mauléon-Wells, « Propriété intellectuelle et concurrence, une nouveauté : De l’approche forcée à la négociation », *Concurrences*, n°4 –2005.

J. Peyre, « Droits de propriété intellectuelle/Droit de la concurrence : attente d’un dénouement dans les affaires IMS et Microsoft », *Revue Lamy de la concurrence*, nov. 2004/ janv. 2005, n° 1, p. 26

R.Pitosky, D. Patterson, J. Hooks, “The essential facilities doctrine under US Antitrust Law, *Antitrust Law Journal*”, 2002.

D. Ponge, « Interprétation stricte des conditions d'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle », *Expertises*, nov. 2005, p. 386

C. Prieto, « Comparaisons transatlantiques dans les affaires Microsoft », *Concurrences*, n°1, décembre 2004, p.57

L. Richer, « Le droit à la paresse ? « Essential facilities » , version française », *Dalloz*, 1999, chr. p. 523

F. Sardain, « L'arrêt IMS Health : une (r) évolution ? », *Recueil Dalloz Sirey*, sept. 2004, n° 32, p. 2366

T. Skinner, “Magill : Consumer interests prevail”, *European Business Law Review*, avril 1995, p. 90

M. Thill-Tayara et C.Couadou, « Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles », *Contrats, Concurrence, Consommation*, mai 1999, chr. 6, p. 4

J. Tirole, « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », *Les Petites Affiches*, mai 2005, n° 99

J.S Venit, J.J Kallauger, “Essential Facilities : A comparative law approach”, *Fordham Law Institute*, 1994, p. 315

L. Vogel et P. Sirinelli, Rapport de la Commission « propriété littéraire et artistique et droit de la concurrence du CSPLA », *Légipresse* n° 210, avril 2004, p. 42

Commentaires de jurisprudence

P. Arhel, Activité des juridictions communautaires en droit de la concurrence, octobre-novembre 2004, *Les Petites Affiches*, 14 mars 2005, n°51, p.3

V-L Bénabou, CJCE 29 avril 2004, aff. C-418/ 01 IMS Health GmbH & co OHG et NDC Health GmbH & co KG , *Propriétés Intellectuelles*, juillet 2004, n° 12, p.821

C.Caron, « Le droit d'auteur (provisoirement ?) à l'abri du droit communautaire de la concurrence », commentaire sous TPICE, ord. 26 octobre 2001, IMS Health GmbH & co OHG c/ Commission, JCP E, n° 25, 952

C. Caron, « Le logiciel qui résiste à la théorie des facilités essentielles » sous Cass. Com, 12 juillet 2005 SARL NMPP c/ MLP, *Communication Commerce Electronique*, n° 10, oct. 2005, comm. 149

G. Decocq, « Interprétation restrictive de la théorie des facilités essentielles » sous Cass. Com, 12 juillet 2005 SARL NMPP c/ MLP, *Communication Commerce Electronique*, n° 10, oct. 2005, p. 39

B. Edelman, « L'arrêt Magill : une révolution ? (à propos de l'arrêt de la CJCE du 6 avril 1995) », *Recueil Dalloz*, doctrine, 1996

G. François, « L'absence d'alternative satisfaisante, une limite opportune au droit d'accès, imposé par la théorie des facilités essentielles » sous Cass com, 12 juillet 2005, *JCP E*, n° 47, nov. 2005, 1700

L. Idot, commentaire sous TPICE, 22 décembre 2004, Microsoft Corp. Aff T- 201/04 R, *Contrats, Concurrence, Consommation*, février 2005, comm. 57

M. Malaurie-Vignal, « La Cour de cassation retient une conception restrictive de la théorie des installations essentielles » sous Cass. com 12 juillet 2005, *Contrats, Concurrence, Consommation*, nov. 2005, p. 27

J. Schmidt-Szalewski, « Facilités essentielles: la Cour de cassation rappelle les limites de la théorie », *Propriété Industrielle*, janvier 2006, n°1, comm. 9 à propos de Cass. com. 12 juillet 2005, Sté NMPP SARL c/ MLP SA

D. Spector, Comment définir le « produit nouveau » pour appliquer le « test IMS » ? sous Cons. Conc. n°05-D-25, 31 mai 2005, *Concurrences*, 2005, n°3, p. 81

S. Poillot-Peruzzetto, « Limitation du recours à la théorie des installations essentielles » sous CJCE, 26 novembre 1998, Oscar Bronner GmbH & Co KG, aff. C-7/97, *Contrats, Concurrence, Consommation*, mars 1999, p. 15

M. Poumarède, commentaire sous Cass. com. 12 juillet 2005, Sté NMPP SARL c/ MLP SA, *JCP Ed. générale*, n°37, II 10121

Actes

B. Lasserre, La politique des engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles : premiers pas et premier bilan en France, 32^{ème} *Conférence on International Antitrust Law and Policy de l'Université de Fordham* des 22 et 23 septembre 2005.

Chambre de Commerce et de l'Industrie de Paris, *Projet de lignes directrices communautaires- Pour une modernisation de l'analyse concurrentielle*. 23 mars 2006.

Sites internet

<http://www.conseil-concurrence.fr>

<http://www.curia.europa.eu>

<http://www.etudes.ccip.fr>

<http://www.legifrance.gouv.fr>

<http://www.lw.com>

<http://www.usdoj.gov>

