

**PROPRIETE INTELLECTUELLE ET ABUS DE POSITION DOMINANTE  
EN DROIT COMMUNAUTAIRE  
BILAN ET PERSPECTIVES**

**Andreas HEINEMANN<sup>1</sup>**

## **I. Introduction**

### **1. Contexte**

En mars 2004, la Commission européenne a condamné *Microsoft* à une amende record. Elle lui reprochait d'avoir enfreint l'article 82 CE et ainsi d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché, en entravant l'accès au marché de produits concurrents, tels que les logiciels serveurs et les lecteurs multimédias (le logiciel destiné à lire des contenus numériques audio et vidéo)<sup>2</sup>. *Microsoft* a, pour sa part, fait valoir ses droits de propriété intellectuelle pour justifier sa stratégie commerciale<sup>3</sup>. Le cas « Microsoft » apparaît ainsi comme l'exemple le plus récent du conflit entre le droit de la concurrence et celui de la propriété intellectuelle. En outre, il soulève la question générale des différents éléments à prendre en considération lorsqu'on oppose l'interdiction découlant de l'article 82 CE aux droits de la propriété intellectuelle. En effet, s'il n'est aujourd'hui plus contesté qu'une application du droit de la concurrence aux droits de propriété intellectuelle soit possible, en revanche, la question des circonstances dans lesquelles une telle application est possible reste très controversée.

Ce tour d'horizon tend à donner un aperçu des principes réglementaires et de la jurisprudence en la matière<sup>4</sup>. Il est certain que l'application de l'article 82 CE dépend dans une large mesure des circonstances du cas d'espèce. Il est néanmoins possible de dégager certains principes généraux qui seront indispensables pour obtenir des résultats cohérents. La Commission européenne, dans un document de réflexion sur les abus de position dominante publié en décembre 2005<sup>5</sup>, essaie également d'interpréter de manière plus systématique l'art. 82 CE en s'appuyant sur une analyse économique. Dans notre contexte, ce document est très intéressant puisqu'il touche en partie au

---

<sup>1</sup> Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Centre de droit comparé et européen. L'auteur tient à remercier Madame Julie Bertholet pour la traduction de cet article.

<sup>2</sup> *Commission européenne*, 24.3.2004, COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*, disponible sur le site : <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/fr.pdf>.

<sup>3</sup> Cf. Décision de la *Commission européenne* (*supra* n. 2), ch. 190, n. 249 ; ch. 709–712.

<sup>4</sup> V. aussi *Idot*, Droits exclusifs et abus de position dominante, Petites Affiches, 25.11.2005, n° 235.

<sup>5</sup> *Commission européenne*, 19.12.2005, Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, disponible sur : <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>.

domaine de la propriété intellectuelle.

## 2. Considérations théoriques

D'après la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (ci-après CJCE), le droit de la concurrence n'affecte pas les questions concernant *l'existence* des droits de propriété intellectuelle en tant que telle. En revanche, son rôle est indiscutable dans les questions relatives à leur *exercice*<sup>6</sup>.

Après avoir distingué entre l'existence et l'exercice des droits de propriété intellectuelle, la Cour de Justice a complété son développement avec la théorie de l'objet spécifique : les comportements couverts par l'objet spécifique d'un droit de protection échappent, d'après la conception de la Cour, aux règles européennes sur la concurrence. En revanche, les comportements qui l'outrepassent sont susceptibles de contrevenir au droit de la concurrence. La Cour a par la suite défini l'objet spécifique pour chacun des différents droits de propriété intellectuelle<sup>7</sup>.

Le raisonnement de la Cour est peu convaincant. En effet, le noyau dur d'un droit de propriété intellectuelle est également susceptible d'être utilisé dans le but de restreindre la concurrence. Il faut donc éviter les délimitations formelles qui autorisent l'application du droit de la concurrence à certains comportements et l'interdit pour d'autres. D'ailleurs, lorsqu'on examine la jurisprudence de la Cour, on s'aperçoit rapidement que la CJCE ne s'est jamais contentée de critères formels fondés sur le concept de « l'objet spécifique ». Elle préfère au contraire tenir compte de toutes les circonstances économiques et juridiques du cas d'espèce<sup>8</sup>. Les enjeux de la propriété intellectuelle sont ainsi pleinement respectés.

## 3. Appréciation de la pratique communautaire

Il convient d'examiner dans le cadre de notre étude les problèmes existant aux confins du droit de

<sup>6</sup> CJCE, 13.7.1966, Consten et Grundig/Commission, aff. 56 et 58/64, Rec. 1966, p. 429. Selon les observations d'un ancien président de la CJCE, la Cour s'est cependant éloignée tacitement de cette distinction depuis le jugement « Hag II » (CJCE, 17.10.1990, C-10/89, Rec. 1990, p. I-3711), cf. *Iglesias*, Die Bedeutung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für die Errichtung des Binnenmarktes, in : Unverfälschter Wettbewerb für Arzneimittel im europäischen Binnenmarkt, édité par *Schwarze*, 1998, p. 9 ss (19 s.).

<sup>7</sup> Pour le droit d'auteur, voir CJCE, 20.10.1993, Phil Collins, aff. C-92/92 et C-326/92, Rec. 1993, p. I-5145, ch. 20 ; pour le droit des brevets CJCE, 5.12.1996, Merck/Primecrown et Beecham/Europharm, aff. C-267/95 et C-268/95, Rec. 1996, I-6285, ch. 30.

<sup>8</sup> *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, 2002, p. 331 ss.

la concurrence et de la propriété intellectuelle en relation avec l'article 82 CE. Dans ce but, il est nécessaire d'analyser la pratique des institutions européennes. Cette analyse permet de dévoiler la grande insécurité qui règne lorsqu'on applique l'article 82 CE aux droits de la propriété intellectuelle. La jurisprudence particulièrement peu abondante en la matière est l'une des causes de cette insécurité. En effet, malgré l'énorme réaction que suscitent généralement les cas concernant cette problématique, il faut constater qu'il ne s'agit que de cas très isolés et que souvent de nombreuses années s'écoulent avant que la CJCE ne puisse à nouveau reprendre position sur la controverse. La rareté des cas pertinents est d'autant plus regrettable lorsque – comme ce fut le cas dans l'affaire d' « IMS Health » – la décision amène encore plus d'insécurité qu'elle en résout.

## **II. La pratique des organes communautaires**

### **1. Principes généraux**

Un droit de propriété intellectuelle ne confère pas automatiquement à son titulaire une position dominante sur le marché. C'est même plutôt l'exception dans la pratique. Si les droits de propriété intellectuelle sont souvent définis comme étant des droits de nature monopolistique, cette terminologie n'est pas exacte en droit de la concurrence. Dans le cadre de l'article 82 CE, il faut, pour pouvoir déterminer si une position dominante existe, d'abord définir le marché pertinent, puis dans une seconde étape examiner si une position dominante existe sur ce marché. A ce stade, même si une position dominante existe, ce n'est pas son existence mais seulement un usage abusif de celle-ci qui est interdit selon l'article 82 CE. Par conséquent, la notion d'abus doit encore dans une large mesure être complétée. Pour ce faire, la Cour s'est basée sur le recours à des usages commerciaux différents de ceux « qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques »<sup>9</sup>. Le moment, à partir duquel la « compétition normale sur la base des prestations » se transforme en abus, s'évalue d'après une pesée générale des intérêts entre les différentes parties. La nécessité d'une telle démarche démontre qu'aucune liste de comportements admissibles ou abusifs ne peut être conçue en tant que telle.

Il est néanmoins possible de relever l'existence de deux types de comportement. On distingue ainsi entre les cas d'*exploitation* abusive et ceux d'*entrave* abusive. S'agissant du premier

---

<sup>9</sup> CJCE, 13.2.1979, Hoffmann-La Roche/Commission, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, ch. 91.

comportement, on considère qu'il y a exploitation abusive lorsqu'une entreprise utilise sa position dominante afin de s'octroyer de manière inappropriée des conditions avantageuses, par exemple des prix de ventes très élevés. Si, de manière générale déjà, il est difficile d'établir à partir de quel montant un prix de vente est abusivement trop élevé, cette difficulté s'accroît en matière de propriété intellectuelle du fait que l'attribution de droits d'exclusivité implique automatiquement de plus grandes marges lors de la fixation des prix. En effet, le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle doit pouvoir récupérer ses coûts de développement, non seulement ceux nécessaires au produit mis en vente, mais aussi éventuellement ceux liés aux investissements dans d'autres produits qui n'ont aucun succès commercial sur le marché (cas des subventions croisées, particulièrement importantes pour l'industrie pharmaceutique). Le droit de la concurrence considère cependant que même s'il est nécessaire qu'il puisse rembourser ses investissements, le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ne peut pas exiger des prix arbitrairement élevés. Ainsi, afin de pouvoir lutter contre ce type de comportement en tenant compte de la difficulté à établir dans cette matière le caractère excessif du prix, les autorités de concurrence ont la possibilité d'intervenir ultérieurement, une fois que le prix abusif a pu être constaté.

Le second type de comportement concerne le cas des entraves abusives et requiert une attention particulière. Il y a entrave abusive lorsque la position dominante sur le marché est exploitée pour empêcher de manière inéquitable des concurrents d'accéder à un marché dérivé. Ce type d'entrave sera souvent représenté dans les différentes affaires exposées par la suite et nous amènera à résoudre la question suivante : quelle place une entreprise occupant une position dominante sur le marché doit-elle accorder aux entreprises concurrentes ? Les cas suivants ont été choisis en fonction de leur lien clair avec la propriété intellectuelle. Néanmoins, du fait qu'ils se réfèrent constamment à la jurisprudence générale relative à l'article 82 CE, notre analyse intègre également les cas généraux concernant l'entrave abusive.

## **2. Les affaires « Tetra Pak I » et « Losec »**

Dans sa décision « Tetra Pak I », le Tribunal de première instance des Communautés européennes (ci-après TPICE) a établi que la simple acquisition d'une licence exclusive de brevet pouvait déjà, dans des circonstances particulières, constituer un abus de position dominante<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> TPICE, 10.7.1990, Tetra Pak/Commission, aff. T-51/89, Rec. 1990, p. II-309.

Dans le cas concret, l'acquisition de la licence exclusive servait à maintenir une part de marché qui était déjà de près de 90 %. La licence exclusive aurait permis à la société acquiescente d'éloigner des concurrents potentiels du marché pour un temps illimité. La décision démontre dès lors clairement que l'article 82 CE est également déjà applicable au moment de l'acquisition d'un droit de protection.

Dans la même lignée, il faut mentionner la décision récente « Losec » de la Commission européenne concernant le cas d'obtention frauduleuse d'un droit exclusif<sup>11</sup>. L'entreprise qui parvient à obtenir un droit de protection en trompant une autorité commet un abus au sens de l'article 82 CE. Selon la Commission européenne, c'est exactement par ce procédé qu'a agi *AstraZeneca*. En communiquant de fausses informations (notamment quant à la date de la première autorisation de mise en circulation du médicament concerné), l'entreprise était parvenue à obtenir une protection étendue grâce à des « certificats complémentaires de protection » (un droit de protection proche des brevets). Elle avait d'autre part utilisé de manière abusive la procédure visant à délivrer des autorisations de médicaments dans le but de maintenir éloignés du marché des génériques concurrents. L'entreprise avait – toujours selon la Commission – remplacé le médicament concerné, à l'origine sous forme de capsule, par une préparation sous forme de comprimés et ainsi sollicité auprès des autorités compétentes en matière de médicaments l'annulation de l'autorisation de mise sur le marché pour les capsules, dans le but de compliquer l'accès au marché des fabricants de génériques<sup>12</sup>.

Ces deux cas démontrent de manière particulièrement limpide que l'objet spécifique d'un droit de protection ne s'oppose pas à l'application de l'article 82 CE. Même dans l'hypothèse d'une acquisition d'un droit de protection ou d'une licence, le droit de la concurrence peut trouver à s'appliquer. Le point décisif consiste donc à déterminer s'il existe une position dominante et si l'acquisition d'un droit exclusif peut exceptionnellement la rendre abusive.

### **3. Les affaires "Renault" et "Volvo"**

---

<sup>11</sup> Commission européenne, 15.6.2005, communiqué de presse IP/05/737; cf. *Hirsbrunner*, Neues aus Brüssel zum Verhältnis von Patent- und Kartellrecht: die AstraZeneca-Entscheidung der Europäischen Kommission, EWS 2005, 488.

<sup>12</sup> Cf. Commission européenne, 31.7.2003, communiqué de presse IP/03/1136, dans la même affaire : « La Commission souhaite insister sur le fait que la présente affaire [...] ne concerne pas une utilisation présumée abusive des droits de propriété intellectuelle, mais l'application présumée abusive de procédures gouvernementales ».

La Cour a établi dans les affaires « Renault »<sup>13</sup> et « Volvo »<sup>14</sup> que les droits nationaux en matière de dessins et modèles industriels portant sur des éléments de carrosserie de voitures automobiles sont compatibles avec le droit européen de la concurrence et, en particulier, avec l'article 82 CE. Même si de tels droits sont susceptibles d'entraver la concurrence avec des réparateurs indépendants, ce résultat se justifie en vertu de la compétence du législateur national à la création et à la définition des droits de protection<sup>15</sup>. Certains comportements peuvent néanmoins aller à l'encontre de l'interdiction d'abus,

« tels que le refus arbitraire de livrer des pièces de rechange à des réparateurs indépendants, la fixation des prix des pièces de rechange à un niveau inéquitable ou la décision de ne plus produire de pièces de rechange pour un certain modèle, alors que beaucoup de voitures de ce modèle circulent encore »<sup>16</sup>.

Dans la décision « Volvo », la Cour a précisé que « le refus d'accorder une pareille licence ne saurait constituer en lui-même un abus de position dominante »<sup>17</sup>. Elle a ainsi confirmé que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle n'est en principe pas contraint d'accorder de licences à des tiers. Elle a néanmoins clairement sous-entendu par les termes « en lui-même » que dans des cas exceptionnels des licences obligatoires basées sur le droit de la concurrence peuvent entrer en considération. Il a fallu attendre la décision « Magill » pour que la CJCE résolve définitivement cette question.

#### 4. Les affaires « Hilti » et « Tetra Pak II »

La CJCE et le TPICE ont confirmé dans leurs décisions « Hilti » que les titulaires de droits de propriété intellectuelle étaient également soumis à l'interdiction de ventes liées découlant de l'article 82 lit. d) CE. L'entreprise liait la vente d'objets brevetés (chargeurs pour des pistolets de scellement) à la vente de clous correspondants. Du fait de l'absence de faits justificatifs (telles que des exigences techniques), le Tribunal de première instance a considéré que le jumelage était

<sup>13</sup> CJCE, 5.10.1988, CICRA e.a./Renault, aff. 53/87, Rec. 1988, p. 6039.

<sup>14</sup> CJCE, 5.10.1988, Volvo/Veng, aff. 238/87, Rec. 1988, p. 6211.

<sup>15</sup> La Directive sur la protection juridique des dessins ou modèles et le Règlement sur les dessins ou modèles communautaires ont délibérément laissé ouverte la question des pièces de rechange, cf. art. 14 et 18 de la Directive 98/71/CE sur la protection juridique des dessins ou modèles (JO 1998 L 289/29). La Commission européenne a désormais proposé d'introduire une libéralisation totale du marché des pièces détachées. D'après la proposition de la Commission, le législateur national ne doit plus protéger les pièces de rechange dites « *must match* », lorsque celles-ci sont utilisées dans un but de réparation, cf. Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil modifiant la directive 98/71/CE sur la protection juridique des dessins ou modèles, COM(2004) 582 final du 14.9.2004.

<sup>16</sup> CICRA e.a./Renault (*supra* n. 13), ch. 16 ; Volvo/Veng (*supra* n. 14), ch. 9.

<sup>17</sup> Volvo/Veng (*supra* n. 14), ch. 8.

abusif<sup>18</sup>.

La décision « Tetra Pak II » a mené à un résultat semblable : l'entreprise était spécialisée dans la vente de machines servant à l'emballage. Elle soumettait la vente de ces machines (protégées par des brevets) à la condition que l'acheteur s'approvisionne en matériaux d'emballage exclusivement auprès de Tetra Pak<sup>19</sup>. Bien qu'il existât un lien naturel au sens de l'article 82 lit. d) CE, la vente liée a été jugée abusive. Comme dans l'affaire « Hilti », c'est l'absence de justification objective au jumelage qui fut décisive.

## 5. L'affaire « Magill »

### a) Exposé de la problématique

Les décisions « Magill » de la Commission, du TPICE et de la CJCE sont particulièrement importantes dans notre contexte<sup>20</sup>. La Cour a confirmé dans ces décisions la possibilité d'imposer une licence obligatoire sur un droit d'auteur, basée sur le droit de la concurrence<sup>21</sup>. La décision « Magill » a défrayé la chronique dans les années 1990 ; en effet beaucoup y voyaient un danger pour la protection de la propriété intellectuelle. Pourtant la décision n'a fait que confirmer, à juste titre, que le droit de la propriété intellectuelle ne constitue pas un système isolé mais doit s'accorder avec l'ordre juridique dans son ensemble. La Cour a explicitement refusé de soustraire un certain comportement du champ d'application de l'article 82 CE au seul motif que celui-ci était couvert par le droit d'auteur. En effet, selon l'opinion de la Cour, il serait erroné de prétendre que

« dès lors qu'un comportement d'une entreprise en position dominante relève de l'exercice d'un droit qualifié de 'droit d'auteur' par le droit national, ce comportement serait soustrait à toute appréciation au regard de l'article 86 du traité (aujourd'hui article 82) »<sup>22</sup>.

Il est indéniable que la décision « Magill » a amené plus de clarté. Pourtant une question décisive est restée sans réponse, à savoir si l'application du droit européen de la concurrence doit s'appliquer aux droits de propriété intellectuelle selon les règles générales ou alors s'il existe

<sup>18</sup> TPICE, Hilti/Commission, aff. T-30/89, Rec. 1991, p. II-1439 (ch. 115 ss).

<sup>19</sup> CJCE, 14.11.1996, Tetra Pak/Commission, aff. C-333/94 P, Rec. 1996, p. I-5951 (ch. 37).

<sup>20</sup> CJCE, 6.4.1995, RTE et ITP/Commission (« Magill »), aff. C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. 1995, p. I-743 avec référence des décisions de la Commission et du TPICE.

<sup>21</sup> A propos des licences obligatoires basées sur le droit de la concurrence cf. *Casper*, Die wettbewerbsrechtliche Begründung von Zwangslizenzen, ZHR 166 (2002) 685; *Jung*, Die Zwangslizenz als Instrument der Wettbewerbspolitik, ZWeR 2004, 379; *Ritter*, Refusal to Deal and « Essential Facilities » : Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?, 28 World Competition 281 (2005).

<sup>22</sup> CJCE, Magill (*supra* n. 20), Rec. 1995, p. I-743, ch. 48.

certaines particularités dont il faudrait tenir compte. Cette question sera traitée en détail dans la décision « IMS Health », il convient tout d'abord d'analyser le raisonnement tenu dans le cas « Magill » permettant d'imposer une licence obligatoire.

### **b) Les faits**

Il n'existait en Irlande et en Irlande du Nord aucun guide de télévision hebdomadaire qui couvrait l'ensemble des programmes des stations de télévision. Chaque station publiait son propre guide hebdomadaire couvrant exclusivement son programme. La reproduction des programmes par des tiers était prohibée sur la base du droit d'auteur. Des licences gratuites n'étaient accordées que pour la reproduction quotidienne des programmes de télévision. Avec son siège à Dublin, *Magill TV Guide Ltd* a essayé de profiter de ce créneau en publiant un guide hebdomadaire de toutes les stations de télévision captables en Irlande et Irlande du Nord. Les stations de télévision ont alors aussitôt pris des mesures judiciaires contre la publication du guide hebdomadaire par *Magill*.

### **c) Raisonnement**

La Commission et la Cour Européenne ont retenu que les stations de télévision exerçaient une position dominante commune sur le marché. En se référant au jugement « Volvo »<sup>23</sup>, la Cour a confirmé que le refus « en lui-même » d'octroyer une licence ne constituait pas un abus de position dominante. L'exercice d'un droit exclusif pouvait cependant « dans des circonstances exceptionnelles » être considéré comme un comportement abusif<sup>24</sup>. La Cour a considéré qu'il s'agissait, en l'espèce, d'un abus pour deux raisons.

Tout d'abord – selon la Cour – il s'agissait d'un abus de position dominante selon l'article 82 lit. b) CE, à savoir une limitation à la création d'un nouveau produit au préjudice des consommateurs. Il existait en effet une demande, de la part des consommateurs, d'un guide hebdomadaire complet des programmes de télévision. Le refus fondé sur un droit d'auteur national, de mettre à disposition les informations nécessaires à la création d'un guide hebdomadaire, faisait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau. Or, rien ne justifiait un tel refus d'information.

En second lieu, l'accès aux grilles de programmes servait à exclure la concurrence sur le marché

<sup>23</sup> *Supra* n. 14.

<sup>24</sup> CJCE, *Magill* (*supra* n. 20), Rec. 1995, p. I-743, ch. 49 s.



dérivé, celui des guides hebdomadaires de télévision, ce qui constituait selon les principes établis dans la décision « Commercial Solvents » un abus de position dominante<sup>25</sup>.

#### d) Question ouverte

La décision « Magill » a définitivement établi que l'article 82 CE s'appliquait aux droits de propriété intellectuelle. Certains auteurs ont considéré que ce cas représentait la réception de la théorie américaine des facilités essentielles (*essential facilities*)<sup>26</sup>. Dans les affaires « Ladbrooke »<sup>27</sup> et « Bronner »<sup>28</sup>, le Tribunal de première instance et la Cour ont considéré que l'obligation de contracter entraine en ligne de compte uniquement lorsque l'accès à un bien concerné était indispensable à un certain usage commercial.<sup>29</sup> Cependant la question est restée ouverte de savoir si les deux conditions posées dans l'affaire « Magill » (soit l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau et l'extension de la position dominante sur le marché dérivé) étaient cumulatives ou simplement alternatives pour imposer une obligation de contracter.

#### 6. L'affaire « IMS Health »

Dans sa décision « IMS Health », la Cour semble s'être prononcée pour l'option selon laquelle les conditions énumérées dans la décision « Magill » sont cumulatives<sup>30</sup>. Ainsi, pour que le refus d'accorder une licence puisse être qualifié d'abusif, il faudrait, d'une part, que ce dernier fasse obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, et, d'autre part, qu'il exclue toute concurrence sur un marché dérivé<sup>31</sup>. D'après ce point de vue, il n'existerait aucun abus au regard de l'article 82

<sup>25</sup> La cour a renvoyé à la décision de la CJCE, 6.3.1974, Commercial Solvents/Commission, aff. 6/73 et 7/73, Rec. 1974, p. 223 : Une société, détenant une position dominante sur le marché des matières premières, décida de produire elle-même les produits dérivés issus de cette matière première et refusa dans ce but de les délivrer à ses anciens clients qui produisaient jusque là de tels produits dérivés. La Cour déduisit de l'interdiction d'abus de position dominante une obligation de contracter. La différence avec le cas « Magill » réside en ce que, dans l'affaire « Commercial Solvents », il s'agissait d'une relation commerciale préexistante alors que dans « Magill » il s'agissait d'un produit nouveau que la société détenant la position dominante sur le marché ne désirait pas elle-même produire. La décision « Magill » démontre dès lors clairement que l'obligation de contracter ne présuppose pas l'existence d'une relation commerciale préétablie.

<sup>26</sup> Benabou, Propriétés intellectuelles 2002, n° 3, p. 117; Eilmansberger, The Essential Facilities Doctrine under Art. 82: What is the State of Affairs after IMS Health and Microsoft?, 16 KCLJ 329 (2005); Mennicke, ZHR 160 (1996), p. 626. Sur la théorie américaine des facilités essentielles, cf. par exemple Pitofsky/Patterson/Hooks, The Essential Facilities Doctrine under U.S. Antitrust Law, 70 Antitrust Law Journal 443 (2002).

<sup>27</sup> TPICE, 12.6.1997, Tiercé Ladbrooke/Commission, aff. T-504/93, Rec. 1997, p. II-923.

<sup>28</sup> CJCE, 26.11.1998, Oscar Bronner/Mediaprint, aff. C-7/97, Rec. 1998, p. I-7791.

<sup>29</sup> Pour la question de savoir sous quelles conditions un certain input est « indispensable », cf. Eilmansberger (*supra*, n. 26), 16 KCLJ 329, 339 ss. (2005).

<sup>30</sup> Dans ce sens Arhel, Activité du Conseil de la concurrence, Petites affiches, 23.12.2005, n° 255, p. 3 (6); Eilmansberger (*supra*, n. 26), 16 KCLJ 329, 333 (2005).

<sup>31</sup> CJCE, 29.4.2004, IMS Health/NDC Health, aff. C-418/01, Rec. 2004, p. I-5039, ch. 38. De la doctrine, abondante en la matière, on peut notamment citer Conde Gallego, Die Anwendung des kartellrechtlichen

CE, lorsque la position dominante sur un marché déterminé est utilisée pour contrôler un marché dérivé, pour autant que le détenteur de la position dominante approvisionne suffisamment ce marché dérivé. En droit de la concurrence, cela représente une renonciation de la théorie de l'effet de levier, à savoir l'interdiction de se servir de sa position dominante pour contrôler un marché dérivé<sup>32</sup>, et conduit à distinguer les règles en matière de propriété matérielle, pour laquelle l'effet de levier continuerait à s'appliquer, de celles en matière de propriété intellectuelle<sup>33</sup>. Une telle différence de traitement est inappropriée : la CJCE a tiré des conclusions à partir des faits exceptionnels du cas « Magill », or celles-ci n'auraient pas dû être généralisées. En effet, le titulaire d'un droit exclusif a généralement un intérêt à être présent sur les marchés dérivés et fera usage de sa prérogative. Le cas « Magill » illustre donc un cas exceptionnel dans lequel le titulaire du droit exclusif n'a pas fourni le marché dérivé et empêché l'apparition d'un produit nouveau, en l'espèce un guide hebdomadaire<sup>34</sup>. Par conséquent, les instances européennes devraient se détacher du cas « Magill » et parvenir à l'avenir à une vision alternative des deux critères concernés.

## 7. L'affaire « Microsoft »

### a) La décision de la Commission européenne

La meilleure occasion pour cela s'offre à la Cour dans le cas « Microsoft ». La Commission européenne a établi que *Microsoft* avait abusé de sa position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation de deux manières : la société avait d'une part consciemment restreint l'interopérabilité entre le système d'exploitation *Windows* et d'autres logiciels serveurs (systèmes

---

Missbrauchsverbots auf « unerlässliche » Immaterialgüterrechte im Lichte der IMS Health- und Standard-Spundfass-Urteile, GRUR Int. 2006, 16; *Conde Gallego/Riziotis*, IIC 2004, 571; *Drexl*, Intellectual Property and Antitrust Law, IIC 2004, 788; *Eilmansberger*, How to Distinguish Good From Bad Competition Under Article 82 EC, 42 C.M.L. Rev. 129 (2005); *Geradin*, Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What Can the EU Learn from the US Supreme Court's Judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom?, 41 CMLR 1519 (2004), *Körber*, Geistiges Eigentum, essential facilities und « Innovationsmissbrauch », RIW 2004, 881; *Leistner*, Intellectual Property and Competition Law, ZWeR 2005, 138; *Merdzo*, Der Fall « IMS Health » und das Spannungsverhältnis zwischen nationalen Immaterialgüterrechten und dem europäischen Wettbewerbsrecht, ZEuS 2005, 135.

<sup>32</sup> A propos de l'effet de levier cf. CJCE, *Commercial Solvents* (*supra* n. 25); CJCE, 3.10.1985, CBEM/CLT et IPB (« Télémarketing »), aff. 311/84, Rec. 1985, p. 3261.

<sup>33</sup> *Contra Eilmansberger* (*supra*, n. 26), 16 KCLJ 329, 335 s. (2005); *Leistner* (*supra*, n. 31), ZWeR 2005, p. 138 (150 ss); *Heinemann*, Compulsory Licences and Product Integration, IIC 2005, p. 63 (71 s.); *Ritter* (*supra*, n. 21), 28 World Competition 281 (2005).

<sup>34</sup> Le critère devrait en tout cas être interprété plus largement et on devrait déjà considérer qu'il existe un cas d'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau lorsqu'une société offre un produit de meilleure qualité; cf. *Leistner* (*supra*, n. 31), ZWeR 2005, p. 138 (152, 160 s.), qui considère, pour sa part, que cette condition est déjà réalisée lorsque les produits concurrents sont, à qualité identique, meilleurs marchés. Pour une analyse des différentes possibilités d'interprétation v. *Eilmansberger* (*supra*, n. 26), 16 KCLJ 329, 333 ss (2005).

d'exploitation pour serveurs pour groupes de travail), afin d'imposer son propre *Server-Software*. D'autre part, elle avait intégré à son système d'exploitation ubiquiste le lecteur multimédia *Windows Media Player* dans le but d'affaiblir de manière significative ses concurrents. *Microsoft* a dès lors été condamné à mettre à disposition des autres fournisseurs de logiciels serveurs les informations relatives aux interfaces nécessaires et de proposer une autre version de *Windows* sans le logiciel *Windows Media Player*<sup>35</sup>. Ainsi se pose la question de savoir dans quelle mesure un détenteur de position dominante doit communiquer les informations concernant ses interfaces aux sociétés concurrentes. En outre, d'autres problèmes apparaissent de manière plus marquée dans ce domaine économique où les cycles d'innovation sont extrêmement courts. On pensera notamment à celui de savoir si la liberté du détenteur d'une position dominante de développer et d'améliorer ses produits doit être limitée ou encore si ce détenteur a le droit d'intégrer des nouvelles fonctions dans ses produits, qui étaient jusque-là mises sur le marché par d'autres entreprises<sup>36</sup>.

## b) Critique

*Microsoft* a formé un recours en annulation à l'encontre de la décision de la Commission européenne. Le Président du Tribunal de première instance a rejeté la demande de sursis à l'exécution<sup>37</sup>, en se fondant avant tout sur l'absence d'un état d'urgence. La société n'aurait en effet pas prouvé que l'exécution des mesures aboutirait à un préjudice significatif et irréparable. Les questions juridiques essentielles seront traitées dans la procédure principale.

Le cas devrait être tranché de la manière suivante<sup>38</sup> : s'agissant de l'ordonnance, selon laquelle *Microsoft* a l'obligation d'offrir un système d'exploitation *Windows* sans le programme *Media Player*, elle ne devrait pas être approuvée. En effet, elle est inappropriée puisque la version complète pourra être vendue à un prix identique à celle sans le *Media Player*. De plus, la société ne devrait pas être empêchée de développer et d'améliorer ses produits. Il faut préférer à cela une approche de « *must carry* » selon laquelle *Microsoft* devrait être obligée à livrer les logiciels

<sup>35</sup> Commission européenne, 24.3.2004, COMP/C-3/37.792 – *Microsoft* (supra n. 2). A propos de l'affaire « *Microsoft* », cf. *Bartosch*, Der Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung, RIW 2005, 241; *Gyselen*, Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle doit-il fournir le produit de son droit à un concurrent?, Concurrences, 2005/2, 24; *Heinemann* (supra, n. 33), IIC 2005, 63; *Leupold/Pautke*, IMS Health vs. Microsoft, EWS 2005, 108; *Stopper*, Der Microsoft-Beschluss des EuG, ZWeR 2005, 87.

<sup>36</sup> Sur cette question, voir en particulier *Fleischer*, Behinderungsmissbrauch durch Produktinnovation, 1997.

<sup>37</sup> TPICE, 22.12.2004, *Microsoft/Commission*, T-201/04 R.

<sup>38</sup> V. *Heinemann* (supra, n. 33), IIC 2005, 63.

*Media Player* concurrents avec *Windows*.

La partie de la décision concernant la divulgation des informations relatives aux interfaces devrait en revanche être soutenue sans réserve, même si celle-ci entre en conflit avec la décision « IMS Health » de la CJCE, parue un mois plus tard. Il est évident que la condition de « l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau » est difficile à prouver, puisque *Microsoft* propose lui-même des logiciels serveur<sup>39</sup>. Il faudrait ainsi profiter de l'affaire « Microsoft » pour préciser l'argumentation douteuse soutenue dans la décision « IMS Health » et considérer que l'utilisation du pouvoir économique pour conquérir des marchés voisins (ici le marché des logiciels serveurs) doit être qualifiée d'abusive, même lorsque le détenteur de la position dominante est actif sur le marché voisin<sup>40</sup>.

## **8. Le document de réflexion de la Commission européenne sur les abus de position dominante**

En décembre 2005, la Commission européenne a publié un document de réflexion sur l'interprétation de l'art. 82 CE<sup>41</sup>. Le texte se concentre sur la catégorie des « entraves abusives à l'entrée », c'est-à-dire sur les comportements dirigés contre les concurrents. Il ne traite en revanche pas le cas de l'exploitation abusive sur les marchés voisins. Le document se fonde sur l'« approche plus économique » appliquée par la Commission depuis 1996 dans le contexte de l'article 81 CE (accords restrictifs) et du contrôle des concentrations<sup>42</sup>. Le document de réflexion tend à étendre cette analyse économique à l'art. 82 CE afin d'obtenir une application plus cohérente et plus prévisible du droit de la concurrence. En plus de la notion générale de la position dominante et de son caractère abusif, des sujets très précis sont traités, par exemple les

<sup>39</sup> Selon l'opinion précitée, il serait pourtant suffisant que les produits concurrents soient de meilleure qualité, cf. n. 34.

<sup>40</sup> Cette voie n'est pas bloquée par l'arrêt de la CJCE dans l'affaire « IMS Health » : de manière moins équivoque que dans la version allemande (« bereits dann ... »; dans le cas d'espèce, la version allemande fait foi selon l'art. 31 du Règlement de procédure de la CJCE), les versions française et anglaise de la décision « IMS Health » montrent, que la présence cumulative des critères « Magill » est suffisante mais non nécessaire pour établir un abus de position dominante, cf. CJCE – « IMS Health » (*supra* n. 31), ch. 38. Comparer également l'interprétation provisoire du président du Tribunal de première instance dans l'affaire « Microsoft » (*supra* n. 37), ch. 206, qui souligne cette précision.

<sup>41</sup> *Commission européenne*, 19.12.2005, Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, disponible sur: <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf> (ci-après: "Document de réflexion"). V. *Wirtz/Möller*, Das Diskussionspapier der Kommission zur Anwendung von Art. 82 EG auf Behinderungsmissbräuche, WuW 2006, 226.

<sup>42</sup> V. *Schmidtchen*, Der "more economic approach" in der Wettbewerbspolitik, WuW 2006, 6. Pour la nécessité de munir l'art. 82 CE d'une base économique plus fiable v. *Eilmansberger* (*supra*, n. 31), 42 C.M.L. Rev. 129 (2005).

prix prédateurs (c'est-à-dire excessivement bas), les rabais, les ventes liées ou encore le refus de vente. Des concepts économiques courants dans d'autres domaines sont ainsi étendus à l'art. 82 CE ; on pensera notamment au test SSNIP (comment les clients réagissent-ils à une augmentation faible mais néanmoins significative et non transitoire du prix ?) ou à la question de savoir dans quelle mesure des améliorations de l'efficacité peuvent justifier un comportement tombant dans le champ d'application de l'art. 82 CE.

Dans notre contexte, ce sont les passages concernant le refus de concéder des licences et de fournir des informations nécessaires pour garantir l'interopérabilité de produits concurrents qui nous intéressent particulièrement. Le postulat de base du document de réflexion est incontestable: en principe, le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle n'a pas l'obligation d'accorder des licences même s'il détient une position dominante en raison de son droit exclusif. Le document énumère les différentes conditions développées par la Cour européenne permettant d'imposer l'octroi de licences. La Commission se réfère en particulier à l'arrêt « IMS Health » et l'interprète tout d'abord selon la position que nous défendons ici : l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau constitue une illustration de comportement abusif, mais n'est pas une condition indispensable pour qu'il y ait violation de l'article 82 CE. Cependant la Commission poursuit son développement en le nuanciant :

« A refusal to licence an IPR protected technology which is indispensable as a basis for follow-on innovation by competitors may be abusive even if the licence is not sought to directly incorporate the technology in clearly identifiable new goods and services »<sup>43</sup>.

Force est de constater que ce passage n'est malheureusement pas sans équivoque: en effet, la Commission semble certes considérer que c'est le « caractère indispensable » d'un certain niveau de technologie pour développer des innovations dérivées qui est décisif pour déterminer s'il existe un abus de position dominante dans le cadre de l'art. 82 CE. Pourtant, elle ajoute qu'il n'est pas nécessaire que cette technologie soit « directement » intégrée dans des produits nouveaux « clairement identifiables ». Dès lors, il semblerait bien que l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau reste une condition *sine qua non* et que la Commission préfère simplement élargir le débat en s'intéressant à la notion du « produit nouveau ». Ainsi, selon elle, il n'est ni nécessaire que le produit nouveau soit « clairement identifiable » ni que la technologie en question soit utilisée « directement » ; en effet, une incorporation « indirecte » est suffisante.

Cette formule n'est pas satisfaisante et la Commission donne l'impression de se retrancher

<sup>43</sup> Document de réflexion, n. 240.

derrière sa seconde ligne de défense. En effet, si elle continue à soutenir que l'abus d'un droit de propriété intellectuelle présuppose impérativement un obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, elle propose également une interprétation élargie du concept de « produit nouveau ». Cependant, au lieu de profiter de cette occasion pour définir précisément la notion de produit nouveau et de considérer notamment que des améliorations peuvent en constituer, la Commission s'obstine à obscurcir cette notion et renonce à des critères clairs et distincts. A notre avis, s'agissant des licences obligatoires de propriété intellectuelle, la Commission devrait appliquer les mêmes principes que ceux qu'elle propose concernant l'obligation de fournir des informations sur l'interopérabilité de produits. Pour ce type d'informations, la Commission se refuse à appliquer les conditions restrictives des droits de propriété intellectuelle<sup>44</sup>. Elle justifie cet allègement avec la théorie de l'effet de levier, selon laquelle le fait d'utiliser des informations d'interopérabilité pour étendre son pouvoir à un autre marché pourrait constituer un abus de position dominante.<sup>45</sup> Dans la mesure où la Commission européenne admet que le concept de l'effet de levier s'applique au droit européen de la concurrence, on peut alors se demander pourquoi on devrait refuser ce concept à l'autre cas de figure, c'est-à-dire aux droits de propriété intellectuelle. L'existence d'un droit de propriété intellectuelle justifie-t-elle en soi qu'on puisse se servir de son pouvoir économique pour conquérir des marchés dérivés? Ou bien faut-il plutôt soumettre le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle à certaines limites?

Poser cette question revient déjà à y répondre : l'existence de droits de propriété intellectuelle ne devrait pas servir – pas plus que l'existence des droits de propriété matérielle – à justifier des comportements qui, sans permettre d'amélioration, visent simplement à entraver la concurrence. Il faut distinguer les domaines attribués au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle de ceux pour lesquels il ne peut pas attendre de « récompense »<sup>46</sup>. Certes, la délimitation précise entre le domaine réservé à l'usage exclusif et le domaine public sera toujours l'objet de contestations. Mais il faut préférer déterminer de manière détaillée les marchés réservés aux détenteurs de droits exclusifs plutôt que leur attribuer préalablement l'entier des marchés voisins. C'est dans ce cadre, qu'une partie des auteurs relève l'importance de la théorie de l'effet de levier. Elle permet notamment de ne pas approuver sans réserve l'utilisation par une entreprise de son pouvoir sur un marché afin de l'étendre sur d'autres lorsqu'il ne s'agit pas d'une stratégie fondée sur des

<sup>44</sup> Document de réflexion, n. 242: "Even if such information may be considered a trade secret it may not be appropriate to apply to such refusals to supply information the same high standards for intervention as those described in the previous subsection".

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> Cf. *Eilmansberger*, EWS 2003, 12 (17 ss).

meilleures prestations<sup>47</sup>. Il faut cependant bien admettre que les bases et le bien-fondé de la théorie de levier ne sont pas exempts de controverses entre juristes et économistes d'une part, mais également entre les deux côtés de l'Atlantique d'autre part<sup>48</sup>. Ses adversaires lui opposent par exemple le cas d'une entreprise dominante pour laquelle il est nécessaire de s'étendre sur d'autres marchés afin de recouvrer les investissements occasionnés par le développement de son produit, et qui par la suite détient une position dominante du simple fait que son produit est supérieur aux produits concurrents<sup>49</sup>. De telles divergences ne sont pas évoquées dans le document de réflexion<sup>50</sup> ; en effet, le concept de levier est en général considéré comme évident.

A notre avis, la théorie de levier est fondamentale dans notre contexte et l'appréciation de l'affaire « Microsoft » dépend dans une large mesure de l'importance que l'on est prêt à lui accorder. C'est pourquoi la Commission devrait intégrer un paragraphe à son sujet dans son document et parvenir à une définition beaucoup plus précise de cette notion. Ce n'est qu'à ce moment-là que l'application de l'art. 82 CE au domaine de la technologie informatique et à toutes les branches économiques soumises à des « standards *de facto* » sera susceptible de convaincre.

### III. Conclusion

L'aperçu de la pratique des institutions européennes démontre que l'existence de droits de propriété intellectuelle n'exclut pas l'application de l'article 82 CE. Il existe malgré tout depuis toujours de grosses divergences en ce qui concerne les conditions et l'étendue d'une telle application. Comme on l'a soutenu ci-dessus, il ne faudrait pas admettre une interprétation de l'article 82 CE propre aux droits de propriété intellectuelle, mais plutôt soumettre ces derniers aux principes généraux. Cette opinion se fonde sur deux arguments.

On s'aperçoit tout d'abord, après une analyse approfondie de la jurisprudence communautaire, que l'article 82 CE ne repose pas sur l'abus des droits de propriété intellectuelle en tant que tel, mais plutôt sur l'abus d'une position dominante, indépendamment de son fondement. Il n'existe dès lors aucune raison pour différencier les situations selon la cause de la position dominante.

<sup>47</sup> *Eilmansberger (supra, n. 31)*, 42 C.M.L. Rev. 129, 148 (2005).

<sup>48</sup> Cf. par exemple *Motta*, Competition Policy – Theory and Practice, 2004, p. 362 ss; *Sullivan/Grimes*, The Law of Antitrust, 2000, p. 106 ss. La Cour suprême des Etats-Unis, dans sa décision « *Trinko* », était par exemple très réservée envers cette théorie, cf. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 124 S. Ct. 872 (2004); cf. à ce sujet *Carrier* (dans ce volume), *Drexel (supra, n. 31)*, *Geradin (supra, n. 31)*.

<sup>49</sup> *Eilmansberger (supra, n. 26)*, 16 KCLJ 329, 341 (2005).

<sup>50</sup> La validité de la théorie de levier est admise sans discussion, v. par exemple Document de réflexion, n. 17, 241.

Dans le contexte du droit de la concurrence ainsi que pour l'ensemble de l'ordre juridique, la propriété matérielle est autant digne de protection que la propriété immatérielle.

En second lieu, ce n'est souvent que le caractère restrictif du droit de la concurrence qui est souligné. Pourtant, le droit de la concurrence ne se limite pas à restreindre les droits de propriété intellectuelle, il les protège également. Cela est particulièrement vrai dans le cadre de l'article 82 CE: la disposition interdit au détenteur de position dominante d'empiéter sur les droits d'autrui en utilisant son pouvoir économique. On trouve une illustration de cette fonction dans la procédure américaine « Intel » des années 1990 : l'entreprise avait essayé d'empêcher des titulaires de droits de propriété intellectuelle de protéger leurs droits exclusifs. La procédure en droit de la concurrence a abouti à une condamnation d'« Intel » qui a eu l'obligation d'éviter ce comportement à l'avenir<sup>51</sup>. Un autre exemple résulte de la procédure japonaise « Microsoft » concernant certaines conditions de licence. L'autorité japonaise de la concurrence a considéré que le fait que « Microsoft » empêche conventionnellement ses preneurs de licence de défendre leurs brevets constituait une violation du droit de la concurrence<sup>52</sup>.

Il n'existe ainsi pas de véritable contradiction entre l'article 82 CE et le droit de la propriété intellectuelle. Il s'agit plutôt d'intégrer les droits de propriété intellectuelle dans l'ensemble de l'ordre juridique, notamment dans le droit de la concurrence. Dans ce contexte, il faut prendre en considération les buts de la protection de la propriété intellectuelle. A une époque où le besoin de protection de la propriété intellectuelle est toujours croissant, le nombre de conflits avec le droit de la concurrence augmentera également.<sup>53</sup> C'est pourquoi il est extrêmement important de ne pas séparer les deux matières l'une de l'autre. Il convient bien plus d'analyser quelles stratégies commerciales sont couvertes par la propriété immatérielle, respectivement dans quelles situations l'exploitation du pouvoir économique devient abusive. Le droit de la concurrence ne tend pas à empêcher la naissance d'une position dominante ou d'un monopole basés sur de meilleures prestations ou plus d'efficacité. En revanche, la limite autorisée par le droit de la concurrence est

---

<sup>51</sup> Cf. « Agreement Containing Consent Order (Docket No. 9288) », disponible sur le site : <http://www.ftc.gov/os/1999/03/d09288intelagreement.htm>, ainsi que *Wielsch*, Competition Policy for Information Platform Technology, ECLR 2004, 95 (96 ss).

<sup>52</sup> Cf. la recommandation de la Japan Fair Trade Commission (JFTC) adressée à Microsoft le 13 juillet 2004, disponible sur : <http://www.jftc.go.jp/e-page/pressreleases/2004/july/040713.pdf>.

<sup>53</sup> Des conflits avec d'autres domaines de droit existent, par exemple avec les droits fondamentaux. V. à ce sujet *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, 2004; *Weber*, Externe Beschränkungen des Urheberrechts, Jusletter, 6.2.2006 (<http://www.weblaw.ch/jusletter/JusLetter.asp>).



dépassée, lorsque le pouvoir économique est utilisé de manière abusive dans le but de faire obstacle à ses concurrents ou d'exploiter ses partenaires économiques.