Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels

Frédéric Marty et Julien Pillot

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/rei/4161>

DOI : 10.4000/rei.4161

ISSN : 1773-0198

Éditeur

De Boeck Supérieur

Édition imprimée

Date de publication : 15 juin 2010

Pagination : 277-300

ISSN : 0154-3229

Référence électronique

Frédéric Marty et Julien Pillot, « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », *Revue d'économie industrielle* [En ligne], 129-130 | 1^{er} et 2^e trimestres 2010, document 12, mis en ligne le 15 juin 2012, consulté le 03 juin 2022. URL : <http://journals.openedition.org/rei/4161> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rei.4161>

Frédéric MARTY
Université de Nice Sophia-Antipolis – GREDEG – CNRS
OFCE - Institut d'Études Politiques de Paris

Julien PILLOT
Université de Nice Sophia-Antipolis – GREDEG – CNRS

DIVERGENCES TRANSATLANTIQUES EN MATIÈRE D'APPLICATION DE LA THÉORIE DES FACILITÉS ESSENTIELLES AUX ACTIFS IMMATÉRIELS ⁽¹⁾

Mots-clés : Politique de concurrence, droits de propriété intellectuelle, théorie des facilités essentielles, insécurité juridique, affaire *Microsoft*, actifs immatériels

Key words : Competition Policy, Intellectual Property Rights, Essential Facilities Doctrine, Legal Uncertainties, *Microsoft* Case, Intangible Assets

Le 17 septembre 2007, le tribunal de première instance des Communautés européennes a en grande partie confirmé la décision de la Commission du 24 mars 2004 relative à un abus de position dominante commis par Microsoft. Le Tribunal a en effet confirmé la sanction financière de 497 millions d'euros et a reconnu que Microsoft s'était rendue coupable d'un abus de position dominante au travers de deux comportements distincts, à savoir la vente liée du lecteur multimédia Windows Media Player et du système d'exploitation Windows pour PC mais aussi un refus abusif de communiquer à ses concurrents des « informations relatives à l'interopérabilité » leur permettant de développer des produits à même de s'intégrer dans l'environnement Windows.

Dès le lendemain de la décision du tribunal de première instance, T. Barnett, le directeur de la division antitrust du Department of Justice, publia un com-

(1) Les auteurs remercient Ejan Mackaay, Marc Deschamps et Eric Elabd pour leurs commentaires et conseils sur une version préliminaire de cet article. Toute erreur ou imprécision demeure cependant de leur seule responsabilité.

muniqué de presse mettant en exergue le refus des autorités de concurrence américaines d'appliquer la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle de façon similaire aux autorités européennes. « Nous sommes [...] préoccupés par l'application unilatérale par le tribunal de première instance qui, plutôt que d'aider les consommateurs, pourrait avoir la conséquence malheureuse de les défavoriser en entravant l'innovation et en décourageant la concurrence. Aux États-Unis, les règles de l'antitrust sont appliquées pour protéger les consommateurs en protégeant la concurrence, et non les concurrents. En l'absence d'une atteinte avérée aux consommateurs, toutes les firmes, y compris les entreprises en position dominante, sont encouragées à se concurrencer vigoureusement. Les tribunaux américains reconnaissent les bénéfices potentiels pour les consommateurs quand une firme, même en position de leadership, prend unilatéralement la décision d'investir, par exemple en ajoutant des fonctionnalités à ses produits ou en octroyant des licences d'exploitation à des rivaux, ou en refusant de le faire (Barnett, 2007) ».

L'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle induit une forte divergence entre les approches européennes et états-uniennes. Non seulement les effets économiques de telles obligations peuvent être questionnés mais elles entraînent en outre des remises en cause des droits de propriétés et du principe de liberté contractuelle dont l'admissibilité est significativement différente selon les conceptions sous-jacentes de la concurrence. Ces divergences portent en fait sur les fondements théoriques mêmes des politiques de concurrence de part et d'autre de l'Atlantique. Vue des États-Unis, la position européenne, focalisée sur les structures de marché, pénaliserait de façon indue les firmes dominantes en mettant en cause leurs droits de propriété et leur liberté contractuelle. Le maintien de la primauté de cette approche en Europe, à l'inverse des États-Unis où elle serait évincée par la synthèse post-Chicago, conduirait les autorités de la concurrence européennes à mettre en cause les droits de propriété intellectuelle des firmes en position dominante. Ainsi, les pratiques européennes actuelles feraient écho, selon les termes de Hovenkamp (2008), à des débats théoriques tranchés aux États-Unis il y a plusieurs décennies (« the antitrust period in wilderness »).

Alors qu'une décision de la Cour d'appel américaine du neuvième circuit dans l'affaire *Kodak* en 1997 (2) laissait entrevoir une application possible de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels aux États-Unis, un arrêt important de la Cour suprême de 2004, dans l'affaire *Trinko* (3) et les travaux conjoints de la Federal Trade Commission (FTC) et de la division antitrust du Département à la Justice (DoJ) publiés en 2007 témoignent d'une très nette opposition à cette perspective. Dans l'affaire qui opposait *Verizon* (ex-

(2) *Image Technical Services Inc v./Eastman Kodak Inc*, 125 F3d, 9th circ., 1997.

(3) *Verizon Communications Inc v./Law Office of Curtis Trinko*, US Supreme Court, 540 US 398 (2004).

Bell Atlantic) à de nouveaux entrants sur la boucle locale de télécommunications, la Cour a pris des positions très fermes sur la théorie des facilités essentielles et sur les licences obligatoires, lesquelles s'inscrivent dans une très nette opposition à la doctrine adoptée par la Commission européenne dans l'affaire *Microsoft*.

Cette divergence transatlantique sur l'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle suscite des interrogations qui concernent tant l'analyse économique sous-jacente aux politiques de concurrence que les politiques elles-mêmes.

Au point de vue économique tout d'abord, il peut apparaître que des licences obligatoires peuvent concourir à la vigueur de la compétition, et donc au dynamisme de l'économie, en rabattant au moins partiellement les cartes dans le jeu concurrentiel. Contraindre la firme en position dominante d'octroyer des licences à ses concurrents peut accroître l'intensité de la compétition sur le marché au plus grand avantage des consommateurs. De la même façon, une licence obligatoire a pour effet de renforcer la diffusion des connaissances dans l'économie et donc de favoriser le développement d'*innovations de filiation* par les concurrents à partir de l'innovation faisant l'objet de droits de propriété intellectuelle (Mackaay & Rousseau, 2008). En effet, favoriser la diffusion des connaissances est l'une des missions du droit de la propriété intellectuelle. Celui-ci doit faciliter l'accès pour les créateurs à venir du fait de la nature cumulative des innovations. Cependant, il n'en demeure pas moins que les droits de propriété intellectuelle ont aussi pour objet de récompenser l'innovateur, le pouvoir de marché transitoire que ceux-ci confèrent à leur titulaire lui permettant de s'extraire de la concurrence en prix. Ainsi dans une perspective schumpetérienne, la protection accordée à l'innovateur est à la fois une condition nécessaire au recouvrement des investissements passés mais aussi une incitation à développer de nouvelles innovations pour bénéficier à nouveau d'un avantage concurrentiel. Ainsi, une licence obligatoire qui aurait pour effet d'amoinrir le *first mover advantage* pourrait certes accroître l'intensité concurrentielle à court terme mais aurait pour effet de pénaliser celle-ci à long terme en réduisant les incitations à l'innovation. C'est en grande partie du fait de la double nature de la protection de la propriété intellectuelle et de l'arbitrage entre diffusion des connaissances et récompense de l'innovateur que les politiques de concurrence européennes et américaines divergent sensiblement.

Au point de vue des politiques de concurrence, de telles divergences sont susceptibles de révéler l'existence de deux conceptions très différentes de la concurrence et du rôle de l'action publique. Comme nous le montrons dans cet article, la conception européenne veut que l'entreprise dominante ait des obligations particulières pour préserver une structure concurrentielle des marchés. *A contrario*, le monopole est une structure de marché admise aux États-Unis, même si l'entreprise prélève la totalité de sa rente, du moment où le marché demeure contestable et que sa position de marché n'a pas été acquise, défendue ou étendue à un marché connexe par le biais de pratiques anticoncurrentielles.

De ce fait, le jugement de la Commission et du TPICE quant au refus d'accès des tiers aux protocoles d'interface est particulièrement intéressant en matière de politiques de concurrence, notamment par ce que cela révèle en matière de diversité des fondements théoriques de ces dernières de part et d'autre de l'Atlantique. En effet, alors que toute entreprise est en principe libre de refuser d'accorder une licence à un tiers, un refus d'une entreprise en position dominante (Riem, 2008) peut, sous certaines circonstances, être tenu pour abusif. En d'autres termes, une firme en position dominante ne peut compromettre la concurrence effective en empêchant ses concurrents d'accéder à une ressource essentielle (en l'occurrence les protocoles d'interface) indispensable à leur activité. Ce faisant, la position des autorités de la concurrence européennes s'écarte significativement de la jurisprudence en vigueur aux États-Unis, pour laquelle il ne saurait être question, sauf en cas de démonstration de la mise en œuvre d'une stratégie de prédation, de priver une firme, même en situation de monopole, de sa liberté de contracter. Le propos de notre article, basée sur l'analyse économique des jurisprudences concurrentielles européennes et américaines, est donc d'interroger les fondements théoriques de ces divergences transatlantiques, afin notamment de mettre en relief l'importance des cadres économiques sous-jacents dans les décisions de justice.

Notre article est structuré en deux parties. Dans la première, nous nous attachons à présenter la position des autorités de la concurrence européennes dans l'affaire *Microsoft* et à montrer que cette décision et sa confirmation par le TPICE sont tout à fait cohérentes avec la logique sous-jacente aux politiques de concurrence européenne, notamment en matière d'obligations spécifiques pesant sur l'opérateur dominant pour préserver une structure de concurrence effective sur le marché. Nous montrons dans une seconde partie que le refus de cette conception de la concurrence est la principale source de la différence d'appréciation des tribunaux américains, laquelle les conduit à refuser d'accorder des licences obligatoires aux firmes concurrentes soucieuses d'accéder à des droits de propriété intellectuelle détenus par l'entreprise dominante et présentés comme constitutifs d'une facilité essentielle.

I. — LA POSITION DES AUTORITÉS DE LA CONCURRENCE EUROPÉENNES DANS L'AFFAIRE *MICROSOFT* : UN EXEMPLE EMBLÉMATIQUE DES EXIGENCES PARTICULIÈRES PESANT SUR L'OPÉRATEUR DOMINANT

1.1. Microsoft face à l'exigence d'interopérabilité pour préserver une structure de concurrence effective

Comprendre la position des autorités de la concurrence européennes dans l'affaire *Microsoft*, ainsi que les vifs débats que celle-ci a suscité de part et d'autre de l'Atlantique, suppose tout d'abord de revenir sur la jurisprudence concurrentielle communautaire en matière de théorie des facilités essentielles

et son application à des actifs intangibles, tels les droits de propriété intellectuelle.

Une facilité essentielle désigne une ressource, détenue par une firme dominante, qui s'avère indispensable pour permettre à ses concurrents d'exercer leur activité sur le marché pertinent et que celle-ci est impossible à reproduire par des moyens raisonnables (financiers, techniques et temporels). Dès lors que l'autorité juge une infrastructure comme étant « essentielle », il peut obliger le titulaire de la facilité à ouvrir l'accès à celle-ci dans des conditions raisonnables pour garantir la contestabilité du marché (4). En d'autres termes, le refus d'accès a pour effet d'évincer le concurrent du marché (5). La théorie des facilités essentielles, initialement utilisée en matière de régulation des infrastructures de réseaux, a été peu à peu appliquée par les politiques de concurrence communautaires vers les actifs intangibles.

La mobilisation de cette théorie dans l'affaire *Microsoft* (6) fait suite à deux précédents, l'affaire *Magill* en 1995 (7) et *IMS Health* en 2004 (8). Dans les deux cas les autorités de la concurrence européennes ont contraint le détenteur de droits de propriété intellectuelle à accorder une licence obligatoire. Dans

- (4) Décision n° 98/190 de la Commission européenne du 14 janvier 1998, *JOCE*, n° L. 72, 11 mars 1998.
- (5) Les premières applications en droit communautaire de la notion en matière d'infrastructures remonte à la décision *B&I/Sealink* de 1992 (*B&I Line plc v Sealink*, Commission, Décision IV.34.174, 1992). La jurisprudence européenne en matière d'éviction d'un concurrent de ressources essentielles à son activité a en fait initialement porté sur des comportements de forclusion en matière d'accès à des matières premières. Il s'agissait de cas de refus d'approvisionnement ou d'approvisionnement dans des conditions discriminatoires (ex. CJCE, 6 mars 1974, *ICI Spa et Commercial Solvents /Commission*; affaires jointes 6 et 7/73). Pour les facilités essentielles proprement dites, la jurisprudence communautaire a progressivement dégagé un ensemble de critères permettant de concilier le renforcement de la contestabilité du marché avec le respect des droits de propriété de l'opérateur concerné (Frison-Roche et Payet, 2006). Premièrement, l'infrastructure doit être entre les mains d'un opérateur doté d'une puissance économique. Deuxièmement, l'accès à la facilité concernée doit être indispensable à l'exercice de la concurrence. Troisièmement, il doit être raisonnablement impossible de reproduire la facilité en question dans des conditions économiquement acceptables. À ce titre, le cas *Bronner* (demande d'accès au réseau de distribution mis en place par un quotidien concurrent) montre qu'il ne s'agit que de contournements déraisonnablement coûteux. Un accès obligatoire ne peut être accordé sur la seule base que les substituts sont économiquement moins avantageux – dans *Bronner*, il s'agissait de l'acheminement postal des journaux (CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH*, aff. C-7/97).
- (6) Tribunal de première instance des Communautés européennes, arrêt du 17 septembre 2007, affaire T-201/04, *Microsoft Corporation/Commission*.
- (7) Arrêts C-241/91 *P* et C-242/91, *P. Radio Telefís Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c./Commission des Communautés européennes*, 6 avril 1995.
- (8) Arrêt C-418/01 du 29 avril 2004 relative à l'affaire *IS Health GmbH et a. c./NDC Health GmbH*.

l'affaire *Magill* de 1995, la CJCE a jugé que le refus opposé par les chaînes de télévision irlandaises de communiquer leurs grilles de programmes à la société Magill, laquelle souhaitait éditer un guide hebdomadaire regroupant les programmes des six chaînes nationales, constituait un abus de position dominante au sens de l'article 82 du Traité. En l'espèce, les chaînes considéraient qu'elles étaient propriétaires des informations relatives à leurs grilles de programmation et à ce titre qu'elles n'avaient pas à transmettre ces dernières à un tiers. Le juge a considéré que l'information protégée constituait une facilité essentielle en ce sens qu'elle était indispensable à la société Magill TV Guide Ltd. pour mettre sur le marché un produit différencié (un guide généraliste) susceptible d'apporter une plus-value aux consommateurs. Pour la CJCE, les chaînes de télévision avaient abusé de leur position dominante sur un marché amont pour entraver l'apparition d'une nouvelle offre, non directement concurrente des leurs sur un marché aval. En d'autres termes, le refus d'une entreprise titulaire d'un droit d'auteur de donner accès à un produit ou à un service indispensable pour exercer une activité déterminée constitue un abus de position dominante dès lors que ce refus est à la fois injustifié, de nature à exclure toute concurrence sur des marchés dérivés et empêche l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle.

Accorder une licence obligatoire pour un produit nouveau pourrait venir corriger un effet pervers des droits de propriété intellectuelle qui serait de donner à son détenteur un outil de blocage de l'ensemble des innovations de filiation qui pourraient s'inscrire dans la continuité de son innovation initiale. Ainsi, l'introduction du critère d'un produit nouveau pouvait apparaître comme un garde-fou contre d'éventuelles stratégies de parasitisme menées par des firmes souhaitant mettre sur le marché des produits « clonant » ceux de l'entreprise détentrice des DPI (Prieto, 2004).

Or, l'arrêt *IMS* vint remettre en cause cette condition. En l'espèce, IMS avait construit une base de données sur les ventes des pharmacies allemandes sur la base d'une structure modulaire s'appuyant sur les codes postaux, laquelle devint rapidement le standard du marché. La société NDC, nouvelle entrante, décida de ce fait d'opter pour une base de données s'appuyant sur la même structure. IMS, titulaire des droits sur cette dernière, répliqua par un refus de vente de sa base de données protégée par le droit d'auteur. La jurisprudence *Magill* n'avait *a priori* aucune raison s'appliquer dans la mesure où NDC proposait un produit en tout point équivalent à celui d'IMS. Or, la Cour appliqua la théorie des facilités essentielles comme elle l'aurait fait en matière d'ouverture à la concurrence des réseaux de service public, en considérant que le détenteur de l'infrastructure devait permettre l'accès à des concurrents pour rendre possible la compétition. Comme la structure basée sur les codes postaux était devenue le standard sur le marché allemand, un refus de licence empêchait *de facto* l'entrée de tout nouveau compétiteur sur le marché. Le refus devait, à ce titre, être considéré comme un abus de position dominante (Lévêque et Ménière, 2003). L'arrêt *IMS* a donc conduit à un glissement de l'application de la notion de facilité essentielle en faveur de firmes opérant sur

le même marché, et proposant le même service, ce qui affaiblit considérablement le critère de nouveauté. En ce sens, il marque un « approfondissement » de la logique de l'arrêt *Magill* qui « se contentait » de donner la possibilité à des firmes de demander une licence obligatoire pour offrir une offre nouvelle sur un marché connexe à celui du titulaire du DPI.

La décision de la Commission dans l'affaire *Microsoft* en 2004, confirmée par le TPICE en 2007, tend à étendre encore le champ d'application de la théorie des facilités essentielles en ce sens que peut désormais être retenu le préjudice subi par le consommateur du fait de l'immobilisme technique pouvant résulter du refus de fourniture. Le 24 mars 2004, Microsoft a donc été condamnée par la Commission européenne pour avoir indûment exercé son pouvoir de marché, notamment en limitant l'interopérabilité des systèmes d'exploitation (SE) pour serveurs (9). En l'espèce, il apparaissait que cette stratégie de levier avait pour objet d'étendre la position dominante détenue par la firme sur le marché des SE pour PC à celui des SE pour serveurs. Cette stratégie est d'autant plus contestable que Microsoft, après avoir dans un premier temps très largement diffusé les informations relatives aux interfaces de son SE, a par la suite progressivement restreint l'accès au fur et à mesure que Windows NT gagnait des parts de marché. Cette pratique est assimilable à une stratégie de prédation (Rey et Tirole, 1997) puisque Microsoft a renoncé, à court terme, à des revenus liés aux royalties afin d'encourager les développeurs tiers à concevoir des applications pour son propre SE – augmentant la qualité de celui-ci du point de vue de l'utilisateur, et donc la part de marché de MS – sachant qu'à terme, les pertes consenties pourront être récupérées *via* le pouvoir de monopole acquis sur les SE serveurs. Il s'agit donc d'un investissement en pouvoir de marché dans l'espace et dans le temps (Lévêque, 2007). En effet, refuser l'accès à un actif donné à l'occasion d'une première demande ou mettre un terme à une fourniture n'est pas neutre du point de vue économique dans la mesure où le second cas peut s'apparenter à une stratégie de hold-up qui va venir altérer la dynamique innovatrice en désincitant les agents à consentir à des investissements productifs.

Les barrières à l'entrée propres à ce type d'industrie et, plus particulièrement, la stratégie de levier depuis le marché des SE pour PC – sur lequel MS détient une position quasi-monopolistique (Prieto, 2007) – exposée *supra* ont été invoquées par la Commission pour retenir la position dominante de

- (9) Microsoft fut également condamnée pour avoir inclus son lecteur numérique Media Player dans son système d'exploitation Windows. Cette pratique, dite de vente liée, a eu pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché des logiciels de lecture multimédia. La Commission décida que Microsoft devrait désormais proposer aux constructeurs d'ordinateurs des versions de Windows non dotées de son logiciel de lecture afin de permettre à ses concurrents de se repositionner sur ce marché et de relancer la dynamique innovatrice.

Microsoft, alors même que la firme de Redmond ne contrôlait que 60 % du marché des SE pour serveurs de travail. Dans la mesure où Windows était appelé à également devenir le standard de ce marché, la Commission a donc considéré les protocoles d'interface comme nécessaires à la viabilité de toute offre alternative. Autrement dit, la stratégie de Microsoft induisait un risque d'élimination de la concurrence assez significatif (Gyselen, 2005) pour justifier un partage des protocoles d'interface entre les acteurs de ce marché. La Commission a donc retenu que les pratiques de Microsoft avaient lésé le consommateur tant au niveau des prix que de la liberté de choix ou encore du ralentissement du rythme de développement des nouvelles fonctionnalités. Pour celle-ci, le refus de Microsoft était donc bien de nature à empêcher ses concurrents de « développer des versions plus avancées de leurs propres produits ». Une telle approche, qui tend à s'éloigner du test du nouveau produit suggéré par Magill, rappelle que le progrès technique ne se traduit pas forcément par l'apparition d'un bien ou service inédit mais peut également relever d'une évolution continue des produits. Ainsi, Microsoft fut sanctionnée par la Commission à hauteur de 500 millions d'euros et enjointe, pour mettre fin aux effets de sa stratégie, de fournir à ses concurrents les informations concernant ses interfaces nécessaires pour assurer une interopérabilité totale entre les PC et groupes de travail concurrents et les PC équipés de Windows.

Le TPICE, dans son arrêt du 17 septembre 2007, confirma en grande partie la décision de la Commission. Celui-ci a considéré que, tout comme l'absence de justification objective au refus de licence, les trois critères issus de la jurisprudence *Magill* et *IMS* qui permettent de conclure à une attitude constitutive d'un abus de position dominante étaient réunis dans le cas d'espèce. Selon le Tribunal, les pratiques de Microsoft ont renforcé sa position au détriment de ses concurrents. L'interopérabilité devient, dans ce cadre, une condition nécessaire à la préservation d'un processus concurrentiel sur le marché en question. En d'autres termes, l'existence même d'une structure de concurrence effective était remise en cause par les agissements de Microsoft. La firme de Redmond n'étant pas parvenue à convaincre le TPICE de l'impact négatif qu'une divulgation des informations relatives aux interfaces pourrait avoir sur ses incitations à innover, le juge a donc considéré que le refus de fourniture était constitutif d'une exploitation abusive de position dominante dans la mesure où il limite le développement technique au détriment des consommateurs (article 82 - 2b du Traité), quand bien même aucun nouveau produit n'était en cause.

Cette affaire est emblématique, comme nous allons le voir, de la position européenne en matière d'application de la théorie des facilités essentielles. Un opérateur dominant a des obligations particulières en termes de préservation d'une structure de concurrence effective, *a fortiori* si la pérennité de celle-ci est mise en cause par des pratiques abusives. Le Tribunal confirme la position communautaire en matière de licences obligatoires, déjà établie par l'affaire *IMS* : « Bien que les entreprises soient en principe libres de choisir leurs partenaires commerciaux, un refus de livrer émanant d'une entreprise en position

dominante peut, dans certaines circonstances, constituer un abus de position dominante ».

1.2. La responsabilité particulière de la firme dominante dans la jurisprudence européenne

La position des autorités européennes dans l'affaire *Microsoft* confirme et approfondit donc une jurisprudence initiée dès le milieu des années quatre-vingt-dix et qui revient à exiger des licences obligatoires sur des droits de propriété intellectuelle à partir de l'application de la théorie des facilités essentielles. Dans ce cadre, le refus d'une entreprise en position dominante d'octroyer une licence portant sur ses droits de propriété intellectuelle peut être considéré comme abusif si trois conditions sont réunies (10). Il faut tout d'abord que l'accès soit indispensable pour l'exercice de l'activité sur un marché voisin. Ensuite, le refus doit être de nature à exclure toute concurrence sur ce marché. Enfin, le refus doit faire obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs. Or, le cas de *Microsoft*, tout comme le cas *IMS*, montre un relâchement de cette dernière condition. En fait, les autorités européennes ont considéré qu'il était nécessaire de lire cette troisième condition dans le cadre des pratiques abusives traitées par l'article 82 du Traité, en d'autres termes toute pratique susceptible de « limiter la production, les débouchés ou le développement technique au détriment des consommateurs ». Ainsi, l'obligation d'ouvrir les interfaces avec le système d'exploitation *Windows* aux tiers n'est pas liée à l'entrave faite au développement de nouveaux produits mais au préjudice causé aux consommateurs (ralentissement des développements techniques) et à la préservation d'une structure de concurrence effective sur le marché.

Du fait de sa position particulière sur le marché, une entreprise en position dominante, telle *Microsoft* ne peut mettre en œuvre certains comportements, lesquels seraient admissibles de la part d'autres firmes, dans la mesure où ils pourraient « compromettre irrémédiablement les chances des concurrents de réussir sur ce marché » (Vesterdorf, 2006). En d'autres termes, les obligations spécifiques qui pèsent sur le détenteur d'une infrastructure essentielle font de lui un « opérateur crucial » (Frison-Roche, 2006), dont le comportement a pour effet de rendre possible ou au contraire d'interdire le maintien d'une

(10) Les politiques de concurrence européennes ne mettent pas en cause les droits de propriété intellectuelle détenus par une firme en position dominante, notamment le droit de refuser une licence à un tiers. Elles visent tout d'abord à prévenir l'usage de ceux-ci à des fins anticoncurrentielles comme le montre l'arrêt de la CJCE *Volvo* de 1998 (CJCE, 5 octobre 1998, *AB Volvo*, aff. 238/87). Selon la Cour, *Volvo*, détenteur d'un modèle protégé avait été dans son droit de refuser à des tiers une licence pour des produits incorporant ce dernier, même en contrepartie d'une rémunération adéquate (Frison-Roche et Payet, 2006). Le refus d'accorder une licence ne constitue pas en lui-même un abus de position dominante.

concurrence effective, ce qui justifie qu'il soit soumis à des règles particulières quant à ses droits et obligations. Au final, les autorités de concurrence européennes considèrent qu'il est de l'obligation des opérateurs dominants de permettre une concurrence effective sur le marché (Kroes, 2007).

La jurisprudence communautaire repose sur le principe que l'intérêt supérieur de la concurrence peut justifier, dans certaines circonstances, des restrictions aux droits de propriété et à la liberté contractuelle d'une entreprise dominante. Sa puissance économique peut, en effet, justifier des obligations particulières (Sinclair, 2004). Cela ne signifie pas que la position dominante soit condamnée en elle-même. Seul son abus est sanctionné par le droit de la concurrence. Or, du fait même de sa puissance économique, une entreprise peut compromettre la concurrence sur le marché. En effet, « l'entrave au fonctionnement du marché peut, dans certaines circonstances tenant, notamment à la structure, résulter de la seule domination par une entreprise, alors qu'aucun acte illicite en lui-même n'a été commis » (Boy, 2005). Ce faisant, des comportements qui seraient tout à fait admissibles de la part de firmes en situation d'interdépendance stratégique, pourraient être considérés comme des pratiques anticoncurrentielles de la part d'une entreprise dominante (11).

Ainsi la notion d'interdépendance stratégique occupe une place centrale dans les politiques de concurrence européennes. Encore influencées par une approche de la concurrence de nature structuraliste (Marty, 2007a), les autorités de la concurrence européennes considèrent qu'il s'agit de maintenir les conditions d'une concurrence effective. Il apparaît qu'il s'ensuit une tendance à vouloir préserver coûte que coûte une structure concurrentielle des marchés. Ceci se traduit par une volonté de prévenir la sortie des concurrents de la firme dominante (Behrens, 2006). Une telle approche peut se justifier en termes d'efficacité économique si l'on adopte un point de vue structuraliste mais ne fait pas sens au point de vue économique dès lors que l'on adopte, à l'instar de l'antitrust américain, une conception des politiques de concurrence fondée sur la synthèse post-Chicago (Marty, 2007a).

Comme le montre l'arrêt *Hoffmann-Laroche* de 1979, les politiques de concurrence européennes peuvent donner lieu à des décisions visant à limiter la dominance économique d'un opérateur sur les autres. Il va s'agir de s'attacher aux conséquences des décisions d'une firme dominante sur ses concu-

- (11) Cette disposition existe depuis longtemps dans le droit de la concurrence tant communautaire qu'interne. L. Boy (2005) relève que dans son rapport d'activité de l'année 1978, la Commission de la Concurrence française, lointaine ancêtre de notre Autorité de la Concurrence, indiquait que « certaines pratiques commerciales largement tolérées, voire parfaitement admissibles du point de vue de la concurrence, lorsqu'elles émanent d'entreprises qui n'ont qu'une faible part de marché et sont soumises à une concurrence effective, peuvent être tenues pour anticoncurrentielles lorsqu'elles sont le fait d'entreprises en position dominante » (Commission de la Concurrence, 1979).

rentes en veillant, qu'elles ne se traduisent pas par leur éviction du marché (12). Ce faisant, l'entreprise dominante a l'obligation de ne pas remettre en cause le niveau de concurrence existant sur le marché du fait de sa stratégie, même si celle-ci est conforme aux principes de la concurrence. Ainsi, à l'inverse de la situation américaine, une entreprise dominante en Europe voit son autonomie stratégique bridée du fait d'une « responsabilité spéciale » quant à la préservation d'une structure de concurrence effective (13).

Cette « responsibility for competition » (Behrens, 2006) peut expliquer pourquoi les autorités de la concurrence européennes appliquent avec moins de parcimonie la théorie des facilités essentielles que leurs homologues états-uniennes. Comme la firme dominante a des obligations particulières vis-à-vis de concurrents qui sont dans une situation de « dépendance économique », il apparaît plus facilement légitime de remettre en question ses droits de propriété et sa liberté contractuelle. L'arrêt *Microsoft* montre cependant bien que par l'intermédiaire de la licence obligatoire, les autorités de la concurrence communautaires visent à défendre les intérêts de long terme des consommateurs et non des firmes concurrentes (14). L'avantage concédé à celles-ci fait figure de moyen et non de fin. En d'autres termes, il faut maintenir les firmes concurrentes sur le marché non pour elles-mêmes mais dans la mesure où la préservation d'une structure concurrentielle est vue comme la meilleure défense des intérêts des consommateurs à long terme (15).

- (12) « The concept of an abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position, which is such as to influence the structure of a market where as a result of the very pressure of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition of normal competition in products or services on the basis of transactions of commercial operators has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing at the market or the growth of that competition ». CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-Laroche v./Commission européenne*, aff. 85/76, pt. 91.
- (13) CJCE, *NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin v./Commission européenne*, aff. 322/81, pt. 57.
- (14) Dans sa décision de 2004 relative à Microsoft, la Commission insiste sur le fait que le refus de communiquer aux concurrents les protocoles d'interface pénalise non seulement les concurrents mais aussi et surtout les consommateurs. « Microsoft's refusal to supply the technical information necessary for rivals' products to work seamless with Windows [...] deprived consumers of alternative products and undermined rivals' incentives to innovate ».
- (15) À ce titre, l'approche européenne pourrait effectivement être interprétée comme participant d'une logique de régulation de la concurrence. Il ne s'agit pas seulement de vérifier le respect par les acteurs du marché des règles de concurrence (ou des règles de juste conduite pour reprendre les catégories de Hayek (1973)) mais de s'assurer par une politique publique volontariste (ou constructiviste) de la préservation de la structure du marché dans une situation considérée comme économiquement optimale. Or, dans certaines situations de telles politiques visant à corriger les évolutions spontanées du marché peuvent s'avérer économiquement peu efficaces mais aussi engendrer un « besoin de régulation » constant pour maintenir leurs effets (Deakin et Pratten, 1999).

Au-delà même d'éventuels comportements de levier mis en œuvre par Microsoft (se servir de sa position dominante sur un marché donné pour l'étendre à des marchés connexes), la décision de la Commission est emblématique des obligations spécifiques qu'elle attribue aux firmes dominantes. Comme le relève E. Fox (2006), « The Commission's decision strongly reflects Europe's principle of special responsibility of the dominant firm and the prohibition of using leverage and power to obtain advantages over rivals. These principles overshadow any freedom of the dominant firm to choose with whom and how to deal ». Nous verrons dans notre seconde partie que la conception américaine de la concurrence induit une nette opposition aux pratiques européennes en matière d'admissibilité de la théorie des facilités essentielles et que cette opposition est encore plus marquée en matière de DPI.

II. — LES FONDEMENTS DE L'OPPOSITION ÉTATS-UNIENNE À LA POSITION EUROPÉENNE DANS L'AFFAIRE MICROSOFT

2.1. Les réticences américaines vis-à-vis de la théorie des facilités essentielles

La « responsabilité spéciale » dévolue en Europe à une entreprise en position dominante quant à la préservation d'une structure de concurrence effective peut être interprétée aux États-Unis comme l'obligation de prêter assistance à des firmes rivales moins performantes. Ce faisant l'assertion de T. Barnett, selon laquelle le droit de la concurrence vise aux États-Unis à protéger la concurrence et non, comme en Europe, les concurrents, peut aisément se comprendre. Ce qui prime aux États-Unis, c'est la préservation des incitations qui s'exercent sur les firmes pour acquérir une position dominante. Ainsi, le fait qu'une entreprise soit en situation de monopole et même pratique des prix de monopole ne pose pas de problème en soi du moment où cette position a été acquise par des moyens conformes au droit de la concurrence et qu'elle n'est pas maintenue, voire étendue sur des marchés connexes, par des pratiques anticoncurrentielles. Par exemple, dans la décision *Trinko* de 2004, la Cour suprême insistait sur le fait que « the mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices » n'étaient pas contraires aux règles issues du Sherman Act, « unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct ». Plus significatif encore, la Cour suprême se distingue de la position européenne en relevant qu'une telle position « is an important element of the free market system ». Dans une logique schumpetérienne, le processus de concurrence est conçu comme mu par la recherche de rentes de monopoles et leurs contestations futures par des firmes rivales. Selon R. Posner (2001), « it is not a violation of [the antitrust] laws to acquire a monopoly by lawful means include innovations protected from competition by the intellectual property laws ». En d'autres termes, la rente de monopole perçue par la firme dominante est conçue comme une incitation à innover, à contester sa position de marché. Une mise en cause par la théorie des facilités essentielles est donc susceptible d'entraver le processus de marché lui-même. Comme l'écrivit le

juge Learned Hand dans la décision *Alcoa* de 1945 : « The successful competitor having been urged to compete must not be turned upon if he wins (16) ».

La dominance n'est donc en aucun cas illégitime en elle-même. Le rôle de l'antitrust est, dans la logique de la seconde section du Sherman Act de 1890, de prévenir ou de sanctionner les pratiques d'éviction de la concurrence (monopolization). Dans une logique américaine, préserver le caractère atomistique du marché (ou du moins son caractère oligopolistique) et donc obliger la firme dominante à permettre le maintien de firmes rivales, revient donc à une protection des concurrents. Une telle logique changerait la finalité même de la politique de la concurrence. Il s'agirait dès lors non plus d'une protection de la concurrence contre les comportements abusifs mais d'une régulation de celle-ci (Behrens, 2006) ! De façon emblématique, la notion d'abus de dépendance économique ne peut faire sens dans le cadre de l'Antitrust américain. Une firme dominante demeure libre, à l'inverse de la situation européenne, d'imposer des prix excessifs ou des conditions contractuelles léonines. Dans sa décision *Blue Cross* de 1995, la Cour d'appel du 7^{ème} circuit établissait qu'un « [lawful monopolist may] charge any price that he wants, for the anti-trust laws are not a price-control statute or a public-utility or a common-carrier rate-regulation statute » (17). Comme le relève Behrens (2006), ce refus de s'attacher à l'équilibre des relations commerciales est l'une des sources majeures des divergences transatlantiques en matière de politique de concurrence : « Characterizing dominant firms' conduct as exploitative or unfair and then prohibiting it on that basis clearly leads to controlling dominance and to regulating rather than protecting competition ».

Dans la mesure où il s'agit bien plus de protéger les incitations de marché à devenir la future firme dominante, que de corriger de façon volontariste les asymétries dans les positions de marché, les règles de l'antitrust américain placent les concurrents dans une situation bien moins confortable que les règles européennes. Afin de prévenir le risque de poursuites stratégiques ayant pour principale motivation d'entraver une firme dominante sur un marché (Marty et Pillot, 2009), la charge de la preuve pèse au premier chef sur la firme plaignante et non sur la défenderesse. Cependant, les comportements d'éviction, sont plus difficiles à établir, notamment en matière de contentieux portant sur des droits de propriété intellectuelle, sur des refus de contracter ou sur des comportements de prédation (Fox, 2006). Un refus de contracter avec un concurrent ne peut donc en toute logique être sanctionné sur la base du Sherman Act que si la preuve d'une stratégie d'éviction, notamment par une prédation, peut être établie. Un refus de licence n'est pas anticoncurrentiel

(16) *US v. Aluminium Co of America*, 148 F 2d 416, 2nd circuit, 1945.

(17) *Blue Cross & Blue Shield United v. Marshfield Clinic*, 65 F 3d 1406, 7th circ., 1995.

« So long as the owner does not sacrifice profits for the strategic objective of gaining more than the lawfully obtained power » (FTC & DoJ, 2007).

Il convient d'ailleurs de mettre en exergue, les développements de la Cour suprême dans son arrêt *Trinko* au sujet d'un de ses anciens jugements, *Aspen Skiing*. Cette affaire qui remonte à 1985, avait pu initialement être interprétée comme une application de la théorie des facilités essentielles (18). Les pistes de ski de la station d'Aspen étaient divisées en quatre domaines. Trois étaient exploités par une première société et le quatrième par une seconde. Longtemps, celles-ci vendirent un billet unique pour les quatre domaines. Or, la société exploitant les trois premiers domaines exigea une augmentation de sa quote-part. Devant le refus de son partenaire, elle mit fin à l'accord. Ce dernier tenta alors de trouver un terrain d'entente et alla même jusqu'à lui proposer de lui reverser l'équivalent de ses propres tarifs de détail. Ceci augmentait significativement sa marge et théoriquement devait la rendre indifférente au point de vue financier entre vendre des forfaits trois domaines aux skieurs ou proposer des forfaits quatre domaines. Devant son refus, le gestionnaire du quatrième domaine engagea une action en justice. Pour la Cour suprême (2004) l'obligation de contracter prononcée à l'issue du procès ne relève pas de l'activation de la théorie des facilités essentielles mais plus simplement de la sanction d'une stratégie anticoncurrentielle de prédation. Rappelons d'ailleurs que celle-ci considère que l'arrêt de 1912, *Terminal Railroad* (19), qui avait abouti à contraindre une association de firmes de chemins de fer à laisser l'accès aux tiers aux infrastructures constitutives du nœud ferroviaire de Saint Louis dans le Missouri, sanctionnait en fait un cartel et ne consacrait en rien la théorie des facilités essentielles, notion élaborée, selon ses termes dans la décision *Trinko*, par des tribunaux de niveaux inférieurs.

Dans *Aspen* (1985), le refus de l'entreprise gestionnaire des trois domaines de contracter à nouveau pour un tarif égal au prix de détail payé par les skieurs pour trois domaines était donc constitutif pour la Cour de la mise en œuvre d'une stratégie de prédation. Il s'agit d'une renonciation à des profits de court-terme en vue de renforcer à moyen terme son pouvoir de marché une fois la concurrence évincée, suspicion étayée dans le cas d'espèce par la rupture de relations commerciales de long terme présumées mutuellement profitables (20). Ainsi, un refus de contracter ne peut-il être sanctionné sur la base de la section 2 du Sherman Act que dans des situations dans lesquelles il est

(18) *Aspen Skiing Co. v./Aspen Highlands Skiing Corp.*, US Supreme Court, 472 US 585, 1985.

(19) *United States v./Terminal Railroad Assn. of St Louis*, 224 US 383.

(20) « The unilateral termination of a voluntary (and thus presumably profitable) course of dealing suggested a willingness to forsake short-term profits to achieve an anticompetitive end. Similarly, the defendant's unwillingness to renew the ticket even if compensated at retail prices revealed a distinctly anticompetitive bent », US Supreme Court – *Trinko*, 2004.

possible de faire la preuve d'une telle stratégie d'éviction (21). Or, les preuves de mise en œuvre d'une stratégie de prédation sont extrêmement difficiles à réunir sur un plaignant (Kirat et Marty, 2007), ce qui risque encore de favoriser la position de l'entreprise dominante.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence *Aspen* fait écho en plusieurs points à la question traitée par les juges communautaires dans l'affaire *Microsoft*. Dans un cas comme dans l'autre, l'opérateur dominant renonce au bénéfice de redevances certaines pour (éventuellement) renforcer son pouvoir de marché vis-à-vis de la concurrence. De la même façon, dans les deux affaires l'opérateur revient sur des accords initiaux. Cependant, il est à relever que la notion de dépendance économique et la prise en compte des impacts concurrentiels liés à un non-renouvellement de contrats font beaucoup plus sens dans le contexte européen qu'aux États-Unis. Dans un contexte américain, l'opérateur dominant conserve sa plus entière liberté de contracter et notamment le droit de ne pas re-contracter une fois le contrat initial arrivé à son terme. Ce faisant, dans le cas américain, il est nécessaire de démontrer une stratégie de prédation pour établir la portée anticoncurrentielle de la pratique.

La contradiction entre les approches européennes et américaines est donc particulièrement sensible en matière d'activation de la théorie des facilités essentielles. Comme nous l'avons souligné, bien que la théorie elle-même ait été forgée dans le cadre de la décision de la Cour suprême *Terminal Railroad* de 1912, elle est actuellement rejetée par cette dernière, comme en atteste l'arrêt *Trinko* de 2004. Verizon était l'opérateur de la boucle locale de télécommunications dans la ville de New York. Dans le cadre du Telecommunications Act de 1996, de nouveaux entrants souhaitaient accéder à celle-ci. La justice fut saisie dans la mesure où les conditions techniques d'accès au réseau proposées par Verizon ne permettaient pas aux nouveaux entrants de garantir un service d'une aussi bonne qualité que celui qu'il fournissait à ses propres usagers (22). Cette affaire qui était indiscutablement liée à la régulation sectorielle pouvait, selon les plaignants, être traitée dans le cadre de la législation Antitrust. En effet, une stratégie mise en œuvre par un opérateur dominant pour réduire la qualité des produits d'une firme concurrente en agissant sur un input sous son contrôle peut constituer une violation de la section 2 du Sherman Act. Or, dans le cadre de sa décision, la Cour suprême précisa certains points essentiels de sa doctrine, lesquels vont revêtir, comme nous le ver-

(21) « [When] the plaintiff asserts that the defendant was under a duty to assist a rival... conduct is not exclusionary or predatory unless it would make no economic sense for the defendant but for its tendency to eliminate or lessen competition ». Brief of the United States and the FTC as *amici curiae* supporting petitioner for *Trinko* (n° 02-68), cité par FTC & DoJ (2007).

(22) Notons que l'affaire n'est pas sans faire écho à un contentieux ayant opposé dans les années soixante-dix AT&T à MCI, laquelle ne pouvait accéder au réseau d'AT&T du fait d'un brevet verrouillant une interface indispensable à l'interconnexion.

rons, une importance particulière en matière de demandes d'accès impliquant des droits de propriété intellectuelle. Tout d'abord, la liberté contractuelle demeure entière pour une firme en position de monopole. Celle-ci est libre de contracter ou non avec un tiers et de déterminer le cas échéant en toute autonomie les termes contractuels. En effet, la liberté contractuelle et la liberté de disposer librement des droits de propriété apparaissent comme des ressorts essentiels du processus de concurrence, notamment de par leur influence sur les incitations à investir et à innover.

Une politique de licence obligatoire, ou du moins d'ouverture d'un actif essentiel détenu par une firme à ses concurrents, pose en effet plusieurs problèmes incitatifs et informationnels (Garza, 2008). Au point de vue incitatif, tout d'abord, il apparaît que la perspective de devoir donner l'accès aux fruits de ses investissements à des concurrents peut peser sur les anticipations de retours financiers pour les firmes innovatrices. La désincitation sera d'ailleurs d'autant plus significative que l'antitrust américain ne s'oppose en rien au fait que l'entreprise dominante pratique des prix de monopole (Shapiro, 2002) (23). De la même façon, les firmes concurrentes peuvent préférer ne pas s'engager dans une course au brevet, coûteuse et aléatoire, en tablant sur la neutralisation de l'avantage compétitif de l'innovateur au travers d'une obligation de licence prononcée par un tribunal.

Au point de vue informationnel, ensuite, une intervention du juge contraignant une firme à partager certains de ses actifs avec des concurrents pourrait détourner les politiques de concurrence de leur mission de protection du processus concurrentiel pour les orienter, comme nous l'avons vu, vers une mission de « régulation » de la concurrence. Une telle logique pourrait conduire selon les termes de D. Garza du DoJ (2008) à un « highly regulatory and undesirable process of determining the price and other terms on which the patentee must license its patent (24) ». En outre, du fait de la situation d'information imparfaite et incomplète dans laquelle le juge va être amené à prendre sa décision, le risque est fort de créer une insécurité juridique pour les opérateurs, en créant de faux positifs, c'est-à-dire en les forçant à tort à donner accès à un actif à l'origine de leur avantage compétitif à leurs concurrents (Marty, 2007b).

- (23) Pour Klein & Shepard-Wiley (2003), une licence obligatoire à un tarif déterminé par le juge présente le désavantage additionnel d'empêcher le détenteur des DPI de pratiquer des tarifs discriminatoires vis-à-vis des licenciés. Le fait que le monopole puisse pratiquer une discrimination peut en effet au point de vue théorique conduire à une situation finale préférable, en termes de bien-être collectif, à celle obtenue au travers d'un prix uniforme.
- (24) Dans la décision *Trinko*, la Cour suprême confirme son refus de voir le juge chargé de déterminer un « prix raisonnable » du fait de son déficit informationnel, en des termes proches de ceux d'Hayek dans *Scientism and the Study of Society* en 1952: « 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 ».

2.2. Une défiance spécifique vis-à-vis des licences obligatoires en matière de droits de propriété intellectuelle

La position américaine en matière de politiques de concurrence appliquées aux droits de propriété intellectuelle, déjà exposée dans des *guidelines* communes à la FTC et à l'Antitrust Division du DoJ de 1995, a fait l'objet d'une nouvelle publication commune aux deux agences en charge de l'application du droit de la concurrence en avril 2007. Elle constitue également l'un des domaines de discussion de l'*Antitrust Modernization Commission* (Garza, 2008). L'ensemble de ces travaux traduit non une inflexion de la position américaine mais bien au contraire un renforcement des options déjà adoptées.

La politique de protection de la propriété intellectuelle a incontestablement une double nature; inciter les investisseurs à encourir les coûts et les risques liés à l'innovation en leur offrant une perspective de rémunération tout en encourageant la diffusion des connaissances dans l'économie pour favoriser les innovations de suite. Il s'agit donc de ne pas accorder une protection excessive par l'intermédiaire des droits de propriété intellectuelle. En effet, une firme excessivement protégée par ses DPI peut entraver les innovations de ses concurrents et imposer des restrictions déraisonnables à la concurrence. À ce titre, un premier filtre efficace contre les abus liés aux droits de propriété intellectuelle peut résider dans les contrôles opérés lors du dépôt, afin de prévenir des droits sur des éléments triviaux ou des protections excessives. La principale question demeure cependant liée à l'impact sur la concurrence de droits de propriété légitimes. La protection assurée par les DPI, qui repose sur une exclusivité, donc un certain pouvoir de monopole, crée-t-elle une entrave au processus de concurrence? Pour l'antitrust américain, les débats des décennies passées, caractéristiques d'une « antitrust period in wilderness » (Hovenkamp, 2008) sont clos; un ensemble de principes clairs guide dorénavant l'action des deux agences en matière de politiques de concurrence appliquées aux DPI (Garza, 2008).

Le premier principe tient au fait que la détention d'un droit de propriété intellectuelle ne signifie pas en elle-même que la firme dispose d'un pouvoir de marché (25). Cette position est en fait conforme aux *guidelines* de 1995 (26) (FTC & DoJ, 1995) et à la position européenne. Des biens et services concurrents sur le marché peuvent en effet reposer sur d'autres technologies que ceux de la firme détentrice de DPI. Il n'en demeure pas moins que la situation peut s'avérer bien plus complexe lorsque la technologie protégée

(25) Pour la Cour suprême « a patent does not necessarily confer market power ». *Illinois Tool Works Inc v/Independent Ink*, US Supreme Court, 547 US 28, 2006.

(26) « The agencies will not presume that a patent, copyright or trade secret necessarily confers market power upon its owner » (§ 2.2).

par un DPI devient un standard du marché, comme l'a illustré en Europe le cas IMS. Dès lors, le pouvoir de marché de la firme ne peut plus être considéré comme transitoire et contestable par de nouveaux entrants.

Le deuxième principe réside dans le fait que même si le produit (ou la technologie) couvert par un droit de propriété intellectuelle occupe une place dominante sur le marché, la détention de ce dernier ne crée pas en elle-même une présomption de violation des règles de concurrence (27). Cette position est en fait conforme à la jurisprudence concurrentielle américaine au-delà de la seule propriété intellectuelle. Dans le cadre de la synthèse post-Chicago, la position dominante ne pose pas problème en elle-même à partir du moment où le marché est contestable. Dans son arrêt *Trinko* (2004), la Cour Suprême a précisé à nouveau que non seulement une situation de monopole ne contrevenait pas en elle-même au Sherman Act mais que, de plus, le fait de pratiquer des prix de monopole n'avait pas à être sanctionné par l'antitrust, « unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct ». En d'autres termes, il faut apporter la preuve d'une stratégie d'éviction de la concurrence.

Le troisième principe est directement lié aux différents transatlantiques sur les licences obligatoires. Il stipule que les poursuites antitrust pour refus de contracter avec des concurrents ne constituent que de rares exceptions. En effet, aux États-Unis comme en Europe, une firme est libre de contracter ou non avec un concurrent et de déterminer librement les termes d'un éventuel contrat. Dans son arrêt *Colgate* de 1919, la Cour suprême écrivait déjà que le Sherman Act « does not restrict the long recognised right of [a] trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise [its] own independent discretion as to parties whom [it] will deal (28) ». Cette position a été confirmée dans l'arrêt *Trinko* (2004) dans le cadre de laquelle la Cour dénonce l'« uncertain virtue of forced sharing » et considère qu'obliger une firme à partager la source de son avantage compétitif avec ses concurrents s'avère être « in some tension with the underlying purpose of antitrust law ». Ce dernier principe revêt un sens encore plus marqué en matière de propriété intellectuelle que le droit d'exclusion apparaît comme l'un des fondements de celle-ci.

(27) Symétriquement la propriété intellectuelle ne dispose pas d'une immunité antitrust aux États-Unis. Si un amendement de 1988 à la loi sur les brevets (section 271 d4 du titre 35 du Code américain sur les brevets) prévoit un tel type d'immunisation, c'est seulement pour les *misuses* de la propriété intellectuelle, en d'autres termes, les « illegal extensions of the patent rights » (FTC & DoJ, 2007). Une décision de la Cour d'appel du 1^{er} circuit de 1994 (*Data Gen Corp v./Grumman System Support Corp*, 36 F3d, 1st circ., 1994) précise que les refus de licences ne sont en rien couverts par une telle immunité.

(28) *United States v./Colgate and Co*, US Supreme Court, 250 US 300, 1919.

En fait, le débat américain autour de l'activation de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle s'est structuré autour de l'arrêt de la Cour d'appel du 9^{ème} circuit dans l'affaire *Kodak* en 1997 (29). Dans le cadre de cette affaire, qui n'a pas fait jurisprudence, un refus de licence a été sanctionné sur la base du Sherman Act dans la mesure où le juge a considéré que celle-ci s'inscrivait dans une stratégie d'éviction de la concurrence (Kirsch, 2002) (30). La controverse théorique américaine porte notamment dans le cas d'espèce sur la notion d'intention d'éviction de la concurrence, laquelle crée une certaine insécurité juridique pour les firmes du fait de sa subjectivité. Pour la FTC et le DoJ (2007), « *Kodak presents a standard that is out of the step with the modern focus of antitrust, which is on objective economic evidence* ». En effet, l'antitrust américain revendique une démarche fondée sur un raisonnement économique mené à partir des effets observés et non sur des déductions quant aux motivations sous-jacentes des firmes (31).

Les réticences états-uniennes quant aux licences obligatoires sont d'autant plus fortes que le droit d'exclure les tiers du bénéfice d'une innovation protégée constitue l'une des caractéristiques essentielles des DPI (32). Il apparaît donc que tant l'arrêt *Trinko* de 2004 que les travaux communs de la FTC et du DoJ sur l'application de la théorie des facilités essentielles aux DPI de 2007 traduisent la volonté de laisser la décision de la Cour d'appel du 9^{ème} circuit de 1997 dans l'affaire *Kodak* faire figure de seul et unique cas de licence obligatoire en faveur d'un rival (33). Si certains contributeurs aux travaux de la FTC et de l'Antitrust Division du DoJ, tels Melamed et Stoeppelewerth (2002) admettent qu'un refus de licence peut faire l'objet de sanctions au titre de la section 2 du Sherman Act « *under narrow circumstances, with such refusal*

(29) *Image Technical Services Inc v./Eastman Kodak Co*, 125F 3d 1195 (9th cir., 1997).

(30) Dans l'affaire *Kodak* comme dans *CSU*, une affaire assez similaire impliquant Xerox (*CSU v./Xerox*, 203 F 3d 1322, Federal Circ. 2000), le litige opposait le détenteur de DPI sur des équipements et des sociétés de service. Il s'agissait de refus de vente de produits sous licences, d'octroi de licences ou de refus d'accès à des logiciels protégés par copyright. Pour les plaignants, le refus d'accès contrevenait à la section 2 du Sherman Act dans la mesure où elle conduisait à leur éviction du marché et à l'extension de la position dominante du détenteur des DPI du marché des équipements vers celui des services par l'intermédiaire d'une stratégie de levier. Dans l'affaire *CSU*, le juge a refusé de tenir compte des intentions prêtes à la firme (Melamed et Stoeppelewerth, 2002).

(31) The agencies « *focus is upon the effect of [the] conduct, not upon the intent behind it* » (*United States v./Microsoft Corp*, 253 F 3d 34, 59, DC Circ. 2001).

(32) « *The essence of a patent grant is the right to exclude other from profiting by the patented innovation* ». *Dawson Chem. Co v./Rohm & Haas Co*, 448US176, 215, 1980.

(33) « *Prior to Kodak, no reported antitrust decision had imposed decision had imposed liability for the refusal to license a patent* » (Hovenkamp *et al.*, 2006).

assessed on a case-specific, facts intensive basis, without safe harbors », la position des autorités de la concurrence s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence (34) pour considérer que l'application de la théorie des facilités essentielles en faveur de firmes rivales, en particulier en matière de DPI ne constitue qu'une très rare exception dans la pratique américaine : « The agencies also conclude that antitrust liability for mere unilateral, unconditional refusals to license patents will not play a meaningful part in the interface between patent rights and antitrust protection » (FTC & DoJ, 2007).

Avec les décisions *IMS* et *Microsoft*, l'obligation de donner accès à une facilité essentielle a concerné des firmes agissant sur le même marché que l'entreprise dominante. Ces décisions consacrent un indéniable glissement dans la jurisprudence européenne par rapport à l'affaire *Magill*. En effet, la théorie des facilités essentielles appliquée aux droits de propriété intellectuelle reprend dans ce cas la logique qui est la sienne en matière de régulation des industries de réseaux. Dans ce cas, la firme détenant un actif essentiel à la compétition par le seul fait qu'elle est l'héritière d'un monopole légal se voit obligée de permettre l'accès au marché à des concurrents directs. Comme sa position dominante n'est pas liée à ses mérites passés l'obligation faite en faveur des concurrents peut ne pas apparaître comme totalement illégitime. Cependant, si la position est liée aux investissements passés, l'obligation faite à l'entreprise en faveur de concurrents directs peut s'analyser en termes de « régulation asymétrique ». Dans la logique européenne, attendu les responsabilités particulières qui incombent à l'entreprise dominante dans le cadre communautaire, une obligation d'accès à une facilité essentielle contrôlée par cette dernière peut apparaître comme légitime. Même si une licence obligatoire met en cause tant les droits de propriété que la liberté de contracter de l'entreprise, il apparaît aux yeux des juges communautaires que celle-ci est indispensable au maintien d'une concurrence effective sur le marché (Riem, 2008). Une telle obligation va bien évidemment jouer sur les incitations à innover tant de la firme concernée que des entreprises candidates à l'accès, comme l'ont relevé les autorités de la concurrence américaines (DoJ & FTC, 2007). L'équilibre entre ces différents effets économiques va alors être étroitement relié au niveau de la redevance déterminée par le juge. Ainsi, dans l'affaire *Microsoft*, nous pouvons résolument penser qu'un niveau de redevance fixé à hauteur de 0,4 % des produits licenciés plutôt qu'à hauteur des 5,95 % initialement réclamés par la défenderesse n'a pas eu les mêmes effets sur les incitations à innover de toutes les parties concernées (Lévêque, 2008). Il appartient dès lors au juge de trouver une tarification qui soit raisonnable, *i.e.* qui soit fixée à un niveau pour lequel l'éventuelle diminution des incitations à innover du licencieur soit plus

(34) « Courts are properly extremely reluctant to find liability on the basis of a company's unilateral refusal to deal, even if that company is a monopolist. That reluctance is even stronger when a refusal to license intellectual property rights is at stake, because the ability to exclude other from using the right is at the heart of IP policy ».

que compensée par l'augmentation des incitations à innover des licenciés. Or, tant le montant de cette dernière que la légitimité de l'obligation de licence doivent être radicalement différents selon que la facilité essentielle a été acquise suite à des investissements significatifs et risqués réalisés par l'entreprise, comme c'est le cas pour Microsoft, ou qu'elle a été simplement le fruit d'un avantage de premier arrivant ayant pu s'approprier un « bien public », comme cela fut le cas pour IMS, avec une structure de base de données reposant sur les codes postaux. À ce titre, le juge ne peut, à notre sens, que rarement faire l'économie de l'examen de la validité des DPI ainsi que de l'effort nécessaire consenti par la firme pour innover puisqu'il convient de « constituer une sorte de contre-pouvoir aux offices des brevets » (Tirole, 2005), dont les conditions d'acceptation peuvent paraître excessivement diverses de part et d'autre de l'Atlantique.

Au-delà même de la question du niveau de la redevance, l'antitrust américain ne peut accepter, de par sa logique propre, de telles obligations. Comme le note Behrens (2006), « “Responsability for competition” in the context of essential facilities doctrine therefore does not imply that the firm who as won the race in its own market is punished by an obligation to help the losers (35) ». La critique de Thomas Barnett (2007) illustre à notre sens l'opposition des démarches américaines et européennes en matière de traitement des firmes en position dominante. Autant les deux politiques de concurrence se caractérisent par de nombreux points de convergence de part et d'autre de l'Atlantique, notamment quant à leur utilisation de critères économiques, autant les choix « politiques » initiaux demeurent irréductibles dans le domaine de la dominance (Fox, 2006). Comme nous l'avons vu l'Antitrust américain ne vise pas (ou plus, serions nous tentés d'écrire en songeant aux précédents AT&T de 1982 et Standard Oil de 1911) à mettre en cause les monopoles. Il vise à prévenir les comportements contribuant à figer cette position par des moyens anticoncurrentiels ou à l'étendre via des stratégies de levier à des marchés connexes. Cependant, comme le note Fox (2006), les politiques de concurrence européennes et américaines font face à deux risques symétriques, du fait même de leur cadre théorique sous-jacent, aussi dangereux l'un que l'autre pour la préservation à long terme du processus de concurrence. Les politiques européennes risquent de protéger de façon indue des concurrents inefficaces quand les politiques états-uniennes risquent de consolider un monopole et de garantir à long terme ses rentes, avec les risques que ceci pourrait induire sur la dynamique d'innovation à long terme de l'économie et donc son potentiel de croissance, comme pourrait l'illustrer le débat théorique autour du précédent britannique du XIX^{ème} siècle avec la protection accordée

- (35) Cette position se retrouve encore une fois dans l'arrêt *Trinko* (2004), dans laquelle la Cour suprême souligne : « Indeed, imposing liability for such refusals arguably would go beyond requiring firms to refrain from anticompetitive conduct that harms rivals and would instead compel firms to reach out and affirmatively assist their rivals ».

à J. Watt (Boldrin & Levine, 2004, Selgin & Turner, 2006). Cependant, le rythme même d'innovation dans la branche et les turbulences technologiques peuvent contribuer à réduire un tel risque, comme pourrait en attester la remise en cause des positions de Microsoft par Google. Du fait de l'évolution technologique, un secteur stratégique aujourd'hui peut effectivement être contesté le lendemain. Du fait de l'ampleur prise par la « webosphère » ces dix dernières années, la question se pose désormais de savoir si le contrôle quasi-monopolistique des SE constitue toujours un enjeu majeur alors même que la maîtrise des voies de communication et des applications liées à Internet cristallise désormais toutes les attentions. Ainsi peut-on voir comment l'évolution des technologies peut venir contester des monopoles établis tout simplement en créant de nouvelles opportunités de marché venant supplanter les marchés traditionnels, au moins en réduisant la dimension stratégique liée à leur maîtrise. Enfin, notons que la même logique prévaut sur le marché de la retransmission télévisée des matchs de Ligue 1 en France puisque Canal +, le diffuseur historique, a vu son monopole contesté par Orange dès lors que le mode de retransmission satellitaire s'est vu concurrencé par l'amélioration de la technique ADSL et sa propagation sur le territoire français.

Toujours est-il que les risques concurrentiels liés aux refus de licences sont particulièrement importants dès que les DPI en question portent sur des actifs constituant le standard du marché (Kirsch, 2002). En effet, la contestabilité du marché et donc la préservation d'une concurrence efficace, faute d'une concurrence effective, en dépendent...

BIBLIOGRAPHIE

- BARNETT T.-O. (2007), « Issue Statement on European Microsoft Decision », US Department of Justice. Antitrust Division. Press Release 202-514-2007, September 17th.
- BEHRENS P. (2006), « Controlling Dominance or Protecting Competition: From Individual Abuses to Responsibility for Competition » in Ullrich H., (sd), *The Evolution of European Competition Law: Whose Regulation, Which Competition?*, Edward Elgar, pp. 224-232.
- BOLDRIN M. and LEVINE K.-D. (2004), « The Case against Intellectual Property », *International Economic Review*, vol. 45, pp. 327-350.
- BOY L. (2005), « L'abus de pouvoir de marché, contrôle de la domination ou protection de la concurrence », *Revue Internationale de Droit Économique*, n° 1/2005, pp. 27-50.
- Commission de la Concurrence, (1979), *Rapport de la Commission de la Concurrence 1978*, La Documentation française, Paris.
- DEAKIN S. and PRATTEN S. (1999), « Reinventing the Market? Competition and Regulatory Change in Broadcasting », *Journal of Law and Society*, vol. 26, n° 3, September, pp. 323-350.
- Federal Trade Commission and US DoJ Antitrust Division, (1995), *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual property*.

- Federal Trade Commission and US DoJ Antitrust Division, (2007), *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights : Promoting Competition and Innovation*, April, 220 p.
- FOX E.-M. (2006), « Abuse of Dominant Position: The Americanization of European Competition Law », in Ullrich H., (sd), *The Evolution of European Competition Law : Whose Regulation, Which Competition ?*, Edward Elgar, pp. 33-237.
- FRISON-ROCHE M.-A. (2006), « Proposition pour une notion : l'opérateur crucial ». *Recueil Dalloz*.
- FRISON-ROCHE M.-A. et PAYET M.-S. (2006), *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, Paris, 451 p.
- GARZA D.-A. (2008), « Remarks on the Increasing Role of Antitrust Principles in Defining Patent Rights », *Standards setting and pharmaceutical issues committees conference*, Intellectual property owners association, June.
- GYSELEN L. (2005), « Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle doit-il fournir le produit de son droit à un concurrent ? ». *Concurrences, Revue des Droits de La Concurrence*, n° 2, pp. 24-30.
- HAYEK (von) F. (1952), *Scientism and the Study of Society*, Glencoe - Illinois, The Free Press.
- HAYEK (von) F. (1973), *Droit, législation et liberté*, tome 1, Paris, PUF.
- HOVENKAMP H.-J. (2008), « Innovation and the Domain of Competition Policy », *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n° 08-07, February.
- HOVENKAMP H.-J., JANIS M.-D. et LEMLEY M.-A. (2006), « Unilateral Refusal to Licence », *Competition Law and Economics*, vol. 42, n° 1.
- KIRAT T. et MARTY F. (2007), *Économie du Droit et de la réglementation*, Memento LMD Gualino, Paris, 183 p.
- KIRSCH P.-F. (2002), « Refusals to License IP - The Perspective of the Private Plaintiff », FTC and DoJ Hearings, May.
- KLEIN B. & SHEPARD-WILEY J. (2003), « Competitive Price Discrimination as Antitrust Justification for Intellectual Property Refusals to Deal », *Antitrust Law Journal*, vol. 70, p. 640.
- KROES N. (2007), Communiqué de presse de la Commission du 17 septembre 2007. MEMO/07/359.
- LÉVÊQUE F. (2007), « La normalisation et le droit de la concurrence face au hold-up », *Revue Lamy Concurrence*, juillet-septembre, n° 12, pp. 170-175.
- LÉVÊQUE F. (2008) : « La décision du TPICE contre Microsoft : où est passée l'économie ? ». *Revue Lamy Concurrence*, janvier-mars, n° 14, pp. 22-26.
- LÉVÊQUE F. et MÉNIÈRE Y. (2003), *Économie de la propriété intellectuelle*, coll. Repères, Édition La Découverte.
- MACKAAY E. & ROUSSEAU S. (2008), *Analyse économique du droit*. Dalloz et Themis, Paris et Montréal, 728 p.
- MARTY F. (2007a), « Le contrôle des concentrations en Europe et aux États-Unis : critères économiques et sécurité juridique », *La Revue de l'OFCE*, n° 100, janvier 2007, pp. 85-120.
- MARTY F. (2007b), « Sécurité juridique et recours à l'analyse économique dans le cadre du contrôle des concentrations », in Boy L., Racine J.-B. et Siirainen F., (sd.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, Bruxelles, pp. 233-264.
- MARTY F. et PILLOT J. (2009), « L'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle favorise-t-elle des stratégies opportunistes de la part des firmes ? », in Masson A., (sd.), *Les stratégies juridiques des entreprises*, éd. Larcier, Bruxelles, juillet, pp. 317-338.
- MELAMED A.-D. and STOEPPELWERTH A.-M. (2002), « The CSU Case : Facts, Formalism and the Intersection of Antitrust and Intellectual Property Law », *George Mason Law Review*, n° 407, p. 426.
- POSNER R. (2001), « Antitrust in the New Economy », *Antitrust Law Review*, vol. 68, p. 930.
- PRIETO C. (2004), « Comparaisons outre-Atlantique dans les affaires Microsoft ». *Concurrences, Revue des Droits de La Concurrence*, n° 1, pp. 57-59.
- PRIETO C. (2007), « Le TPICE rejette le recours formé par Microsoft condamné pour deux abus de position dominante ». *Concurrences, Revue des Droits de la Concurrence*, n° 4, pp. 78-82.
- REY P. et TIROLE J. (1997), « Analyse économique de la notion de prix de prédation », *Revue Française d'Économie*, vol. 12, pp. 3-32.

- RIEM F. (2008), « Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe l'œil », *Revue Internationale de Droit Économique*, 1/t. XXII. De Boeck.
- SHAPIRO C. (2002), « Competition Policy and Innovation », OECD-STI, *Working paper*, n° 2002-11.
- SELGIN G. and TURNER J. (2006), « James Watt as Intellectual Monopolist : Comment on Boldrin and Levine », *International Economic Review*, vol. 47, n° 4, pp. 1341-1348.
- SINCLAIR D. (2004), « Abuse of Dominance at Cross-Roads – Potential Effects, Object and Appreciability under Article 82 », *European Competition Law Review*, Issue 8.
- TIROLE J. (2005), « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », *Les Petites Affiches*, n° 99, pp. 67-73, mai.
- VESTERDORF B. (2006) « Considérations sur la notion de concurrence par les mérites », in Canivet G. (dir.). *La modernisation du droit de la concurrence*. LGDJ.