

Abus de position dominante et droits de propriété intellectuelle dans la jurisprudence de la Communauté européenne: *IMS* survivra-t-elle au monstre du Dr Frankenstein?

Estelle Derclaye*

Introduction.	25
1. Comparaison des décisions antérieures.	26
1.1 Les faits.	28
1.1.1 Le comportement des parties.	28
1.1.2 La situation des entreprises en position dominante	29
1.1.3 Les relations entre les parties au litige	29
1.1.4 Les produits ou services en cause	30
1.2 Les conditions	30
2. L'affaire <i>IMS</i>	36

© Estelle Derclaye, 2002.

* Herchel Smith Senior Research Fellow, Queen Mary, Université de Londres, Royaume-Uni.

2.1	La procédure	36
2.2	Les faits	38
2.3	La décision de la Commission	39
2.3.1	Le marché en cause	39
2.3.2	Position dominante	39
2.3.3	Abus	40
2.3.4	Effet sur le commerce entre États membres . . .	41
2.4	Ordonnance du Président du Tribunal du 10 août 2001	42
2.5	Ordonnance du Président du Tribunal du 26 octobre 2001	43
2.6	Critiques et commentaires	44
2.6.1	Détermination de l'essentialité de la structure sur base de l'avis des clients de l'entreprise en position dominante	44
2.6.2	Application tronquée du dispositif de l'arrêt <i>Bronner</i>	47
2.6.3	Non-application du dispositif de l'arrêt <i>Magill</i> .	48
2.6.4	Titularité du droit d'auteur sur la structure . . .	48
3.	Quelle devrait être l'issue de l'affaire <i>IMS</i> ?	50
3.1	Ressemblances et différences entre les faits de l'affaire <i>IMS</i> et les faits des décisions antérieures	50
3.1.1	Le comportement des parties	50
3.1.2	La situation des entreprises en position dominante	51

3.1.3 Les relations entre les parties au litige	51
3.1.4 Les produits ou services en cause	51
3.2 À quel résultat arrive-t-on si l'on applique le test tripartite de <i>Bronner</i> ?	52
3.3 Que se passe-t-il si on applique les conditions de <i>Magill</i> ?	52
Conclusion	53
Annexe: Tableau comparatif des décisions	54

Introduction

L'affaire *IMS* a fait éclater au grand jour la confusion actuelle qui règne à propos de la manière dont doivent être réglés les rapports entre l'article 82 du *Traité instituant la Communauté européenne*¹ et les droits de propriété intellectuelle. Le juriste se trouve devant la jurisprudence communautaire relative aux refus abusifs de concéder une licence d'exploitation sur des droits intellectuels comme un explorateur sans carte, boussole ni torche en pleine nuit noire dans une forêt broussailleuse, labyrinthique, parsemée de ronces, constellée de sables mouvants et dans laquelle se terre le monstre du Dr Frankenstein. Le titulaire de droit, lui, est plutôt confronté à une roulette russe culinaire que lui proposerait le monstre: il ne sait pas s'il va être mangé et si oui, à quelle sauce. Quant aux instances communautaires, elles sont dans la peau du malheureux Dr Frankenstein, désolé et horrifié devant sa création incontrôlable. Bref, pour reprendre les mots simples mais si efficaces d'un certain professeur de droit dont on taira ici l'identité à propos de la jurisprudence d'une haute instance judiciaire, et qui résumait bien la situation dans laquelle se sont empêtrées les instances judiciaires communautaires et ont entraîné à leur suite les juristes et les titulaires de droits intellectuels, «l'affaire n'est pas claire». Les conditions auxquelles un titulaire de droits intellectuels peut se voir imposer une licence obligatoire² par les instances communautaires sont obscures: la ou les

-
1. La nouvelle numérotation de la version consolidée du Traité instituant la Communauté Européenne («TCE») issue de la révision du Traité de Rome par le Traité d'Amsterdam sera adoptée tout au long de l'article. Cependant pour les décisions antérieures à la version consolidée, les anciens numéros des articles seront maintenus. Ainsi le nouvel article 82 sera désigné par l'expression «ex-article 86».
 2. Dans cet article, on entend par «licence obligatoire» uniquement l'imposition par les instances *judiciaires* communautaires à un titulaire de droits intellectuels d'une obligation d'octroyer à des tiers une licence d'exploitation sur ses droits d'auteur. Il ne s'agit pas des licences non volontaires (qui comprennent les licences légales et les licences appelées elles aussi obligatoires) prévues expressément par les *lois* relatives aux droits d'auteur comme des exceptions aux droits exclusifs des auteurs. Pour des détails, voir par ex. A. STROWEL, (1991), «Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur: un danger ou une nécessité?», *C.P.I.*, p.161 et s.

conditions sont-elles uniques, multiples, cumulatives ou alternatives? Le présent article tente de débroussailler la jurisprudence et de déterminer quelle devrait être l'issue de l'affaire *IMS*.

Pour tenter de voir plus clair dans l'imbraglio jurisprudentiel communautaire, les décisions antérieures à *IMS* ayant impliqué des droits de propriété intellectuelle sont comparées (section 1) et les différences et ressemblances tant dans leurs faits (1.1) que dans les conditions auxquelles une licence obligatoire peut être imposée (1.2) sont mises en lumière. L'affaire *IMS* est ensuite exposée, commentée et critiquée (section 2). Ces développements permettent de déterminer quelle devrait être l'issue de l'affaire *IMS* (section 3). Un tableau comparatif reprenant les faits et dispositifs des décisions clôture la présente étude.

Vu que la majorité des affaires concernaient le droit d'auteur³, l'accent sera mis sur celui-ci, avec des références aux autres droits de propriété intellectuelle lorsqu'elles sont pertinentes. L'article ne se concentre pas sur la jurisprudence nationale relative aux refus abusifs de concéder des licences. Un examen et une critique de l'application de la théorie ou doctrine des installations essentielles aux droits de propriété intellectuelle dépasseraient également les limites de cet article. Pour des raisons de place, la présente étude ne développe pas en détail des solutions pour remédier à l'état de la jurisprudence.

1. Comparaison des décisions antérieures

Cette section comparative ne peut, pour des raisons de place, présenter en détail les cinq affaires pertinentes à savoir: *Renault*⁴,

3. L'expression «droit d'auteur» est utilisée dans cet article dans son sens large, c'est-à-dire comprenant tant le droit d'auteur au sens de propriété littéraire et artistique (pays de droit civil) que le *copyright* (pays de common law).

4. CJCE, *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli et Maxicar C. Régie nationale des usines Renault*, 5 octobre 1988, aff. 53/87, *Rec.*, p. 6037.

*Volvo*⁵, *Magill*⁶, *Ladbroke*⁷ et *Bronner*⁸. Pour de plus longs commentaires sur ces affaires, on renvoie le lecteur à l'abondante littérature qu'elles ont générée et au tableau comparatif.

5. CJCE, *AB Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd.*, 5 octobre 1988, aff. 238/87, *Rec.*, p. 6211. Sur les affaires *Renault* et *Volvo*, voir I. GOVAERE (1996), *The use and abuse of intellectual property rights in EC law: including a case study of the EC spare parts debate*, London, Sweet and Maxwell, p. 195 et s.; V. KORAH (1988), «No duty to licence independent repairers to make spare parts: the Renault, Volvo and Bayer & Hennecke cases», *EIPR*, p. 381; P. GROVES (1989), «The use of registered designs to protect car body panels», *BLR*, p. 117. Une fois cités, l'article se référera dans la suite aux articles de doctrine uniquement par l'auteur, la date et la page.
6. TPI (deuxième chambre), *Radio Telefís Éireann c. Commission*, 10 juillet 1991, aff. T-69/89, *Rec.*, II, p. 485 et TPI (deuxième chambre), *ITP c. Commission*, 10 juillet 1991, aff. T-76/89, *Rec.*, II, p. 575 (les jugements du Tribunal ont la même substance); CJCE, *Radio Telefís Éireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission*, 6 avril 1995, aff. jtes C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec.*, p. 743. La décision de la Commission, les arrêts du Tribunal, l'opinion de l'avocat général et l'arrêt de la Cour, ont soulevé beaucoup de critiques et de commentaires, voir entre autres Y. POULLET (1991), «CEE, Commercialisation des informations: droit d'auteur et droit de la concurrence à propos de programmes de télévision (affaire *Magill*)», *DIT*, 1991/4, p. 60; T. VINJE (1992), «*Magill*: Its impact on the information technology industry», *EIPR*, p. 397; B. SUFRIN (1992), «Comment on the *Magill* Case», *Ent. LR*, p. 67; A. REINDL (1993), «The magic of *Magill*: TV program guides as a limit to copyright law?», *IIC*, p. 60; C. MILLER (1994), «*Magill*: time to abandon the 'specific subject matter' concept», *EIPR*, p. 417; M. SHERWOOD-EDWARDS (1994), «The Advocate General's opinion in *Magill*: will it persuade the ECJ», *Ent. LR*, p. 151; R. THOMPSON (1995), «*Magill*: ECJ upholds use of article 86 to control conduct of copyright holders on ancillary markets», *Ent. LR*, p. 143; R. GREAVES (1995), «*Magill* est arrivé», *ECLR*, p. 244; S. TAYLOR (1995), «Copyright versus right to compete: the judgment of the ECJ in *Magill*», *CTLR*, p. 99; T. VINJE (1995), «The Final Word on *Magill*. The Judgment of the ECJ», *EIPR*, p. 297; M. VIVANT (1995), «La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante (À propos de l'arrêt *Magill* de la Cour de Justice)», *J.C.P.*, I, n° 47, 3883; H. LUGARD (1995), «ECJ upholds *Magill*: it sounds nice in theory, but how does it work in practice?», *ECLR*, p. 231; C. DOUTRELEPONT (1995), «Les organismes de télévision abusent-ils de leur position dominante dans l'exploitation d'informations protégées? Une remise en cause de la fonction essentielle du droit d'auteur», *CDE*, p. 648; H. CALVET et T. DESURMONT (1996), «L'arrêt *Magill*: une décision d'espèce?», *RIDA*, n. 167, p. 3; O. RÉGNIER (1996), «Propriété intellectuelle et concurrence dans l'affaire *Magill*: vrai malaise ou faux conflit?», *A&M*, p. 29; I. GOVAERE (1996), p. 135-150, nos 5.47-5.67; S. ANDERMAN (1998), *EC Competition law and intellectual property rights: the regulation of innovation*, Clarendon, Oxford, p. 204 et s.
7. TPI, *Tiercé Ladbroke SA c. Commission*, 12 juin 1997, aff. T-504/93, *Rec.*, II, p. 923. Pour des commentaires sur cette affaire, voir par ex. D. FITZGERALD (1998), «*Magill* Revisited», *EIPR*, p. 154-161; V. KORAH (1998), «The *Ladbroke* saga», *ECLR*, p. 169-176.
8. CJCE, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contre Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG et Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, 26 novembre 1998, aff. 7/97, *Rec.*, p. 7791. Bien que cette affaire ne concerne pas un droit de

1.1 Les faits

1.1.1 Le comportement des parties

Renault et Volvo, qui détenaient des droits de modèles sur des pièces de carrosserie de voitures, refusaient d'octroyer une licence aux réparateurs indépendants, les empêchant ainsi de fabriquer des pièces de rechange. Les télédiffuseurs irlandais et britanniques BBC, RTE et ITP⁹, titulaires de droits d'auteur sur leurs grilles hebdomadaires de programmes, refusaient d'accorder une licence de reproduction de celles-ci à l'éditeur de guides de télévision irlandais Magill. Les sociétés de courses françaises refusaient de donner à Ladbrooke, une société belge preneuse de paris, une licence de retransmission en direct des courses hippiques françaises. Media-print, éditeur autrichien de quotidiens, refusait de distribuer le quotidien d'Oscar Bronner par son système national de livraison de quotidiens à domicile. Seul le refus des télédiffuseurs a donné lieu à l'imposition d'une licence obligatoire. Dans aucun des autres cas, les titulaires ne se sont vus forcés d'octroyer une licence.

À première vue, les faits des cinq affaires semblent substantiellement les mêmes. Mais il y a bien une différence entre *Magill* et les autres décisions et elle est de poids. La différence, c'est que le produit de Magill (un guide hebdomadaire exhaustif reprenant les programmes télévisés séparés des trois télédiffuseurs) est nouveau. Les réparateurs indépendants de voitures Renault et Volvo ne voulaient pas créer de nouveaux produits. Ils devaient fabriquer des produits fatalement identiques. Une pièce remplaçant la pièce de carrosserie d'origine doit nécessairement reproduire les mêmes caractéristiques que cette dernière sinon elle ne pourra pas s'emboîter dans la carrosserie. Ladbrooke souhaitait une licence de retransmission sur les courses hippiques en direct non pas pour créer un nouveau produit

propriété intellectuelle, elle est néanmoins pertinente parce qu'elle remodèle les dispositifs des affaires précédentes et surtout parce que la Commission s'est largement, sinon uniquement, appuyée sur son dispositif pour juger l'affaire *IMS*. Pour des commentaires sur l'affaire *Bronner*, voir par ex. P. TREACY (1998), «Essential facilities – is the tide turning», *ECLR*, p. 501; F. WOOLDRIDGE (1999), «The essential facilities doctrine and *Magill* II: The decision of the ECJ in *Oscar Bronner*», *IPQ*, p. 256; M. BERGMAN (2000), «The *Bronner* case, a turning point for the essential facilities doctrine», *ECLR*, p. 59.

9. ITP n'était pas à proprement parler un organisme de radio- ou télédiffusion mais s'était fait assigner le droit d'auteur dans les programmes de télévision des télédiffuseurs ITV et Channel 4. Pour des raisons de simplicité, on l'assimilera à un télédiffuseur dans le reste de cet article.

mais simplement pour les diffuser telles quelles et ainsi agrémente son activité de preneur de paris. Bronner ne souhaitait pas non plus innover, il désirait seulement avoir accès au système de Mediaprint pour distribuer son quotidien existant.

1.1.2 La situation des entreprises en position dominante

Dans les affaires *Volvo*, *Renault* et *Bronner*, le refus d'octroyer une licence résultait du comportement d'une seule firme. Dans *Ladbroke*, le Tribunal de Première Instance mentionne que les sociétés de courses ont une position dominante collective mais, comme il ne trouve pas d'abus, il n'examine pas cette condition en détail. Dans *Magill*, comme il n'y avait pas collusion entre les trois télédiffuseurs, la Commission n'avait pas choisi d'attaquer sur base de l'ex-article 85 TCE mais bien sur base de l'ex-article 86. Cependant, la Cour au point 47 semble sous-entendre qu'ils ont une position dominante collective: «Par la force des choses, RTE et ITP [...] disposent, ensemble avec BBC, d'un monopole de fait sur les informations servant à confectionner les grilles des programmes de télévision»¹⁰. Or il faut une collusion pour avoir une position dominante collective. Ainsi, dans *Magill*, il semble plutôt qu'on ait eu affaire à un hybride entre position dominante individuelle et position dominante collective¹¹. Un tel comportement est proche d'un accord ou d'une pratique concertée prohibés par l'article 81 TCE et est d'autant plus suspect puisqu'il est le fait de sociétés chacune en situation de monopole. Le comportement d'une firme seule est moins répréhensible que le comportement de plusieurs firmes¹². Peut-être ce comportement atypique, exceptionnel, a-t-il également joué dans la décision d'ordonner aux télédiffuseurs de concéder une licence.

1.1.3 Les relations entre les parties au litige

Dans aucun des cinq cas les demandeurs d'accès n'étaient des clients existants des sociétés en position dominante. Ceci est important car, dans les affaires antérieures, la Cour avait jugé que le refus était abusif parce qu'il excluait toute concurrence du marché en

10. C'est nous qui soulignons. À l'instar de la Cour, ni la Commission ni le Tribunal n'avait dit explicitement que les trois télédiffuseurs détenaient une position dominante collective.

11. R. THOMPSON (1995), p. 144. *Contra*: R. WHISH (2001), *Competition Law*, 4^e éd., Butterworths, p. 612 pense qu'il s'agissait d'une position dominante individuelle de chaque firme.

12. Comme semble le suggérer P. AREEDA (1989), «Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles», *Antitrust Law Journal*, p. 842 et 852.

cause, notamment ou principalement parce qu'il entraînait la rupture de relations contractuelles entre le fournisseur en position dominante et le client¹³. Vu qu'il n'est pas clair que les conditions de l'arrêt *Magill* sont cumulatives ou non¹⁴, on ne peut être certain que le fait d'exclure toute concurrence du marché par le biais du refus est une raison primordiale, nécessaire ou suffisante pour laquelle la Cour a décidé de sanctionner le comportement des télédifuseurs.

1.1.4 Les produits ou services en cause

Dans tous les cas, sauf *Bronner*, il s'agissait d'un produit ou service protégé par un droit de propriété intellectuelle.

1.2 Les conditions

On dresse ici un résumé chronologique des conditions ou circonstances dans lesquelles une licence obligatoire peut être imposée.

Dans chacun de ses arrêts, la Cour¹⁵ rappelle d'entrée de jeu le principe selon lequel la simple possession et le simple exercice d'un droit de propriété intellectuelle (en l'occurrence le simple refus d'octroyer une licence) n'engendrent ni une position dominante ni un abus de celle-ci¹⁶. Pour qu'il y ait abus, il faut «quelque chose en plus»¹⁷. Ce quelque chose constitue les exceptions à ce principe.

Les arrêts *Volvo* et *Renault* constituent les premiers exemples non exhaustifs¹⁸ de circonstances exceptionnelles dans lesquelles le refus d'un titulaire de droits de propriété intellectuelle en position

13. Voir CJCE, *Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents Corporation c. Commission*, 6 mars 1974, aff. jtes 6 & 7/73, *Rec.*, p. 223; CJCE, *United Brands*, 14 février 1978, aff. 27/76, *Rec.*, p. 207; CJCE, *Hugin Kassaregister AB c. Commission*, 31 mai 1979, aff. 22/78, *Rec.*, p. 1869; CJCE (cinquième chambre), *Centre Belge d'Etudes de Marché Tele-Marketing c. CLT*, 3 octobre 1985, aff. 311/84, *Rec.*, p. 3261.

14. Voir discussion *infra*.

15. Par contre, le Tribunal ne rappelle pas le principe dans son arrêt *Ladbroke*.

16. Ce principe a été pour la première fois énoncé dans l'affaire *Parke* (CJCE, *Parke, Davis & Co. c. Probel, Reese, Beintema-Interpharm et Centrafarm*, 29 février 1968, aff. 24/67, *Rec.*, p. 81) qui ne concernait pas un refus de livrer mais le blocage d'importations par un titulaire de brevet.

17. H. CALVET et T. DESURMONT (1996), p. 29, à propos déjà des arrêts *Volvo* et *Renault*.

18. La Cour utilise les termes «l'exercice du droit exclusif [...] peut être interdit par l'article 86 s'il donne lieu [...] à certains comportements abusifs, tels que le refus arbitraire...».

dominante peut être abusif (points 9 de l'arrêt *Volvo* et 15 de l'arrêt *Renault*). Il s'agit:

- du refus arbitraire de fournir des pièces de rechange à des réparateurs indépendants,
- de la fixation de prix pour ces pièces de rechange à un niveau inéquitable¹⁹,
- de la décision de ne plus produire de pièces de rechange pour un modèle particulier alors que beaucoup de voitures incorporant ce modèle sont toujours en circulation.

Dans l'affaire *Magill*, la Cour ne reprend qu'une des circonstances énoncées dans *Volvo* et *Renault*, à savoir le refus arbitraire qu'elle rebaptise «refus injustifié», et ajoute trois circonstances dans lesquelles un titulaire peut être forcé d'accorder une licence. Toutefois, du fait de la formulation vague des relations entre ces conditions, on ignore si la première condition (point 54) est suffisante pour constituer un abus de position dominante ou bien si les deux autres conditions (points 55 et 56) se cumulent alternativement ou cumulativement avec la première²⁰. L'arrêt est donc sujet à plusieurs interprétations à savoir:

-
19. On remarquera par ailleurs que la fixation de prix à un niveau inéquitable n'est pas à proprement parler un refus de livrer ou de concéder une licence. D'ailleurs les deux arrêts parlent plus généralement d'exercices de droits exclusifs par les titulaires de droits de propriété intellectuelle donnant lieu à des comportements abusifs. Toutefois R. WHISH (2001), p. 611 qualifie les refus au sens de l'article 82 de «constructifs» et y inclut la fixation de prix inéquitables, l'imposition de conditions commerciales pour la fourniture inéquitables ou la discrimination entre différents clients. Le refus de livrer ne se trouve d'ailleurs pas repris dans l'article 82, à l'opposé de la fixation de prix inéquitables (art. 82a) et la discrimination entre partenaires commerciaux (art. 82c).
20. Au point 54, la Cour semble vouloir dire que la première circonstance est suffisante en soi («54. Le refus, par les requérantes, de fournir des informations brutes en invoquant les dispositions nationales sur le droit d'auteur a donc fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, un guide hebdomadaire complet des programmes de télévision, que les requérantes n'offraient pas, et pour lequel existait une demande potentielle de la part des consommateurs, ce qui constitue un abus suivant l'article 86, deuxième alinéa, sous b), du traité.») tandis qu'au point 57, elle semble par contre laisser entendre que les trois conditions (points 54 à 56) sont cumulatives («57. Étant donné l'ensemble de ces circonstances, le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en qualifiant le comportement des requérantes d'abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité») (c'est nous qui soulignons). S. ANDERMAN (1998), p. 209-210 et H. LUGARD (1995), p. 233, se demandent également si les conditions de l'obstacle à la création d'un produit nouveau et celle de se réserver toute concurrence sur un marché dérivé sont cumulatives; V. KORAH (2002, a), «Symposium: The Federal

Pour qu'un refus d'accorder une licence d'un droit de propriété intellectuelle constitue un abus de position dominante, il faut et il suffit:

- (1) de faire obstacle à l'apparition d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs (point 54), *ou*
- (2) de faire obstacle à l'apparition d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs *et* de refuser d'accorder une licence sans justification (point 55) *et* de se réserver le marché secondaire des guides de télévision hebdomadaires en excluant toute concurrence sur ce marché²¹ (point 56), *ou*
- (3) de faire obstacle à l'apparition d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs *et* de refuser d'accorder une licence sans justification, *ou*
- (4) de faire obstacle à l'apparition d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs *et* de se réserver le marché secondaire des guides de télévision hebdomadaires en excluant toute concurrence sur ce marché.

Ensuite, dans *Ladbroke*, le Tribunal ne reprend que la première circonstance de *Magill* mais en ajoute une, clairement alternative. Un refus de livrer est contraire à l'article 82 (point 131):

- (1) s'il concerne un produit ou service essentiel à l'activité en question dans le sens où il n'y a aucun substitut réel ou potentiel *ou*
- (2) est un nouveau produit dont l'introduction est empêchée malgré la demande potentielle spécifique, constante et régulière²² des consommateurs.

Circuit and Antitrust: The Interface Between Intellectual Property and Antitrust: The European Experience», *Antitrust Law Journal*, p. 810 et 814, voit les trois conditions comme cumulatives.

21. Cette condition provient de l'arrêt *Commercial Solvents c. Commission*, 6 mars 1974, aff. 6/73 et 7/73, *Rec.*, p. 223, point 25 à laquelle la Cour se réfère.

22. Les termes «constante» et «régulière» sont redondants. Un des deux devrait suffire.

Ainsi si on combine la lecture de *Magill* avec celle de *Ladbroke*, le Tribunal élargit les circonstances dans lesquelles un refus d'accorder une licence est abusif puisqu'une circonstance alternative supplémentaire est énoncée qui n'existait pas dans *Magill*²³. Il est important de remarquer que cette condition supplémentaire est un *obiter*²⁴ et on peut douter de sa force. De surcroît, le Tribunal requalifie plus précisément la «condition de produit nouveau», reprenant ainsi sa propre formulation telle qu'énoncée dans ses décisions ITP et RTE²⁵. Dans ce sens, on peut dire qu'il restreint la condition telle qu'énoncée par la Cour dans *Magill*.

Si à ce stade, on combine les dispositifs des décisions *Volvo*, *Renault*, *Magill* et *Ladbroke*, il y a vraisemblablement six circonstances (alternatives ou cumulatives) dans lesquelles le refus d'accorder une licence peut entraîner une infraction à l'article 82:

- (1) le refus arbitraire ou injustifié de fournir le produit ou service en question ou d'accorder une licence à des concurrents (généralisation du dispositif des arrêts *Volvo*, *Renault* et *Magill*),
- (2) la fixation de prix pour les produits ou services à un niveau inéquitable (*Volvo* et *Renault*),
- (3) la décision de ne plus produire des pièces de rechange pour un modèle particulier alors que beaucoup de voitures incorporant ce modèle sont toujours en circulation (*Volvo* et *Renault*),
- (4) entraver l'apparition d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle [spécifique, constante et régulière] des consommateurs (*Magill* et *Ladbroke*),

23. *Contra*: V. KORAH (1998), p. 169 et 173, soutient que *Ladbroke* interprète de manière restreinte le dispositif de l'arrêt *Magill*.

24. Voir point 131 «à supposer même que...». Le Tribunal n'avait en effet pas besoin d'aller plus loin puisque comme il avait établi qu'il n'y a pas de restriction de concurrence, les conditions de l'article 82 n'étaient pas remplies. E. SHEEHAN (1999), «Unilateral refusals to deal and the role of the essential facility doctrine, A US/EC comparative analysis», *World Competition*, p. 84; V. KORAH (2002, a), p. 814, notant quand même qu'il n'y a pas de distinction claire dans les décisions du Tribunal et de la Cour entre les *obiter dicta* et les *ratio decidendi*.

25. Points 62 de la décision RTE et 48 de la décision ITP.

- (5) se réserver un marché secondaire ou dérivé en excluant toute concurrence sur ce marché (*Commercial Solvents, Magill*),
- (6) le refus de livrer concerne un produit ou service essentiel à l'activité en question dans le sens où il n'y a aucun substitut réel ou potentiel (*Ladbroke*).

Dans l'affaire *Bronner*, la Cour juge que pour qu'il y ait abus, il faut que (point 41):

- (1) le refus du service compris dans la livraison à domicile puisse éliminer toute concurrence dans le marché des quotidiens de la part de la personne demandant ce service (*Commercial Solvents, Magill*), et
- (2) qu'un tel refus ne soit pas capable d'être *objectivement* justifié (*Magill*), et
- (3) que le service en lui-même soit indispensable pour continuer l'activité de cette personne, dans la mesure où il n'existe pas de substitut actuel ou potentiel pour ce système de livraison à domicile (*Ladbroke*).

La Cour qualifie ces trois conditions. Premièrement, il doit y avoir des obstacles techniques, juridiques ou économiques qui rendent impossible, ou même déraisonnablement difficile, pour un éditeur de quotidiens d'établir, seul ou en coopération avec d'autres éditeurs, son propre système de livraison national (point 44). Deuxièmement, il faut au moins établir qu'il n'est pas économiquement rentable de créer un second système de livraison à domicile pour la distribution de quotidiens ayant un tirage comparable à celui des quotidiens distribués par le système existant (point 46).

Le contenu du dispositif de la décision *Bronner* ne diffère pas des dispositifs des décisions antérieures en ce qu'il reprend quelques-unes des circonstances déjà énoncées dans les arrêts *Magill* et *Ladbroke*. Cependant, la différence et la nouveauté majeures par rapport aux dispositifs antérieurs consistent en ce que c'est la première fois que la Cour applique clairement des conditions de manière cumulative. Elle s'écarte donc du dispositif de la décision *Ladbroke*²⁶. De la sorte, d'une part, la Cour restreint sa jurisprudence puisque ce

26. E. SHEEHAN (1999), p. 84.

n'est qu'à la condition que les trois circonstances soient remplies qu'il y aura refus abusif. D'autre part, la Cour néanmoins semble abandonner la première circonstance énoncée dans *Magill* (celle de l'entrave à l'apparition d'un produit nouveau). Elle donne à penser que cette circonstance n'est plus pertinente pour juger les cas de refus de livrer ou d'octroyer une licence. Ainsi, si l'on interprète l'arrêt *Magill* comme cumulant toutes les conditions, le test tripartite de *Bronner* étend la jurisprudence. La raison pour laquelle l'arrêt *Bronner* ne reprend pas cette circonstance est probablement que dans cette affaire, le refus de Mediaprint ne faisait pas obstacle à l'apparition d'un produit nouveau. La Cour n'a donc pas senti l'obligation de réitérer cette condition primordiale. Toujours est-il qu'on reste perplexe: cette condition est-elle toujours d'application ou la Cour a-t-elle reviré de jurisprudence?

Quelques commentaires additionnels s'imposent pour clôturer ce résumé de la jurisprudence. Premièrement, on voit que la Cour dans *Bronner* ajoute le qualificatif d'objectivité à la justification du refus. Mais on constate que dans toutes les décisions, tant la Cour que le Tribunal sont restés muets sur la notion exacte de refus (objectivement) justifié. Aucune explication ni exemple ne sont donnés. La condition selon laquelle le titulaire doit justifier son refus va, à notre avis, totalement à l'encontre de la substance même des droits de propriété intellectuelle. Un titulaire de droit d'auteur ne devrait pas justifier son refus, car le refus fait partie de son droit exclusif²⁷. Cette condition ne devrait pas jouer dans la détermination du caractère abusif du refus d'un titulaire de droits de propriété intellectuelle au sens de l'article 82.

Deuxièmement, on a beaucoup écrit que dans *Bronner*, la Cour avait finalement adopté la doctrine des installations essentielles déjà amorcée par le Tribunal dans l'affaire *Ladbroke* et même dans l'arrêt *Magill*²⁸. Pourtant, tant le Tribunal que la Cour se gardent bien de citer cette théorie dans le texte. De plus, vu la confusion qui règne, d'une part, à cause de l'incertitude sur le caractère cumulatif ou alternatif des conditions de *Magill* et, d'autre part, parce que l'on ne sait si dans *Bronner* la Cour a abandonné la «condition de produit nouveau» énoncée dans *Magill*, même si on admet que la doctrine a été adoptée, on ne connaît toutefois pas avec certitude sa substance exacte ni ses conditions d'application précises.

27. Voir par ex. R. THOMPSON (1995), p. 145; O. RÉGNIER (1996), p. 31.

28. Certains font remonter ladite doctrine à l'arrêt *Commercial Solvents*, voir par ex. R. WHISH (2001), p. 612.

Comme on peut le voir apparaître maintenant de manière plus évidente, la jurisprudence de la Cour en matière de refus abusif d'octroyer une licence est loin d'être limpide. On ignore en fin de compte dans quelle(s) circonstance(s) «exceptionnelle(s)» – le sont-elles vraiment? – un titulaire de droit d'auteur peut se voir contraint d'accéder à la demande de concurrents et de leur fournir une licence.

Dans l'affaire *IMS*, la Commission se base uniquement sur le test tripartite de *Bronner*, confirmant ainsi l'apparent mouvement de la Cour vers l'adoption de la doctrine des installations essentielles. L'état équivoque de la jurisprudence constitue d'ailleurs la raison principale pour laquelle le Président du Tribunal de première instance surseoit provisoirement à l'exécution de la décision.

2. L'affaire *IMS*²⁹

2.1 La procédure

L'affaire *IMS* est née d'une plainte devant la Commission de National Data Corporation Health Information Services («NDC») selon laquelle l'entreprise Intercontinental Marketing Services Health Inc. («IMS») abuse en Allemagne de sa position dominante sur le marché des fournitures de données sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques, position dominante acquise grâce à la création d'une structure, permettant l'établissement de ces données, et sur laquelle elle a des droits d'auteur au titre de base de données.

29. L'affaire *IMS* a déjà fait couler quelque encre, voir par ex. P. LANDOLT et J. YSEWYN (2001), «Intellectual property rights and EC Competition law», 111 *Copyright World*, p. 19-21; D. PAEMEN et C. NORALL (2001), «IMS Health reveals EC's steel resolve», *Managing IP*, September, p. 60; C. STOTHERS (2002), «The end of exclusivity? Abuse of intellectual property rights in the E.U.», *EIPR*, p. 86-93; D. HULL, J. ATWOOD et J. PERRINE (2002), «Intellectual property and compulsory licensing», *European Antitrust Review*, p. 97-100; J. RATLIFF (2002), «Major events and policy issues in E.C. Competition law, 2001: Part 2», *ICCLR*, p. 64-65; R. O'DONOGHUE et D. ILAN (2002), «Court halts Commission Shake-up of compulsory licensing rules for intellectual property», 118 *Copyright World*, p. 8-9; V. KORAH (2002, a), p. 801-839; V. KORAH (2002), «Essential facilities and a duty to licence – IMS», papier présenté à la Fordham Intellectual Property Conference, New York, 4-5 avril 2002, qui reprend substantiellement l'article cité précédemment et critique très fort la décision de la Commission; J. TEMPLE LANG (2002), «Comment on Professor Korah's paper: «Essential facilities and a duty to licence – IMS»», papier présenté à la Fordham Intellectual Property Conference, 4-5 avril 2002; F. FINE (2002), «NDC/IMS: what is the real subject matter?», 121 *Copyright World*, p. 19-21.

Le 3 juillet 2001, la Commission enjoint provisoirement à IMS (dans l'attente de la décision finale de la Commission) de cesser d'abuser de sa position dominante³⁰. IMS dépose devant le Tribunal de première instance une demande d'annulation (au principal) de la décision de la Commission³¹. Entre-temps, IMS prie également le Président du Tribunal de première instance de prendre des mesures provisoires pour surseoir à l'exécution de la décision de la Commission³². Le Président rendra deux ordonnances (une du 10 août 2001 et une du 26 octobre 2001³³) suspendant l'exécution de la décision de la Commission. NDC se pourvoit devant le Président de la Cour contre l'ordonnance du Président du Tribunal du 26 octobre 2001. Le 11 avril 2002, le Président de la Cour confirme l'ordonnance du Président du Tribunal³⁴.

D'autre part, en parallèle à la procédure communautaire, s'est déroulée une procédure en référé devant les juridictions allemandes. En bref, IMS a obtenu devant le Tribunal régional (Landgericht) de Francfort que PI Pharmaintranet («PI», maintenant absorbée par NDC), NDC et Azyx, qui reproduisaient la structure à 1860 modules ou des structures dérivées de celle-ci, cessent d'enfreindre son droit d'auteur³⁵. Les appels de PI, NDC et Azyx ont été rejetés³⁶. Le 30 août 2001, le Landgericht de Francfort a sursis à statuer dans la procédure de contrefaçon du droit d'auteur opposant IMS et NDC et a posé des questions préjudicielles à la Cour³⁷.

30. Décision de la Commission 2002/165/CE du 3 juillet 2001 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (Affaire COMP D3/38.044 – *NDC Health/IMS Health*: mesures provisoires), notifiée sous le numéro C(2001) 1695, *JOCE*, L 59 du 28.02.2002, p. 18 – 49.

31. Sur base de l'article 230, paragraphe 4 TCE.

32. Sur base des articles 242 et 243 TCE.

33. Aff. T 184/01 R, en cause *IMS c. Commission, AzyX Deutschland GmbH Geopharma Information Services, NDC et NDC Health GmbH & Co. KG*, toutes deux disponibles sur <http://www.curia.eu.int>.

34. Ordonnance du Président de la Cour, 11 avril 2002, aff. C-481/01 P(R), disponible sur <http://www.curia.eu.int>. Comme elle présente peu d'intérêt sur le fond, elle ne sera pas discutée dans cet article.

35. Le tribunal de Francfort a ainsi confirmé la protection de la structure par le droit d'auteur.

36. Pour les détails de la procédure nationale, voir points 28 à 31 de la décision de la Commission.

37. La même affaire est donc maintenant devant deux instances communautaires: le Tribunal et la Cour. Dans un tel cas, le Tribunal suspend normalement la procédure pour la reprendre après que la Cour ait rendu son arrêt; si les questions préjudicielles visent également à annuler l'acte, le Tribunal peut se déclarer non compétent. Pour plus de détails, voir art. 47 §3 du Statut de la Cour. Pour un exemple procédural en matière de concurrence, voy. CJCE, 14 décembre 2000, *Masterfoods Ltd. c. HB Ice Cream Ltd.*, aff. C-344/98, *Rec.*, p. 11369.

2.2 Les faits

Le fonctionnement du marché peut être décrit de la manière suivante. Il y a plusieurs acteurs: les laboratoires pharmaceutiques, les grossistes en produits pharmaceutiques, les pharmacies et les fournisseurs de données. IMS, NDC et Azyx³⁸ fournissent aux laboratoires pharmaceutiques allemands des informations, données ou rapports sur les ventes par secteurs (ou ventes régionales) de produits pharmaceutiques en pharmacie et sur les prescriptions médicales. Les laboratoires recourent à ce système pour pouvoir contrôler l'évolution de leurs ventes, le succès de leurs produits, la performance de leurs représentants en produits pharmaceutiques qui visitent les médecins, etc. En bref, ces données leur permettent de prendre des décisions stratégiques pour pouvoir améliorer la vente de leurs produits. De tels marchés existent dans les autres pays de la Communauté mais la présente procédure ne vise que la position d'IMS sur le marché allemand. La fourniture de ces données est soumise à la loi fédérale allemande sur la protection des données (*Bundesdatenschutzgesetz*)³⁹. Pour fournir ces données aux laboratoires en respectant ladite loi, la loi allemande oblige de créer une structure qui regroupe au moins trois pharmacies. Pour établir leurs rapports sur les ventes, les fournisseurs de données font appel aux grossistes. Ceux-ci doivent établir un rapport sur base des ventes qu'ils font aux pharmacies en respectant la structure déterminée par les fournisseurs de données. Les fournisseurs de données établissent à leur tour des rapports sur base des informations qui leur sont données par les grossistes selon cette structure. Les rapports des fournisseurs de données sont destinés aux laboratoires pharmaceutiques.

IMS a créé une structure, appelée la structure «en 1860 modules». Celle-ci consiste en un découpage du territoire allemand en 1860 zones géographiques (ou «modules») dans laquelle chaque module regroupe un certain nombre de pharmacies et qui sert à l'établissement de données sur les ventes. Comme on l'a vu, cette structure est protégée par un droit d'auteur au titre de base de données⁴⁰. Jusqu'en 1999, IMS était en situation de monopole dans la

38. Les situations d'Azyx et NDC étant très semblables, on discutera exclusivement celle de NDC.

39. Qui découle de la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JOCE*, L 281 du 23.11.1995, p. 31.

40. V. KORAH (2002, a), p. 824 parle, à tort, d'une méthode commerciale («business method»). C. STOTHERS (2002), p. 92 parle de «method of presenting data». Ces termes ne sont pas utilisés par la Commission.

fourniture de données sur les ventes régionales en Allemagne. PI fait son entrée sur le marché allemand en 1999 avec une autre structure mais les laboratoires la rejettent parce qu'elle n'est pas compatible avec la structure en 1860 modules. Par la suite, NDC, qui a alors racheté PI, crée une structure compatible avec la structure en 1860 modules d'IMS qui est un dérivé de cette dernière et peut ainsi convenir aux laboratoires. IMS poursuit alors NDC devant les juridictions nationales pour contrefaçon à son droit d'auteur sur la structure en 1860 modules et NDC se voit condamnée par ordonnance à cesser d'utiliser cette structure dérivée. Elle construit alors une autre structure (à 3942 modules) non dérivée de celle d'IMS. NDC se plaint alors à la Commission qu'IMS abuse de sa position dominante en lui refusant l'accès à sa structure ou en d'autres termes, en refusant de lui concéder une licence d'utilisation de sa structure.

2.3 La décision de la Commission

2.3.1 Le marché en cause⁴¹

Le marché de produits est le marché des services de fourniture de données sur les ventes régionales (de produits pharmaceutiques) en Allemagne.

Le marché géographique est l'Allemagne uniquement car la demande de données régionales se limite au pays concerné et parce que les marchés des produits pharmaceutiques ont tendance à être nationaux (du fait que les médicaments sont différents dans chaque État membre – différences en ce qui concerne les marques, emballages, modes de remboursement, langues des modes d'emploi, etc.).

2.3.2 Position dominante⁴²

IMS est en situation de quasi-monopole, car avant l'arrivée d'Azyx et NDC, IMS était seule sur le marché et les parts de marché de NDC et Azyx sont minimales⁴³. La Commission en conclut donc qu'IMS a une position dominante dans une partie substantielle du marché commun, c'est-à-dire l'Allemagne, qui est par ailleurs le plus grand marché d'Europe pour la fourniture de données sur les ventes régionales.

41. Points 45 et s. de la décision.

42. *Ibid.*, points 57 et s.

43. Leurs valeurs n'ont pas été révélées par la Commission pour protéger le secret d'affaires.

2.3.3 Abus

La Commission interprète à juste titre la décision *Ladbroke* comme établissant des circonstances alternatives⁴⁴ et choisit de se baser uniquement sur le test tripartite de l'arrêt *Bronner* pour évaluer s'il y a abus. Elle examine dans le désordre si les trois conditions de *Bronner* sont remplies.

La Commission passe d'abord en revue la troisième condition énoncée dans *Bronner*, c'est-à-dire si la structure d'IMS est essentielle à l'activité de NDC dans le sens où il n'existe pas de substitut réel ou potentiel⁴⁵. Pour déterminer si la structure est essentielle, elle se base sur le fait de savoir si les utilisateurs de données sur les ventes régionales souhaitent acheter des données formatées selon une autre structure. En d'autres termes, elle base sa détermination de l'essentialité de la structure sur l'attitude des clients d'IMS⁴⁶.

Comme, selon la Commission, la structure est devenue une norme sectorielle, il ne serait pas économiquement rentable pour les firmes pharmaceutiques de se tourner vers une autre structure. Elles sont devenues captives de ce standard. Les coûts de changement de structure seraient si élevés que les firmes pharmaceutiques ne décideraient pas de changer. Et la Commission d'énumérer et de commenter en détail cinq raisons pour lesquelles les firmes sont captives du standard⁴⁷. Premièrement, elles utilisent les données formatées selon la structure en 1860 modules sur des périodes variant de 1 à 5 années; donc, si elles changeaient de structure, elles ne pourraient plus comparer les données. Deuxièmement, il y a un problème de compatibilité des données car les données fournies dans la structure à 1860 modules sont aussi utilisées en connexion avec d'autres logiciels ou autres données qui utilisent aussi la structure. Troisièmement, les firmes n'auraient pas tendance à se tourner vers une autre structure car un tel changement aurait pour conséquence la rupture des relations entre les médecins et les visiteurs médicaux. Quatrièmement, un changement de structure nécessiterait une modification des contrats de travail de certains représentants médi-

44. «Cet arrêt [*Ladbroke*] indique clairement qu'un refus de licence peut constituer un abus non seulement lorsqu'il entrave l'apparition d'un nouveau produit, mais aussi lorsque le produit ou le service en question est essentiel pour l'exercice de l'activité concernée» (point 68 de la décision).

45. *Ibid.*, points 75-123.

46. À cet effet, elle se base sur les réponses qu'elle a obtenues d'un certain nombre de laboratoires.

47. Points 93 et s. de la décision.

caux parce que le secteur dans lequel ils travaillent (qui est un regroupement de plusieurs modules) forme la base de leurs contrats de travail. Finalement, un changement de structure impliquerait également un changement des logiciels et des applications utilisant la structure.

Ensuite, la Commission semble, sous le titre «*Il est peu probable que les concurrents créent une autre structure*»⁴⁸, discuter la première condition énoncée dans *Bronner*, c'est-à-dire celle selon laquelle le refus doit pouvoir éliminer toute concurrence dans le marché des fournitures de données sur les ventes régionales de la part de la personne demandant ce service, en l'occurrence NDC. La Commission déclare que les possibilités de créer une autre structure sont minces parce qu'il y a des contraintes juridiques (respecter la loi sur les données personnelles) et techniques (nécessité de respecter les limites du code postal). Au surplus, toute structure alternative devra s'écarter très sensiblement de la structure en 1860 modules parce que, dans le cas contraire, les laboratoires rechigneront à l'adopter de peur qu'elle n'enfreigne le droit d'auteur d'IMS. Ceci diminue plus encore les chances de créer une structure alternative⁴⁹.

Enfin, la Commission examine la deuxième condition du test tripartite de *Bronner*, la justification du refus de l'octroi de licence⁵⁰. Elle estime qu'il n'existe aucune raison objective justifiant le refus d'IMS d'accorder une licence à NDC ou Azyx. Pour ce faire, elle n'avance pas beaucoup d'arguments. Le refus d'IMS d'accorder à Azyx une licence alors qu'Azyx propose une redevance plus élevée que celle proposée par NDC semble suffire pour qualifier le refus de non objectivement justifié. Le fait qu'il y a une plainte pour vol de certains documents d'IMS (non relatifs à la structure) par des employés de NDC mais qu'il n'y a pas d'inculpation n'est pas non plus une raison valable pour refuser une licence. La Commission ne mentionne pas d'autres raisons objectives.

2.3.4 Effet sur le commerce entre États membres

La Commission n'a pas eu de difficulté à trouver que la conduite d'IMS a un effet sur le commerce entre États membres⁵¹. Le refus

48. *Ibid.*, points 124 à 166.

49. *Ibid.*, point 145.

50. *Ibid.*, points 167 à 174.

51. *Ibid.*, points 175 à 178. Cette condition est en effet généralement assez aisément remplie parce qu'elle a été interprétée largement. Voir par ex. R. GREAVES (1998), «The Herchel Smith Lecture 1998: Article 86 of the E.C. Treaty and intellectual property rights», *EIPR*, p. 380.

d'IMS a pour but d'éliminer Azyx et NDC du marché et plus généralement empêche toute concurrence sur le marché (qu'elle provienne de firmes allemandes ou d'autres États membres⁵²). La structure de la concurrence dans le marché commun est ainsi altérée.

La Commission conclut donc à l'abus de position dominante vu que les trois conditions cumulatives énoncées dans *Bronner* s'appliquent: le refus injustifié d'IMS élimine toute concurrence du marché des services de fourniture de données régionales, car la structure est indispensable pour continuer l'activité d'Azyx et NDC, dans la mesure où il n'existe pas de substitut actuel ou potentiel à cette structure⁵³. La Commission répète encore qu'«[a]insi que la Cour l'a précisé dans l'arrêt *Ladbroke*, il n'est pas nécessaire qu'un refus de livrer empêche l'apparition d'un nouveau produit pour qu'il soit considéré comme un abus»⁵⁴.

La Commission impose en conséquence de cause à IMS «d'accorder sans délai et sur une base non discriminatoire, à toutes les entreprises qui sont actuellement présentes sur le marché des services de fourniture de données sur les ventes régionales en Allemagne, une licence d'utilisation de la structure à 1860 modules, afin de permettre à ces entreprises d'utiliser et de vendre des données sur les ventes régionales formatées selon cette structure»⁵⁵.

2.4 Ordonnance du Président du Tribunal du 10 août 2001

Dans cette ordonnance «intermédiaire», le Président dit en substance qu'il est clair que les circonstances de l'affaire *IMS* diffèrent de celle de l'affaire *Magill*⁵⁶. Il semble qu'IMS a prouvé *prima facie* que la Commission s'est fourvoyée et a mal appliqué les conditions de l'arrêt *Magill*. Vu qu'IMS devrait potentiellement subir des conséquences économiques importantes du fait que la décision de la Commission lui ordonne de concéder une licence sur sa structure et que cela serait un empiètement substantiel sur son droit d'auteur, le Président décide de surseoir temporairement à l'exécution de la décision de la Commission jusqu'à ce qu'une ordonnance finale ait été

52. Azyx par exemple est une firme belge, ce qui prouve que le refus a des effets sur le commerce entre États membres. Voir aussi D. PAEMEN et C. NORALL (2001), p. 63.

53. Points 180 et 181 de la décision de la Commission.

54. *Ibid.*

55. Article 1 de la décision.

56. Point 24 de l'ordonnance.

rendue dans la procédure en référé. Cette ordonnance finale est celle du 26 octobre 2001.

2.5 Ordonnance du Président du Tribunal du 26 octobre 2001

Le Président adhère aux arguments d'IMS et met l'accent sur l'arrêt *Magill*, qui semble être considéré comme l'arrêt de référence en la matière et que la Commission semble avoir passé sous silence dans son raisonnement. Le Président répète qu'il est clair qu'il y a des différences entre les faits de l'affaire *Magill* et ceux de l'affaire *IMS*. Il souligne que la Commission a aperçu ces différences mais qu'elle n'a pas sérieusement contesté leur importance⁵⁷.

Le Président résume la décision de la Commission. Pour cette dernière, il y aura exploitation abusive si le titulaire du droit de propriété intellectuelle refuse d'accorder une licence à de nouveaux concurrents qui veulent procurer le même service ou de nouvelles variantes du même service sur le marché concerné et que ces nouveaux concurrents sont incapables de fournir ce service car ils ne peuvent pas reproduire la structure du titulaire de propriété intellectuelle sans enfreindre son droit d'auteur⁵⁸. Selon le Président, la Commission interprète ainsi de manière élargie le dispositif de l'arrêt *Magill*. Elle semble appliquer de manière non cumulative les conditions assimilées à des «circonstances exceptionnelles» dans l'arrêt *Magill*⁵⁹ car il ne semble pas que la Commission considère indispensable, pour trouver des circonstances exceptionnelles, le fait de faire obstacle à l'apparition d'un produit ou service nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs (point 54 de l'arrêt *Magill*)⁶⁰. En effet, la Commission annonce clairement qu'elle se base sur le dispositif alternatif de l'arrêt *Ladbroke* pour exclure l'examen des faits de l'affaire *IMS* sous la circonstance de l'obstacle à la création d'un produit nouveau. Comme, selon l'arrêt *Ladbroke*, un abus peut résulter de l'une comme de l'autre circonstance, elle ne se base que sur le test tripartite établi dans l'arrêt *Bronner*.

Le Président conclut qu'il y a incertitude juridique quant à la question de savoir si les conditions ou circonstances exceptionnelles

57. *Ibid.*, point 100.

58. *Ibid.*, point 101.

59. Voir par ex. point 67 de la décision de la Commission.

60. Points 100 et 102 de l'ordonnance.

énoncées dans l'arrêt *Magill* sont cumulatives ou non⁶¹. Tant IMS que la Commission peuvent avoir raison. Ce conflit d'interprétations de la notion de circonstances exceptionnelles ne peut être résolu qu'en statuant au principal. Ainsi, comme il existe un différend sérieux sur le point de savoir s'il existe bien des circonstances exceptionnelles qui justifient l'imposition d'une licence, IMS prouve bien qu'elle est en droit d'obtenir une mesure provisoire.

Il y a également urgence car ramener le droit d'auteur à un droit économique de bénéficier des redevances de licences édulcore l'essence même de ce droit et est, en principe, de nature à entraîner un préjudice potentiellement grave et irréparable à son titulaire⁶².

Comme la balance des intérêts penche en faveur de la sauvegarde du droit d'auteur d'IMS⁶³, le Président surseoit à l'exécution de la décision de la Commission.

2.6 Critiques et commentaires

On peut faire une série de remarques critiques sur la décision de la Commission.

2.6.1 Détermination de l'essentialité de la structure sur base de l'avis des clients de l'entreprise en position dominante

En ce qui concerne l'application de la condition de produit ou service essentiel, on peut à juste titre se demander s'il est opportun de déterminer l'existence de l'abus sur base de l'attitude des clients de la société en position dominante⁶⁴. Dans le raisonnement de la Commission, il semble que ce soit le rejet par les utilisateurs d'une structure alternative qui rende la structure à 1860 modules essentielle. La détermination du caractère indispensable de l'installation dépendrait donc essentiellement de la volonté des utilisateurs. La Commission procède à une évaluation principalement subjective et non objective. Certes, il est vrai qu'elle trouve qu'il existe des contraintes légales (la loi sur la protection des données et le droit d'auteur d'IMS) et techniques (les contraintes du code postal) qui rendent déraisonnablement difficile (selon elle) la création de struc-

61. *Ibid.*, point 104.

62. *Ibid.*, point 125.

63. *Ibid.*, point 144.

64. Sur ce point, voir V. KORAH (2002, b), p. 11 et 15.

tures alternatives⁶⁵ – soit dit en passant: qu’entend-on par déraisonnablement difficile⁶⁶? Toutefois, son raisonnement est surtout basé sur l’appréciation subjective des clients d’IMS⁶⁷. On notera encore que si la contrainte légale ou encore l’obstacle réglementaire qui rend déraisonnablement difficile la constitution d’une autre structure consistait exclusivement dans le droit d’auteur d’IMS, cela reviendrait à tourner purement et simplement une doctrine qui se veut exceptionnelle en principe. En effet, cela voudrait dire que la condition établie au point 44 de l’arrêt *Bronner*⁶⁸ serait automatiquement remplie à chaque *simple* refus d’accorder une licence par un titulaire de droit d’auteur en position dominante! Cette affirmation de la Commission est donc extrêmement lourde de conséquences.

On ne peut donc accepter l’argument selon lequel c’est parce que les utilisateurs ne veulent pas d’un produit ou service alternatif qu’il n’y a pas de substitut potentiel ou réel. Si une meilleure structure était mise en place, très certainement les entreprises changeraient. C’est même peut-être parce que la structure à 1860 modules est actuellement la meilleure et que les structures de NDC et Azyx ne sont pas aussi compétitives que les laboratoires pharmaceutiques ne veulent pas en changer. On ne peut reprocher à IMS d’avoir su créer la meilleure structure existante puisque la notion même de concurrence encourage les firmes à être les meilleures⁶⁹. Par ce raisonnement, la Commission semble en effet protéger les concurrents plutôt que la concurrence⁷⁰ et donc le bien-être de la société en général.

65. Point 127 de la décision. Elle ajoute qu’il existe aussi «d’autres contraintes objectives» mais ne les cite pas.

66. Cette notion n’a pas été expliquée par la Cour dans *Bronner* et la Commission ne s’aventure pas non plus dans une définition.

67. La Commission rejette d’ailleurs le point de vue d’IMS que cette évaluation subjective est inopportune, voir point 129.

68. «[...] il existe des obstacles techniques, réglementaires ou même économiques [...] de nature à rendre impossible [ou] même déraisonnablement difficile, pour tout autre éditeur de quotidiens, de créer, seul ou en collaboration avec d’autres éditeurs, son propre système de portage à domicile à l’échelle nationale et de l’utiliser pour la distribution de ses propres quotidiens».

69. Il ne faut pas oublier que les compétitions existent pour être gagnées et que le concurrent le plus innovateur qui produit les biens les plus performants et répond le mieux aux attentes des consommateurs gagnera sur ses concurrents souvent en acquérant une position dominante, voire un monopole. Voir R. WHISH (2001), p. 11 et la fameuse citation du juge Learned Hand dans l’affaire *US c. Aluminium Co of America*, 148 F.2d 416 (1945), à la page 430: «The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins».

70. Comme le lui reproche le Président du Tribunal, voir point 145 de l’ordonnance du 26 octobre 2001.

Si la détermination du caractère essentiel d'une installation était basée sur les attitudes des consommateurs, cela signifierait que chaque fois que les consommateurs ne voudraient pas changer de produit et que des concurrents souhaiteraient pénétrer le marché, le refus de l'entreprise en position dominante serait abusif et l'entreprise en position dominante devrait leur accorder une licence. Quelle aubaine pour les autres entreprises potentiellement concurrentes! Elles n'auraient qu'à attendre qu'une firme investisse dans la création d'un produit, qu'il devienne un standard, que le standard soit bien installé et que les habitudes des consommateurs soient bien ancrées, pour demander une licence. Si elle leur était refusée, rien ne serait perdu, au contraire, puisque la Commission la leur accorderait par le biais de l'article 82. Si c'est ce que le droit de la concurrence favorise, il a des effets désastreux puisqu'il décourage, voire annihile, la création d'œuvres. Les entreprises espéreront toutes qu'une d'entre elles fasse cet effort mais aucune ne le fera car elles savent ce qui les attend. Appliqué de cette manière, le droit de la concurrence a un effet contraire à celui recherché c'est-à-dire l'augmentation du bien-être sociétal puisqu'il n'y aura plus d'innovation et donc de progrès.

Par contre, si on laisse les choses en l'état (pas d'imposition de licence), les firmes qui désirent concourir avec le «monopoleur» actuel devront pour l'évincer créer un produit ou service nouveau et meilleur et convaincre les utilisateurs de l'adopter⁷¹. Un tel état des choses force le «monopoleur» actuel à rester sur la balle et à constamment améliorer son produit ou service car il ne souhaite pas être détrôné par d'éventuelles innovations de concurrents potentiels. Une telle situation favorise la concurrence.

Ce raisonnement est d'ailleurs très proche des critiques généralement formulées à l'encontre de l'application de la doctrine des installations essentielles aux droits de propriété intellectuelle et aussi plus généralement⁷². Comme l'affaire *Bronner* n'impliquait pas des

71. Voir T. COTTER (1999), «Intellectual property and the essential facilities doctrine», *Antitrust Bulletin*, p. 239 et s. (citant J. LOPATKA et W. PAGE (1995), «Microsoft, monopolization and network externalities: some uses and abuses of economic theory in antitrust decision making», *Antitrust Bulletin*, p. 317 et 336) qui relève que beaucoup de produits (spécialement des produits bénéficiant d'un effet de réseau, à l'instar de la structure d'*IMS*) dans lesquels les consommateurs apparaissent être «piégés» à un moment donné ont néanmoins cédé devant des améliorations technologiques.

72. Voir par ex. W. LAVEY (1982), «Patents, copyrights, and trademarks as sources of market power in antitrust cases», *Antitrust Bulletin*, p. 440; P. AREEDA (1989), p. 841; S. TAYLOR (1995), p. 102; A. OVERD et B. BISHOP (1998),

droits de propriété intellectuelle, la Cour a peut-être été plus encline à bien ancrer la théorie des installations essentielles. On peut dès lors se demander si le test tripartite de *Bronner* devrait servir pour juger des cas impliquant l'usage de droits de propriété intellectuelle ou bien si au contraire les décisions pertinentes doivent être *Volvo*, *Renault*, *Magill* (et éventuellement *Ladbroke*), avec *Magill* comme «arrêt de référence». Plus généralement, la question est posée quant au rôle et à la place exacte de la théorie des installations essentielles dans la Communauté⁷³.

Au surplus, une analyse plus en profondeur mériterait probablement d'être effectuée pour déterminer si les firmes sont réellement (devenues) captives du standard. En effet, la Commission elle-même note dans son historique de la structure en 1860 modules (points 22 et 23 de la décision) que ladite structure a évolué depuis 1969, époque à laquelle elle n'était constituée que de quelques centaines de modules, pour aboutir après de nombreux changements à une structure en 1860 modules. Ainsi les entreprises ont quand même du s'adapter à ces changements successifs.

2.6.2 Application tronquée du dispositif de l'arrêt *Bronner*

La Commission n'a pas été au bout du raisonnement effectué par la Cour dans l'arrêt *Bronner*. En effet, si l'on applique les points 45 et 46 de l'arrêt *Bronner* aux faits de l'affaire *IMS*, pour démontrer que l'accès à la structure existante d'*IMS* est indispensable et pour qu'*IMS* soit forcée d'octroyer une licence, il ne suffit pas que la création d'une autre structure ne soit pas économiquement rentable en raison du faible «tirage» (on pourrait dire «pourcentage») des rapports sur les données à distribuer. Il faut au moins établir qu'il n'est pas économiquement rentable de créer une seconde structure pour la distribution de rapports sur les données ayant un «tirage» comparable à celui des rapports sur les données distribués par la structure existante. Comme cette condition n'a pas été examinée, on ne peut être sûr qu'une licence obligatoire s'imposait. Le Tribunal dans la procédure au fond ou la Cour sur question préjudi-

«Essential facilities: the rising tide», *ECLR*, p. 183; T. COTTER (1999), p. 234; E. SHEEMAN (1999), p. 87; M. BERGMAN (2000), p. 59 et s.; M. BERGMAN (2001), «The role of the essential facilities doctrine», *Antitrust Bulletin*, p. 403; A. CAPOBIANCO (2001), «The Essential Facility Doctrine: Similarities and Differences Between the American and the European Approach», *ELR*, p. 555, à propos précisément de la décision de la Commission dans l'affaire *IMS*.

73. E. SHEEHAN (1999), p. 86.

cielle devraient en conséquence porter toute leur attention sur ce point.

2.6.3 *Non-application du dispositif de l'arrêt Magill*

Comme le Président du Tribunal le remarque très justement, la Commission fait fi de la circonstance énoncée au point 54 de l'arrêt *Magill*. Autrement dit, la Commission ne trouve pas nécessaire de prendre en compte le fait que le demandeur d'accès a l'intention ou pas d'innover⁷⁴. Mais peut-on le lui reprocher au vu de l'évolution de la jurisprudence? L'arrêt *Magill* est abscons (on ignore si ses conditions sont alternatives ou cumulatives). La décision *Ladbroke* a clairement émis deux conditions alternatives. Quant à l'arrêt *Bronner*, il semble avoir relégué la circonstance de l'entrave à l'apparition d'un produit nouveau aux oubliettes, tout en cumulant clairement certaines conditions provenant de décisions antérieures. Il est difficile de reprocher à la Commission sa lecture chronologique, et somme toute assez logique, de la jurisprudence de la Cour. En fait, la question fondamentale que l'affaire *IMS* pose est, que doit-on appliquer: les conditions de *Magill*, de *Ladbroke* ou de *Bronner*, ou bien encore une combinaison des trois, et si oui laquelle? Le Président perçoit avec raison qu'il y a une incertitude quant aux circonstances qu'il faut considérer pour décider de la nécessité d'une licence obligatoire. La jurisprudence n'est pas claire et ce, même si l'on tente de faire une distinction entre les décisions de la Cour concernant les droits de propriété intellectuelle (*Magill*, *Ladbroke*) et celles concernant des droits de propriété tout court (*Bronner*).

En fin de compte, tant la Commission que les parties au litige et les justiciables en général sont victimes de ce flou jurisprudentiel. Le Président préfère prendre une décision de *statu quo* (on ne brise pas le droit d'auteur d'IMS) et laisser au juge du fond la lourde tâche de démêler l'imbroglio juridique, et c'est une chose très sage.

2.6.4 *Titularité du droit d'auteur sur la structure*

Il semble qu'il y ait de sérieuses divergences de vues ou à tout le moins, un flou artistique quant à la titularité du droit d'auteur sur la structure. À maintes reprises, la Commission estime que le groupe de travail mis sur pied par IMS (qui regroupe les clients, c'est-à-dire les laboratoires pharmaceutiques) a joué un rôle important dans la

74. Voir aussi R. O'DONOGHUE et D. ILAN (2002), p. 9.

conception de la structure actuelle. Elle cite même des firmes pharmaceutiques qui affirment que la structure est le résultat d'une *collaboration* entre les différents acteurs de ce groupe⁷⁵. Si tel est bien le cas, le droit d'auteur dont IMS se prétend titulaire ne lui appartiendrait pas à elle seule mais la structure serait en fait l'œuvre de plusieurs auteurs (œuvre collective, de collaboration ou la catégorie exacte prévue par le droit d'auteur allemand en l'espèce). D'autre part, J. Temple Lang, qui conseille IMS dans cette affaire, est d'avis pour sa part qu'IMS a fait tout le travail à elle seule même s'il est vrai qu'elle a obtenu des commentaires utiles de ses clients. Il ajoute qu'aucune de ces firmes pharmaceutiques ne revendique une part de titularité dans le droit d'auteur⁷⁶. L'Oberlandesgericht de Francfort a aussi jugé le 19 juin 2001 que les laboratoires pharmaceutiques n'ont pas joué un rôle déterminant dans le développement de la structure. Quoi qu'il en soit, toute la lumière mériterait d'être faite sur ce point. Cette question ne pourra *a priori* pas être décidée par les juridictions communautaires puisque le droit d'auteur d'IMS a été présumé mais celles-ci pourraient soulever la question et la «renvoyer» à la juridiction allemande.

Pour terminer, on ne peut s'empêcher d'attirer l'attention sur une contradiction dans le raisonnement de la Commission. Elle conclut son analyse en affirmant qu'*il est impossible de répliquer l'œuvre en question pour les contraintes techniques, juridiques et économiques citées ci-dessus par voie d'une création parallèle qui n'enfreindrait pas le droit d'auteur.*⁷⁷ L'expression utilisée par la Commission est quelque peu maladroite. Bien évidemment «l'œuvre en question», telle quelle, elle-même, ne peut être répliquée puisque cela enfreindrait le droit d'auteur d'IMS. La Commission aurait dû dire «une œuvre concurrente». Aussi se contredit-elle: il n'est pas impossible de créer une œuvre parallèle qui n'enfreint pas le droit d'auteur d'IMS (puisque Azyx et NDC ont chacune créé des structures

75. Il est plus que frappant de constater que même le directeur d'IMS déclare que ce sont les firmes pharmaceutiques qui ont eu le «dernier mot quant à la définition précise des différents segments» (point 80 de la décision). MERK abonde dans ce sens: «Toute la structure RPM est donc fondée sur un consensus de l'ensemble des commerciaux des laboratoires pharmaceutiques. IMS n'a fait qu'adopter le résultat de leurs travaux» (point 81 de la décision). Voir aussi la conclusion de la Commission au point 180 de sa décision: «MS a créé, en collaboration avec le secteur pharmaceutique et sur une période prolongée, une structure modulaire qui est devenue la norme de fait du secteur pour la présentation des données régionales et que le Tribunal de Francfort a jugée constituer sa propriété intellectuelle» (c'est nous qui soulignons).

76. J. TEMPLE LANG (2002), p. 2.

77. Point 184 de la décision de la Commission (c'est nous qui soulignons).

concurrentes non contrefaisantes) mais il est seulement, selon elle du moins, déraisonnablement difficile de le faire.

3. Quelle devrait être l'issue de l'affaire *IMS*?

3.1 Ressemblances et différences entre les faits de l'affaire *IMS* et les faits des décisions antérieures

3.1.1 Le comportement des parties

À l'instar des réparateurs indépendants, de Ladbroke et de Bronner et à l'inverse de Magill, Azyx et NDC ne veulent pas créer de nouveaux produits ni *a fortiori* améliorer les produits d'IMS. Azyx et NDC souhaitent une licence d'utilisation de la structure à 1860 modules pour l'utiliser telle quelle et non pour créer des rapports différents ou meilleurs que ceux fournis par IMS aux laboratoires mais des rapports similaires. Ceci est une première différence importante qui plaide en défaveur de l'application du résultat de l'arrêt *Magill* aux faits de l'affaire *IMS*.

Une autre différence considérable entre les affaires *Magill* et *IMS* est que, contrairement à l'affaire *Magill*, où les télédiffuseurs avaient la mainmise sur les informations brutes pour constituer un guide de télévision hebdomadaire, IMS n'a pas de monopole sur les matériaux de base nécessaires à la construction d'une nouvelle structure. Ces informations nécessaires pour créer une structure (telles que les codes postaux, les adresses des pharmacies, des médecins, etc.) sont dans le domaine public⁷⁸. On ne peut donc souscrire à l'assertion que le droit d'auteur est ici utilisé pour protéger une méthode de présentation des données, *protégeant ainsi l'idée sous-jacente*⁷⁹. Quiconque a accès aux informations brutes; elles ne sont pas protégées par le droit d'auteur. Azyx et NDC ont d'ailleurs chacune pu créer une nouvelle structure. Ainsi, la Commission s'égare lorsqu'elle énonce que «[d]ans l'affaire *Magill* précitée, les informations brutes sur les programmes de télévision ont été considérées comme un élément essentiel pour permettre à une entreprise de livrer concurrence sur le marché en aval (celui des guides hebdomadaires de télévision). Les circonstances sont similaires dans le cas présent, en ce que l'utilisation de la structure est un élément indispensable pour per-

78. Voir également J. TEMPLE LANG (2002), p. 2 et note 6.

79. Comme le prétend C. STOTHERS (2002), p. 92 (c'est nous qui soulignons). Nous supposons que l'auteur veut dire que l'idée est celle de créer une structure.

*mettre à des entreprises de livrer concurrence sur le marché des données sur les ventes régionales en Allemagne.»*⁸⁰ Le niveau auquel il faut se placer n'est pas celui de la structure mais des éléments de la structure. Les éléments de la structure d'IMS sont dans le domaine public alors qu'ils ne le sont pas dans *Magill*. Les télédiffuseurs étaient les créateurs de l'information brute et avaient des droits d'auteur tant sur la structure de leurs grilles que sur les éléments de celles-ci tandis que le droit d'auteur d'IMS ne repose que sur la structure.

Voici donc une deuxième différence importante qui plaide en défaveur de l'imposition d'une licence obligatoire à IMS.

3.1.2 *La situation des entreprises en position dominante*

À l'inverse des trois télédiffuseurs en position dominante individuelle ou collective dans l'affaire *Magill*, IMS est une firme agissant seule. Si l'on considère que cela a été un élément important dans la décision d'imposer une licence obligatoire aux télédiffuseurs, ceci peut possiblement être une raison supplémentaire pour ne pas briser le droit d'auteur d'IMS.

3.1.3 *Les relations entre les parties au litige*

Le refus d'IMS exclut Azyx et NDC du marché. Or Azyx et NDC ne sont pas des clients existants d'IMS comme dans *Volvo*, *Renault*, *Magill*, *Ladbroke*, *Bronner* et à l'inverse des affaires ne concernant pas des droits de propriété intellectuelle⁸¹. Il n'y a que l'arrêt *Magill* qui pourrait jouer en défaveur d'IMS si les conditions de l'arrêt sont considérées comme alternatives (ce qui est loin d'être évident).

3.1.4 *Les produits ou services en cause*

Comme dans *Volvo*, *Renault*, *Magill* et *Ladbroke*, la structure en cause est protégée par un droit de propriété intellectuelle. Or la Commission dans l'affaire *IMS* choisit justement d'appliquer le dispositif de l'arrêt *Bronner* au lieu de celui de l'arrêt *Magill* à l'affaire *IMS*. C'est plutôt le dispositif de l'arrêt *Magill* qui devrait être la base de la décision de l'affaire *IMS*.

80. Point 184 de la décision de la Commission.

81. *Commercial Solvents* etc., voir *supra*.

3.2 À quel résultat arrive-t-on si l'on applique le test tripartite de Bronner?

Le refus d'IMS d'accorder une licence d'utilisation de sa structure en 1860 modules n'élimine pas toute concurrence dans le marché des fournitures de rapports sur les ventes régionales puisqu'Azyx et NDC ont pu créer des structures alternatives non contrefaisantes. Même si l'on devait considérer que cette condition est remplie parce qu'il y a des obstacles techniques, juridiques ou économiques, qui rendent déraisonnablement difficiles pour NDC et Azyx d'établir leur propre structure, l'absence de justification objective au refus n'est pas une condition pertinente pour juger si un refus est abusif car elle va à l'encontre de la substance même de leur droit. Enfin, la structure en 1860 modules n'est pas indispensable pour permettre à NDC et Azyx de poursuivre leurs activités, dans la mesure où elles ont chacune créé un substitut. Si l'on devait néanmoins considérer ces conditions comme remplies, il reste encore à établir qu'il n'est pas économiquement rentable de créer une seconde structure pour la fourniture de rapports sur les ventes régionales ayant un «tirage» comparable à celui des rapports distribués selon la structure existante. Comme à notre avis, au moins une condition n'est pas remplie, l'accès à la structure n'est donc pas essentiel pour délivrer des rapports sur les ventes régionales aux laboratoires pharmaceutiques et le refus d'IMS n'est pas abusif. Subsidiairement, on répète que le dispositif de cet arrêt n'est peut-être pas approprié pour juger des refus d'octroyer des licences d'exploitation de droits intellectuels.

3.3 Que se passe-t-il si on applique les conditions de Magill?

Si les conditions sont cumulatives, il suffit de vérifier si la première (entrave à l'apparition d'un produit nouveau) est remplie. Le refus d'IMS n'empêche pas l'apparition d'un nouveau produit. Au contraire, NDC et Azyx ne veulent ni changer ni améliorer la structure et désirent simplement fournir des produits identiques ou similaires à ceux d'IMS (les rapports sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques). Il n'y a pas non plus de demande potentielle [substantielle, constante, régulière et spécifique] des consommateurs (c'est-à-dire les laboratoires pharmaceutiques) pour cet autre hypothétique produit. Au contraire, les laboratoires pharmaceutiques ne désirent pas d'autre structure. Force est donc de constater que le refus d'IMS d'octroyer une licence sur sa structure n'est pas abusif. Même si le test de *Magill* n'est pas cumulatif, les deux autres

conditions, qui apparaissent également dans l'affaire *Bronner*, ne sont pas, comme on l'a vu, remplies.

En conséquence, tant si l'on applique la circonstance telle que formulée au point 54 de *Magill*, que si elle cumule les trois conditions de *Magill* ou encore si on décide de suivre la jurisprudence *Bronner*, il faut décider que le refus d'IMS n'est pas abusif.

5. Conclusion

Il est plus que temps, vu l'incertitude juridique⁸² sérieuse relative aux circonstances dans lesquelles le droit d'auteur peut être sacrifié sur l'autel de l'article 82, que la Cour mette de l'ordre dans sa jurisprudence. L'affaire *IMS* lui donne une occasion unique. Idéalement elle devrait formuler des conditions claires et précises (c'est-à-dire que leur signification soit un tant soit peu expliquée⁸³), nettement alternatives ou cumulatives, communes à tous les droits de propriété ou distinctes si elle trouve approprié de distinguer entre les droits de propriété corporels et intellectuels.

La théorie des installations essentielles a des effets néfastes sur l'innovation. Elle a été à maintes reprises décriée. Justifier un refus d'accorder une licence d'exploitation de droits intellectuels annihile la substance même du droit. On suggère que la Cour (ou le Tribunal), pour déterminer si un refus d'accorder une licence sur un droit de propriété intellectuelle est abusif, opte plutôt pour une application de la condition de produit (ou service) nouveau et *substantiellement meilleur* et pour lequel il existe une demande *substantielle*, potentielle, *spécifique* et *constante* des consommateurs⁸⁴.

Subsidiairement, la Cour (ou le Tribunal) devrait mentionner le problème de la titularité de la structure et renvoyer la décision de cette question au niveau national.

En conclusion, l'issue de l'affaire *IMS* devrait être qu'aucune licence obligatoire ne devrait être imposée à IMS. Ainsi le monstre devrait l'épargner et on espère que ce sera parce que le Dr Frankenstein aura rattrapé et maîtrisé sa créature...

82. E. SHEEHAN (1999), p. 88, à propos de la doctrine des installations essentielles.

83. Si par exemple, elle retient (ce que l'on ne lui conseille pas de faire) les mots «refus objectivement justifié» et «déraisonnablement difficile», elle devrait donner des explications ou des exemples.

84. Qualifiant ainsi plus précisément le point 54 de l'arrêt *Magill*.

ANNEXE
TABLEAU COMPARATIF DES DÉCISIONS

Affaire	Date Juridiction	Comportements Marchés (géo. + produits/services)	Décision	Conditions / circonstances / dispositifs
1. Parke, Davis & Co	29.02.1968 CJ	Blocage par le titulaire d'un brevet de produits pharmaceutiques importés d'Italie vers les Pays-Bas Pas de mention des marchés	Pas d'abus	<u>Principe</u> : existence et exercice d'un droit de propriété intellectuelle n'entraîne pas un abus de position dominante <u>Exception</u> : il y a abus dans certains cas, tels que - refus arbitraire de fournir - fixation de prix inéquitable pour le produit - décision de ne plus produire de pièces de rechange pour un modèle particulier alors que beaucoup de voitures incorporant ce modèle sont toujours en circulation
2. Volvo Renault	05.10.1988 CJ	Refus de livrer des pièces de rechange pour carrosserie de voitures Pas de mention des marchés	Pas d'abus	<u>Principe</u> : existence et exercice d'un droit de propriété intellectuelle n'entraîne pas en soi un abus de position dominante <u>Exception</u> : conditions : pour qu'un refus d'accorder une licence d'un droit de propriété intellectuelle constitue un abus de position dominante, il faut et il suffit soit: (1) de faire obstacle à l'apparition d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs <u>ou</u> (2) de faire obstacle à l'apparition d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs et le refus d'accorder une licence ne soit pas justifié <u>et</u> il faut se réserver le marché secondaire des guides de télévision hebdomadaires en excluant toute concurrence dans ce marché <u>ou</u> (3) de faire obstacle à l'apparition d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs <u>et</u> que le refus d'accorder une licence ne soit pas justifié <u>ou</u> (4) de faire obstacle à l'apparition d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs <u>et</u> de se réserver le marché secondaire des guides de télévision hebdomadaires en excluant toute concurrence dans ce marché.
3. Magill	06.04.1995 CJ	Refus de donner une licence de reproduction de grilles de programmes hebdomadaires Marché géo. : Irlande et Irlande du Nord Marché des produits : - (informations permettant de conffectionner les) grilles de programmes hebdomadaires (marché primaire) - magazines de télévision hebdomadaires (marché dérivé)	Abus	<u>Principe</u> : existence et exercice d'un droit de propriété intellectuelle n'entraîne pas en soi un abus de position dominante <u>Exception</u> : conditions : pour qu'un refus d'accorder une licence d'un droit de propriété intellectuelle constitue un abus de position dominante, il faut et il suffit soit: (1) de faire obstacle à l'apparition d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs <u>ou</u> (2) de faire obstacle à l'apparition d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs et le refus d'accorder une licence ne soit pas justifié <u>et</u> il faut se réserver le marché secondaire des guides de télévision hebdomadaires en excluant toute concurrence dans ce marché <u>ou</u> (3) de faire obstacle à l'apparition d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs <u>et</u> que le refus d'accorder une licence ne soit pas justifié <u>ou</u> (4) de faire obstacle à l'apparition d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs <u>et</u> de se réserver le marché secondaire des guides de télévision hebdomadaires en excluant toute concurrence dans ce marché.

Affaire	Date Juridiction	Comportements Marchés (géo. + produits/services)	Décision	Conditions / circonstances / dispositifs
4. Ladbroke	12.06.1997 TPI	Refus d'accorder une licence de retransmission des sons et images des Courses hippiques françaises Marché géo. : Belgique Marché des produits : - prise de paris (marché primaire) - sons et images de courses hippiques en général (marché dérivé)	Pas d'abus	Principe pas rappelé. Exception : conditions : un refus de livrer est contraire à l'article 86 si : - il concerne un produit ou service essentiel à l'activité en question dans le sens qu'il n'y a pas de substitut potentiel ou réel OU - l'introduction d'un nouveau produit est empêchée malgré la demande potentielle spécifique, constante et régulière du public.
5. Bronner	26.11.1998 CJ	Refus de donner accès à un système de livraison nationale de quotidiens à domicile Marché géo. : Autriche Marché des produits : - système de distribution de quotidiens en général ou distribution des quotidiens à domicile tôt le matin? (marché primaire) – laissé à l'appréciation de la juridiction nationale - quotidiens (marché secondaire)	Pas d'abus	Principe rappelé comme suit : « le refus de licence ne constitue pas en lui-même un abus » (point 39). Exception : Conditions : Pour qu'il y ait abus, il faut que - le refus du service compris dans la livraison à domicile puisse éliminer toute concurrence dans le marché des quotidiens de la part de la personne demandant ce service et - un tel refus ne soit pas capable d'être objectivement justifié et - que le service en lui-même soit indispensable pour continuer l'activité de cette personne, dans la mesure où il n'existe pas de substitut actuel ou potentiel pour ce système de livraison à domicile (+ précisions aux points 44 et 45).
6. IMS	03.07.2001 Commission 10.08 & 26.10.2001 Prés. TPI 11.04.2002 Prés. CJ	Refus d'accorder une licence d'utilisation de la structure à 1860 modules Marché géo. : Allemagne Marché des produits : - structure en 1860 modules (marché primaire) - marché des services de fourniture de données sur les ventes régionales en Allemagne (marché secondaire)	Abus (Comm.) Suspension déc. Comm. (TPI + CJ)	Commission : applique le test tripartite de <i>Bronner</i> (excepté les précisions des points 44 et 45). Prés. TPI : critique le fait que la Commission n'ait pas tenu compte des conditions de <i>Magill</i> ; décide que les conditions auxquelles une licence obligatoire peut être imposée ne sont pas claires ; suspend la décision de la Commission ; seule la décision au principal peut clarifier la jurisprudence.

Source: compilé par l'auteur.

NB: la définition des marchés n'est pas toujours explicite dans les décisions elles-mêmes. Cette définition est donc dans la plupart des cas la nôtre.