

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

IMS Health

Vilches Armesto, Laura

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2004

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Vilches Armesto, L 2004, 'IMS Health: dernier développement de la C.J.C.E. relatif au refus de licence en droit de propriété intellectuelle, note observations C.J.C.E., 29 avril 2004', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 20, p. 59-86.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

JURISPRUDENCE

C.J.C.E., 29 avril 2004

Note d'observations de Laura Vilches Armesto¹

Siège : P. Jann (prés. et rapp.), MM. C. W. A. Timmermans et S. von Bahr
Min. publ. : M. A. Tizzano (avocat général)
Plaid. : MM^{es} S. Barthelmess, H.-C. Salger, C. Feddersen, G. Jung-Weiser,
G. Janke et T. Lübbig
Parties : IMS Health GmbH & Co. OHG et NDC Health GmbH & Co. KG
Arrêt n° C-418/01

CONCURRENCE – ARTICLE 82 CE – ABUS DE POSITION DOMINANTE –
STRUCTURE MODULAIRE UTILISÉE POUR LA FOURNITURE DE DONNÉES SUR LES
VENTES RÉGIONALES DE PRODUITS PHARMACEUTIQUES DANS UN ÉTAT MEM-
BRE – DROIT D'AUTEUR – REFUS D'ACCORDER UNE LICENCE D'UTILISATION

Une entreprise en position dominante qui refuse, sur la base de son droit de propriété intellectuelle, d'accorder une licence à un concurrent sur un produit indispensable pour qu'il s'installe sur un marché en aval où cette entreprise a étendu sa position dominante originaire d'un marché en amont, peut contrevenir à l'article 82 TCE.

Pour que ce refus soit considéré comme abusif, la Cour admet que plusieurs conditions doivent être satisfaites : l'entrave à l'apparition d'un produit nouveau, l'inexistence de justification objective et l'élimination de la concurrence sur un marché en aval.

La Cour affirme que le refus, de la part d'une entreprise en position dominante, d'accorder une licence sur un produit protégé par un droit de propriété intellectuelle sur un marché en amont, sera abusif dans la mesure où le concurrent, sur la base de cette licence, ne compte pas reproduire sur un marché en aval le produit commercialisé par l'entreprise en position dominante. Ainsi, le concurrent doit offrir des produits ou des services nouveaux pour lesquels il existe une demande potentielle des consommateurs. Un marché en amont sera identifié dès que des produits ou des services sont indispensables pour exercer une activité déterminée et que des entreprises les demandent pour réaliser une telle activité.

Le degré de collaboration des laboratoires pharmaceutiques au développement de la structure modulaire d'IMS Health et les coûts qu'impliqueraient pour ces laboratoires, le changement de ladite structure, ont été repris par la Cour comme critères d'appréciation du caractère abusif d'un refus de licence.

1. Chercheuse au C.R.I.D., Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix, Namur. L'auteur tient à remercier Séverine Dusollier, Alexandre de Stree et Philippe Laurent pour leur aimable lecture.

Le litige au principal et les questions préjudicielles

4. IMS fournit aux laboratoires pharmaceutiques des données sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques en Allemagne, formatées sur la base de structures modulaires. Depuis le mois de janvier 2000, elle fournit ses études sur la base d'une structure comportant 1860 modules ou d'une structure dérivée comportant 2847 modules, chacun de ceux-ci correspondant à une aire géographique déterminée. Selon l'ordonnance de renvoi, ces modules ont été définis en tenant compte de différents critères, tels que les circonscriptions administratives, les secteurs postaux, la densité de population, les liaisons de transport ainsi que la répartition géographique des pharmacies et des cabinets médicaux.

5. IMS a instauré il y a quelques années un groupe de travail auquel participent des entreprises du secteur pharmaceutique qui sont ses clientes. Ce groupe de travail a pour mission de proposer des améliorations pour une détermination optimale des modules. Le degré de contribution de ce groupe de travail à la détermination des modules fait l'objet d'une controverse entre IMS et NDC.

6. Selon les constatations effectuées par la juridiction de renvoi, IMS a non seulement vendu, mais aussi distribué gratuitement ses structures modulaires à des pharmacies et à des cabinets médicaux. Cette pratique a, selon cette juridiction, contribué à ce que lesdites structures deviennent un standard courant, auquel ses clients ont adapté leurs systèmes informatique et de distribution.

7. Un ancien gérant d'IMS a créé, après avoir quitté son emploi en 1998, Pharma Intranet Information AG (ci-après «PII»), dont l'activité consistait aussi à vendre des données sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques en Allemagne, formatées également sur la base de structures

modulaires. PII a, dans un premier temps, essayé de vendre des structures comportant 2201 modules. En raison des réticences manifestées par des clients potentiels, habitués aux structures comportant 1860 ou 2847 modules, elle a décidé de travailler avec des structures comportant 1860 ou 3000 modules, très proches des structures utilisées par IMS.

8. PII a été acquise par NDC.

(...)

17. Le Landgericht Frankfurt am Main considère qu'IMS ne peut pas exercer son droit de faire interdire toute utilisation illégale de son œuvre si elle agit de manière abusive, au sens de l'article 82 CE, en refusant d'accorder une licence à des conditions raisonnables à NDC. Il a donc décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) L'article 82 CE doit-il être interprété en ce sens que le refus d'une entreprise en position dominante sur un marché de conclure un contrat de licence pour l'utilisation d'une base de données protégée par un droit de propriété intellectuelle avec une entreprise qui souhaite avoir accès au même marché géographique et matériel constitue un comportement abusif si les acteurs représentant la contrepartie du marché, c'est-à-dire les acheteurs potentiels, rejettent chaque produit non tributaire de la base de données protégée parce qu'ils se sont organisés pour utiliser des produits s'appuyant sur la base de données protégée ?

2) La mesure dans laquelle les collaborateurs de la contrepartie du marché ont été associés au développement de la base de données protégée par un droit de propriété intellectuelle a-t-elle une incidence sur la question du comportement abusif de l'entreprise dominante ?

3) L'effort d'adaptation (en particulier en termes de coûts) qui serait nécessaire pour

les opérateurs ayant jusque-là acheté le produit de l'entreprise dominante a-t-il une incidence sur la question d'un comportement abusif de l'entreprise dominante s'ils achetaient désormais le produit d'une entreprise concurrente qui n'est pas titulaire de la base de données protégée ? ».

(...)

21. Par sa première question, la juridiction de renvoi demande en substance si le refus, opposé par une entreprise qui détient une position dominante et qui est titulaire d'un droit de propriété intellectuelle sur une structure modulaire sur la base de laquelle sont présentées des données sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques dans un État membre, d'octroyer une licence pour l'utilisation de cette structure à une autre entreprise, qui souhaite également fournir de telles données dans le même État membre mais qui, en raison du rejet manifesté par les utilisateurs potentiels, ne peut développer une structure modulaire alternative pour la présentation des données qu'elle souhaite offrir, constitue un abus de position dominante au sens de l'article 82 CE.

22. Ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 29 de ses conclusions, cette question repose sur la prémisse, dont il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier le bien-fondé, selon laquelle l'utilisation de la structure à 1860 modules, protégée par un droit de propriété intellectuelle, est indispensable pour permettre à un concurrent potentiel d'accéder au marché sur lequel l'entreprise titulaire dudit droit occupe une position dominante.

23. Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi s'interroge sur l'incidence que peut avoir le degré de participation des utilisateurs au développement d'une structure modulaire, protégée par un droit de propriété intellectuelle dont est titulaire une entreprise en position dominante, sur l'appréciation du caractère abusif du refus de cette entreprise d'octroyer une licence

d'utilisation de ladite structure. Par sa troisième question, la juridiction de renvoi s'interroge sur l'incidence que peut avoir, dans le même contexte et aux fins de la même appréciation, l'effort, notamment en termes de coûts, que les utilisateurs potentiels devraient fournir pour pouvoir acheter des études de marché présentées sur la base d'une autre structure que celle protégée par le droit de propriété intellectuelle.

24. Ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 32 de ses conclusions, ces deux dernières questions, lues à la lumière des motifs de l'ordonnance de renvoi, concernent le postulat sur lequel repose la première question, puisqu'elles visent, en substance, à connaître les critères pertinents pour apprécier si l'utilisation de la structure à 1860 modules, protégée par un droit de propriété intellectuelle, est indispensable pour permettre à un concurrent potentiel d'accéder au marché sur lequel l'entreprise titulaire dudit droit occupe une position dominante.

(...)

Réponses de la Cour

Deuxième et troisième questions

28. Il ressort des points 43 et 44 de l'arrêt *Bronner*, précité, que, pour déterminer si un produit ou un service est indispensable pour permettre à une entreprise d'exercer son activité sur un marché déterminé, il convient de rechercher s'il existe des produits ou des services constituant des solutions alternatives, même si elles sont moins avantageuses, et s'il existe des obstacles techniques, réglementaires ou économiques de nature à rendre impossible, ou du moins déraisonnablement difficile, pour toute entreprise entendant opérer sur ledit marché de créer, éventuellement en collaboration avec d'autres opérateurs, des produits ou services alternatifs. Selon le point 46 dudit arrêt *Bronner*, pour pouvoir admettre l'existence d'obstacles de nature économique, il doit à tout le moins être éta-

bli que la création de ces produits ou services n'est pas économiquement rentable pour une production à une échelle comparable à celle de l'entreprise contrôlant le produit ou le service existant.

29. Il incombe à la juridiction de renvoi d'apprécier, au vu des éléments qui lui sont soumis, si tel est le cas dans l'affaire au principal. À cet égard, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général aux points 83 et 84 de ses conclusions, il y a lieu de prendre en considération le fait qu'un haut degré de participation des laboratoires pharmaceutiques à la mise au point de la structure à 1860 modules protégée par le droit d'auteur, à le supposer établi, a pu créer une dépendance technique des utilisateurs à l'égard de cette structure, notamment sur le plan technique. Dans de telles conditions, il est probable que ces laboratoires devraient faire des efforts techniques et économiques extrêmement élevés pour pouvoir acquérir des études sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques présentées sur la base d'une structure autre que celle protégée par le droit de propriété intellectuelle. Le fournisseur de cette structure alternative pourrait alors être contraint d'offrir des conditions financières de nature à exclure toute rentabilité économique pour une activité réalisée à une échelle comparable à celle de l'entreprise qui contrôle la structure protégée.

30. Il convient donc de répondre aux deuxième et troisième questions que, aux fins de l'examen du caractère éventuellement abusif du refus d'une entreprise en position dominante d'octroyer une licence d'utilisation sur une structure modulaire protégée par un droit de propriété intellectuelle dont elle est titulaire, le degré de participation des utilisateurs au développement de ladite structure et l'effort, notamment en termes de coûts, que les utilisateurs potentiels devraient fournir pour pouvoir acheter des études sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques présentées sur la base d'une structure alternative sont des éléments qui doivent être pris en considéra-

tion pour déterminer si la structure protégée est indispensable pour la commercialisation d'études de cette nature.

(...)

Première question

34. Selon une jurisprudence bien établie, le droit exclusif de reproduction fait partie des prérogatives du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle en sorte qu'un refus de licence, alors même qu'il serait le fait d'une entreprise en position dominante, ne saurait constituer en lui-même un abus de celle-ci (arrêts du 5 octobre 1988, *Volvo*, 238/87, *Rec.*, p. 6211, point 8, et *Magill*, précité, point 49).

35. Néanmoins, ainsi qu'il résulte de cette même jurisprudence, l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif (arrêts précités *Volvo*, point 9, et *Magill*, point 50).

(...)

37. Selon le résumé de l'arrêt *Magill*, précité, qu'a fait la Cour au point 40 de l'arrêt *Bronner*, précité, ces circonstances exceptionnelles étaient constituées par le fait que le refus litigieux concernait un produit (l'information sur les programmes hebdomadaires des chaînes de télévision) dont la livraison était indispensable pour l'exercice de l'activité en cause (l'édition d'un guide général de télévision), en ce sens que, sans cette livraison, la personne désireuse d'offrir un tel guide se trouvait dans l'impossibilité de l'édition et de l'offrir sur le marché (arrêt *Magill*, précité, point 53), que ce refus faisait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel existait une demande potentielle de la part des consommateurs (point 54), qu'il n'était pas justifié par des considérations objectives (point 55) et qu'il était de nature à exclure toute concurrence sur le marché dérivé (point 56).

38. Il ressort de cette jurisprudence que, pour que 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 puisse être qualifié d'abusif, il suffit que trois conditions cumulatives soient remplies, à savoir que ce refus fasse obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvu de justification et de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé.

39. Au vu de l'ordonnance de renvoi et des observations soumises à la Cour, qui révèlent une importante controverse quant à l'interprétation de la troisième condition, il convient de commencer par l'examen de cette dernière.

Sur la troisième condition, relative au risque d'exclusion de toute concurrence sur un marché dérivé

40. À cet égard, il convient de rappeler la démarche suivie par la Cour dans l'arrêt *Bronner*, précité, dans lequel cette dernière était interrogée sur le point de savoir si le fait pour une entreprise de presse, qui détient une part très importante du marché des quotidiens dans un État membre et qui exploite l'unique système de portage à domicile de journaux à l'échelle nationale existant dans cet État membre, de refuser l'accès audit système, contre une rémunération appropriée, à l'éditeur d'un quotidien concurrent qui, en raison de la faiblesse du tirage de celui-ci, ne se trouve pas en mesure de créer et d'exploiter, dans des conditions économiquement raisonnables, seul ou en collaboration avec d'autres éditeurs, son propre système de portage à domicile constitue un abus de position dominante.

(...)

42. La Cour a ainsi considéré comme pertinent, aux fins de l'appréciation du caractère abusif d'un refus d'accorder

l'accès à un produit ou à un service indispensable pour l'exercice d'une activité donnée, de distinguer un marché en amont, constitué par ledit produit ou ledit service, en l'occurrence le marché du service de portage à domicile des quotidiens, et un marché (dérivé) en aval, sur lequel le produit ou le service en cause est utilisé pour la production d'un autre produit ou la fourniture d'un autre service, en l'occurrence le marché des quotidiens eux-mêmes.

43. Le fait que le service de portage à domicile n'était pas commercialisé de manière séparée n'a pas été considéré comme excluant d'emblée la possibilité de distinguer un marché distinct.

44. Il apparaît ainsi, comme l'a exposé M. l'avocat général aux points 56 à 59 de ses conclusions, que, aux fins de l'application de la jurisprudence antérieure, il suffit qu'un marché potentiel, voire hypothétique, puisse être identifié. Tel est le cas dès lors que des produits ou services sont indispensables pour exercer une activité donnée et qu'il existe, pour ceux-ci, une demande effective de la part d'entreprises qui entendent exercer l'activité pour laquelle ils sont indispensables.

45. Il s'ensuit qu'il est déterminant que puissent être identifiés deux stades de production différents, liés en ce que le produit en amont est un élément indispensable pour la fourniture du produit en aval.

46. Transposée aux faits de l'affaire au principal, cette démarche conduit à rechercher si la structure à 1860 modules constitue, en amont, un élément indispensable à la fourniture, en aval, de données sur les ventes de produits pharmaceutiques en Allemagne.

47. Il incombe à la juridiction de renvoi d'établir si cette hypothèse se vérifie et, le cas échéant, de rechercher si le refus par IMS d'octroyer une licence d'exploitation sur la structure en cause est de nature à exclure toute concurrence sur le marché de la four-

niture des données sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques en Allemagne.

Sur la première condition, relative à l'apparition d'un produit nouveau

(...)

49. Dès lors, le refus d'une entreprise en position dominante de donner accès à un produit protégé par un droit de propriété intellectuelle, alors que ce produit est indispensable pour agir sur un marché dérivé, ne peut être considéré comme abusif que dans le cas où l'entreprise qui a demandé la licence n'entend pas se limiter, en substance, à reproduire des produits ou des services qui sont déjà offerts sur le marché dérivé par le titulaire du droit de propriété intellectuelle, mais a l'intention d'offrir des produits ou des services nouveaux que le titulaire n'offre pas et pour lesquels existe une demande potentielle de la part des consommateurs.

50. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si tel est le cas dans l'affaire au principal.

Sur la deuxième condition, relative au caractère injustifié du refus

51. Quant à cette condition, dont l'interprétation n'a pas fait l'objet d'observations spécifiques, il incombe à la juridiction de renvoi d'examiner, le cas échéant, au vu des éléments qui lui sont soumis, si le refus opposé à la demande de licence d'utilisation est justifié ou non par des considérations objectives.

52. Dès lors, il convient de répondre à la première question que le refus, opposé par une entreprise qui détient une position dominante et qui est titulaire d'un droit de propriété intellectuelle sur une structure modulaire indispensable pour la présentation de données sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques dans un État membre, d'octroyer une licence pour l'utili-

sation de cette structure à une autre entreprise, qui souhaite également fournir de telles données dans le même État membre, constitue un abus de position dominante au sens de l'article 82 CE dès lors que les conditions suivantes sont réunies :

- l'entreprise qui a demandé la licence a l'intention d'offrir, sur le marché de la fourniture des données en cause, des produits ou des services nouveaux que le titulaire du droit de propriété intellectuelle n'offre pas et pour lesquels il existe une demande potentielle de la part des consommateurs ;
- le refus n'est pas justifié par des considérations objectives ;
- le refus est de nature à réserver au titulaire du droit de propriété intellectuelle le marché de la fourniture des données sur les ventes de produits pharmaceutiques dans l'État membre concerné, en excluant toute concurrence sur celui-ci.

La Cour,

Statuant sur les questions à elle soumises par le Landgericht Frankfurt am Main, par ordonnance du 12 juillet 2001, dit pour droit :

1) Aux fins de l'examen du caractère éventuellement abusif du refus d'une entreprise en position dominante d'octroyer une licence d'utilisation sur une structure modulaire protégée par un droit de propriété intellectuelle dont elle est titulaire, le degré de participation des utilisateurs au développement de ladite structure et l'effort, notamment en termes de coûts, que les utilisateurs potentiels devraient fournir pour pouvoir acheter des études sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques présentées sur la base d'une structure alternative sont des éléments qui doivent être pris en considération pour déterminer si la structure protégée est indispensable pour la commercialisation d'études de cette nature.

2) Le refus, opposé par une entreprise qui détient une position dominante et qui est titulaire d'un droit de propriété intellectuelle

sur une structure modulaire indispensable pour la présentation de données sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques dans un État membre, d'octroyer une licence pour l'utilisation de cette structure à une autre entreprise, qui souhaite également fournir de telles données dans le même État membre, constitue un abus de position dominante au sens de l'article 82 CE dès lors que les conditions suivantes sont réunies :

- l'entreprise qui a demandé la licence a l'intention d'offrir, sur le marché de la fourniture des données en cause, des

produits ou des services nouveaux que le titulaire du droit de propriété intellectuelle n'offre pas et pour lesquels il existe une demande potentielle de la part des consommateurs ;

- le refus n'est pas justifié par des considérations objectives ;
- le refus est de nature à réserver à l'entreprise titulaire du droit de propriété intellectuelle le marché de la fourniture des données sur les ventes de produits pharmaceutiques dans l'État membre concerné, en excluant toute concurrence sur celui-ci.

Note d'observations

IMS Health : dernier développement de la C.J.C.E. relatif au refus de licence en droit de propriété intellectuelle

1. Introduction

Le droit de la propriété intellectuelle confère aux titulaires de droits la prérogative exclusive d'exploiter leur produit intellectuel, les récompensant ainsi de leurs efforts, encourageant également de ce fait les investissements dans ce domaine. Cette protection est considérée comme étant de nature monopolistique en raison de l'exclusivité qu'elle octroie aux titulaires de droits. La position ainsi conférée aux titulaires de droits peut tomber sous l'emprise du droit européen de la concurrence régi par le Traité des Communautés européennes (ci-après, « TCE »)².

Malgré la grande quantité de directives adoptées au niveau européen dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle, cette matière n'est pas complètement harmonisée d'un point de vue communautaire. Dès lors, il appartient aux législations nationales

d'établir les conditions d'existence des droits de propriété intellectuelle. La Cour de justice des Communautés européennes (ci-après, « C.J.C.E. ») a ainsi affirmé dans l'affaire *Consten et Grundig*³ que l'existence des droits de propriété intellectuelle relevait exclusivement de la compétence des États membres, et dès lors, le droit communautaire ne peut s'y appliquer⁴.

La Commission européenne et la C.J.C.E., l'une à travers ses lignes directrices et ses décisions et l'autre par la voie de sa jurisprudence, veillent à établir l'équilibre entre le droit européen de la concurrence, d'une part, et, de l'autre, le droit de la propriété intellectuelle, discipline encore largement nationale au-delà de la transposition des directives y relatives, mais où les États membres doivent cependant tenir compte des objectifs visés par l'Union européenne.

2. Voy. articles 81 et 82 TCE.

3. C.J.C.E., 13 juillet 1966, *Consten et Grundig c. Commission*, 56 et 58/64, *Rec.*, p. 429.

4. Voy. articles 30 et 295 TCE.

Dans cet article, nous proposons de faire l'examen de la jurisprudence de la C.J.C.E. en matière de refus de licence de la part du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle. Dans un premier temps, nous rappellerons la jurisprudence antérieure à l'affaire *IMS Health*⁵. Dans un second temps, nous passerons à l'analyse de cette dernière.

2. Jurisprudence antérieure de la C.J.C.E.

Dans un premier temps, la C.J.C.E. a examiné le rapport entre le droit européen de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle en appliquant la doctrine de l'existence et l'exercice des droits intellectuels. Cette doctrine affirme que l'existence d'un droit de propriété intellectuelle reconnu par la législation nationale d'un État membre ne sera en aucun cas remise en question par le droit européen de la concurrence ; par contre, son exercice pourra l'être.

Ainsi, la C.J.C.E. a jugé que le fait d'être titulaire d'un droit de propriété intellectuelle n'implique pas forcément que ce titulaire soit en position dominante⁶. Étant donné que l'existence d'un droit de propriété intellectuelle ne contrevient pas avec le droit communautaire, il convient de déterminer sous quelles conditions l'exercice d'un tel droit est susceptible d'être limité par les principes du droit européen de la concurrence. La règle générale est que l'exercice normal d'un tel droit n'est pas contraire au droit euro-

péen de la concurrence, de même qu'il n'implique pas une position dominante de la part du titulaire. Ainsi, la C.J.C.E. a déclaré dans l'affaire *Volvo*⁷ que le refus d'octroyer une licence ne constitue pas comme tel un abus de position dominante. Toutefois, le droit communautaire sera d'application si le commerce entre États membres est affecté⁸ ou si la concurrence dans la Communauté européenne est restreinte⁹ ainsi que l'a confirmé la C.J.C.E. dans l'arrêt *Parke Davis*¹⁰.

Dans le cadre de cette doctrine de l'existence et de l'exercice, la C.J.C.E. a également développé le test de l'objet spécifique. Ce dernier déterminera les circonstances sous lesquelles l'exercice de chaque droit de propriété intellectuelle sera conforme au droit communautaire¹¹. Ainsi, il vient établir les limites que l'exercice de ce type de droit ne doit pas dépasser. En ce qui concerne le droit d'auteur, la C.J.C.E. a par exemple clairement reconnu que les droits exclusifs de reproduction et de communication au public ainsi que celui de distribution tombaient sous l'objet spécifique de ce droit de propriété intellectuelle¹². Dans la mesure où l'exercice du droit d'auteur va au-delà de cet objet spécifique, le droit communautaire sera d'application audit exercice.

Actuellement la C.J.C.E. se tourne davantage vers une analyse du refus de licence en appliquant la doctrine des infrastructures essentielles (*essential facilities doctrine*) et les célèbres circonstan-

5. C.J.C.E., 29 avril 2004 (*IMS Health GmbH et Co. OHG c. NDC Health GmbH et Co. KG*), 418/01. Non encore publié dans le recueil C.J.C.E.
6. C.J.C.E., 8 juin 1971, (*Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c. Metro-SB-Großmärkte GmbH et Co. K.G.*), 78/70, Rec., p. 487, attendu 16.
7. C.J.C.E., 5 octobre 1988, *AB Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd.*, 238/87, Rec., p. 6211.
8. Voy. articles 28 et 30 TCE.
9. Voy. articles 81 et 82 TCE.
10. C.J.C.E., 29 février 1968, *Parke, Davis et Co. c. Probel, Reese, Beintema-Interpharm et Centrafarm*, 24/67, Rec., p. 81.
11. V. KORAH, *Cases & Materials on EC Competition Law*, Hart Publishing, Oxford, 1998, p. 367.
12. C.J.C.E., 17 mai 1988, *Warner Brothers Inc. c. Erik Viuff Christiansen*, 158/86, Rec., p. 2605. Voy. A. REINDL, « The magic of Magill : TV program guides as a limit of copyright law ? », *IIC*, vol. 24, n° 1/1993, p. 68.

ces exceptionnelles qui y furent associées en matière de droit de la propriété intellectuelle (apparues pour la première fois dans l'affaire *Magill*). Bien que certains se félicitent de l'adoption du test de circonstances exceptionnelles¹³ par la C.J.C.E., nous aurons l'occasion de remarquer que son application n'est pas beaucoup plus claire que celle de la doctrine de l'existence et l'exercice des droits de propriété intellectuelle.

Selon la doctrine des infrastructures essentielles, une entreprise qui détient une position dominante dans la fourniture des infrastructures qui sont essentielles pour la fourniture de biens ou de services sur un autre marché, abuse de sa position dominante si elle refuse l'accès à ses infrastructures sans justification objective. Cette doctrine trouve son origine aux États-Unis où, à l'occasion de l'affaire *MCI Communications c. AT&T* en 1983, le tribunal américain compétent a donné une série de conditions sous lesquelles la doctrine pourrait être invoquée : 1) la détention de l'infrastructure essentielle par un monopoliste ; 2) l'impossibilité de dupliquer l'infrastructure essentielle ; 3) le refus d'accès à l'infrastructure essentielle demandé par un concurrent ; 4) la mise à disposition de l'infrastructure et 5) l'inexistence de raison commerciale légitime qui justifie ledit refus¹⁴. L'infrastructure essentielle peut prendre la forme d'un produit ou d'un service. Cette doctrine s'étend actuellement au

droit européen de la concurrence, spécialement au domaine des télécommunications¹⁵. Cependant, tandis que le droit des États-Unis vise la protection de la concurrence en interdisant l'acquisition ou le maintien d'un pouvoir monopolistique par une entreprise, le droit européen de la concurrence réglemente les actes des entreprises en position dominante¹⁶.

Au niveau européen, cette doctrine a été examinée à l'occasion de l'affaire *Bronner* par l'avocat général¹⁷. Ce dernier a rappelé que, pour la Commission européenne, le refus d'accès à une infrastructure essentielle à lui seul¹⁸ peut être abusif en application de l'article 82 TCE et a mis l'accent sur l'attention particulière que méritent les produits ou les services qui requièrent un investissement substantiel tels que ceux protégés par un droit de propriété intellectuelle¹⁹.

Les conditions d'application de la doctrine des infrastructures essentielles avaient déjà été invoquées par la Commission européenne et la C.J.C.E. dans de nombreuses affaires portant sur le refus de licence par une entreprise dominante. Cependant, ni la Commission européenne ni la C.J.C.E. n'ont jamais cité une telle doctrine dans leurs décisions ou jugements. Dans l'affaire *Commercial Solvents*²⁰, la C.J.C.E. a qualifié d'abusif, en application de l'article 82 TCE, le refus d'une entreprise dominante de fournir des matières

13. D. FITZGERALD, « *Magill revisited* », *E.I.P.R.*, 1998, issue 4, p. 160.

14. Mention dans les conclusions de l'avocat général M. Jacobs dans l'affaire *Bronner* présentées le 28 mai 1998, § 47. Voy. également E. SHEEHAN, « *Unilateral refusals to deal and the role of the essential facility doctrine. A US/EC comparative analysis* », *World Competition*, 1999, p. 75.

15. E. SHEEHAN, *op. cit.*, p. 71.

16. Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Bronner* présentées le 28 mai 1998, § 46.

17. C.J.C.E., 26 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH et Co. KG c. Mediaprint*, 7/97, *Rec.*, p. 7791.

18. D'autres facteurs peuvent cependant entrer en compte, tels que la commission d'une discrimination contre un concurrent indépendant ou le fait de cesser de livrer à des clients existants. Conclusions de l'avocat général M. Jacobs dans l'affaire *Bronner* présentées le 28 mai 1998, 50.

19. Par rapport aux produits ou services, protégés par de droits de propriété intellectuelle, il faut garder l'équilibre entre d'un côté, la libre concurrence et d'un autre côté, la promotion de la recherche et du développement. Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Bronner* présentées le 28 mai 1998, § 62.

20. C.J.C.E., 6 mars 1974, *Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corp. c. Commission*, 6 et 7/73, *Rec.*, p. 223.

premières à un client, dans le but de se réserver le marché de produits dérivés. Ladite entreprise dominante étendait en effet ainsi sa position dominante du marché en amont (de matières premières) au marché en aval (de produits dérivés). Pareillement, dans son arrêt *United Brands*²¹ la C.J.C.E. a confirmé qu'une entreprise dominante dans la production de bananes, UBC, qui arrête de fournir un distributeur danois parce que ce dernier, lors d'un désaccord avec UBC, a commencé la promotion des bananes d'un distributeur concurrent en prêtant moins d'attention à UBC, abuse de sa position dominante. Dans une autre affaire, *Télémarketing*,²² la C.J.C.E. a affirmé que « constitue un abus au sens de l'article 86 le fait, pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché donné, de se réserver ou de réserver à une entreprise appartenant au même groupe, et sans nécessité objective, une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par une tierce entreprise dans le cadre des activités de celle-ci sur un marché voisin, mais distinct, au risque d'éliminer toute concurrence de la part de cette entreprise ».

Néanmoins, dans ces affaires, le refus de licence n'avait pas trait aux droits de propriété intellectuelle. Il faudra attendre les affaires *Volvo*²³ et *Renault*²⁴ pour que la C.J.C.E. se prononce sur le refus de licence de la part du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle.

Dans la suite de cette étude, nous nous pencherons davantage sur l'examen du refus de licence du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle à la lu-

mière des affaires *Volvo*, *Renault*, *Maggill*, *Ladbroke* et *Bronner*²⁵.

2.1. Les affaires Volvo et Renault

Dans les affaires *Volvo* et *Renault*, les titulaires de dessins industriels sur des pièces de rechange avaient refusé d'octroyer des licences, empêchant des réparateurs indépendants de pouvoir les reproduire et les commercialiser. À cet égard, la C.J.C.E. s'est prononcée en faveur des titulaires de droits de propriété intellectuelle : « la faculté pour le titulaire d'un modèle protégé d'empêcher des tiers de fabriquer et de vendre ou d'importer, sans son consentement, des produits incorporant le modèle constitue la substance même de son droit exclusif. Il en résulte qu'une obligation imposée au titulaire du modèle protégé d'accorder à des tiers, même en contrepartie de redevances raisonnables, une licence pour la fourniture de produits incorporant le modèle aboutirait à priver ce titulaire de la substance de son droit exclusif, et que le refus d'accorder une pareille licence ne saurait constituer en lui-même un abus de position dominante. »²⁶ La C.J.C.E. a sans aucun doute confirmé que le refus de licence en tant que tel tombait sous le champ des prérogatives du titulaire de droit de propriété intellectuelle. Cependant, elle a ensuite nuancé cette affirmation en citant trois circonstances où l'exercice de ce type de droit se verrait limité, à savoir lorsque le titulaire du dessin industriel refuserait arbitrairement de livrer ses pièces aux réparateurs indépendants, lorsqu'il fixerait des prix inéquitablement ou quand il déciderait

21. C.J.C.E., 14 février 1978, *United Brands Co. et United Brands Continentaal BV c. Commission*, 27/76, Rec., p. 207.
22. C.J.C.E., 3 octobre 1985, *Centre belge d'études de marché s.a. – télémarketing (CBEM) c. Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) s.a. et Information publicité Benelux (IPB) s.a.*, 311/84, Rec., p. 3261.
23. C.J.C.E., 5 octobre 1988, *AB Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd.*, 238/87, Rec. p. 6211.
24. C.J.C.E., 5 octobre 1988, *CICRA et Maxicar c. Renault*, 53/87, Rec., p. 6039.
25. Dans l'affaire *Bronner*, le service en question était protégé par un droit de propriété autre qu'intellectuel. Cependant, ce jugement revêt d'importance pour la doctrine des infrastructures essentielles.
26. C.J.C.E., 5 octobre 1988, *AB Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd.*, 238/87, Rec., p. 6211, attendu 9 et C.J.C.E., 5 octobre 1988, *CICRA et Maxicar c. Renault*, 53/87, Rec., p. 6039, attendus 15 et 16.

de ne plus fabriquer ses pièces alors que des voitures circulaient encore avec ces pièces, à condition que le commerce entre États membres s'en voie affecté. Il n'était pas nécessaire que la C.J.C.E. mentionne la fixation de prix inévitables, cette conduite abusive étant déjà prévue dans l'article 82 (a) TCE²⁷. La deuxième de ces situations a déjà été traitée par la C.J.C.E. dans d'autres affaires portant sur des droits de propriété intellectuelle. Dans l'affaire *Parke Davis*, la C.J.C.E. a affirmé que le prix de vente du produit protégé pouvait être retenu comme élément d'appréciation d'une éventuelle exploitation abusive. Dans son jugement *Deutsche Grammophon*²⁸, la C.J.C.E. a énoncé dans son attendu 19 que la différence de prix entre le produit protégé et le produit réimporté d'un autre État membre ne constituerait pas un abus en tant que tel, mais qu'il pourrait jouer conjointement avec l'absence de justification objective comme critère d'appréciation d'un abus.

2.2. L'affaire Magill²⁹

Magill, une compagnie d'éditions, veut créer un guide de télévision général hebdomadaire en Irlande et en Irlande du Nord. L'information qui sert de base pour l'élaboration de ce guide est protégée par un droit d'auteur³⁰, détenu par trois chaînes de télévision qui

produisent chacune séparément leurs guides hebdomadaires relatifs à leurs propres programmes. Magill commence à publier son guide général, jusqu'à ce que les trois chaînes de télévision, en vertu de leur droit d'auteur sur les programmes, l'empêchent de poursuivre pareille activité et engagent une procédure judiciaire pour infraction du droit d'auteur³¹.

Magill introduit un recours contre les trois chaînes de télévision devant la Commission européenne, basé sur la violation de l'article 86 (nouvel article 82) TCE. La Commission européenne constata cette violation, faisant découler le caractère abusif du comportement des chaînes du préjudice causé aux consommateurs par l'inexistence d'un tel guide hebdomadaire général³². Elle conclut en disant que même si les trois chaînes sont libres d'intervenir ou non sur le marché de guides hebdomadaires généraux, elles restreignent la concurrence par leur politique de refus de licences et causent un préjudice aux consommateurs. Elle ajoutera que le fait que les trois chaînes bénéficient d'un droit d'auteur ne justifie pas leur comportement car il sort de l'objet spécifique du droit d'auteur³³. Les trois chaînes de télévision introduisent un recours devant le Tribunal de première instance (ci-après, « T.P.I. »³⁴). Celui-ci, en suivant le raisonnement de la Commission européenne, conclura dans le

27. Selon l'article 82 (a), il y a abus d'une entreprise en position dominante si elle « impose de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ».

28. C.J.C.E., 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c. Metro-SB-Großmärkte GmbH et Co. KG.*, 78/70, Rec., p. 487.

29. C.J.C.E., 6 avril 1995, *RTE et ITP Ltd. c. Commission*, 241 et 242/91, Rec., p. 743.

30. Ce droit d'auteur sur les programmes d'émissions de télévision est reconnu par le Copyright Act anglais de 1956.

31. Les trois chaînes de télévision n'ont pas empêché que leurs programmes de télévision soient publiés par d'autres guides vendus en dehors d'Irlande et d'Irlande du Nord, même si les textes de ces publications étrangères pouvaient violer le droit d'auteur de trois chaînes. Décision 89/205/CEE du 21 décembre 1988 relative à une procédure au titre de l'article 86 du Traité CEE (IV/31.851, *Magill TV Guide/ITP, BBC et RTE*), J.O.U.E. L 78 du 21 mars 1989, pp. 43 à 51, point 15, § 2.

32. Décision 89/205/CEE du 21 décembre 1988 relative à une procédure au titre de l'article 86 du Traité CEE (IV/31.851, *Magill TV Guide/ITP, BBC et RTE*), J.O.U.E. L 78 du 21 mars 1989, pp. 43 à 51, point 23, §§ 2 et 5.

33. Décision 89/205/CEE du 21 décembre 1988 relative à une procédure au titre de l'article 86 du Traité CEE (IV/31.851, *Magill TV Guide/ITP, BBC et RTE*), J.O.U.E. L 78 du 21 mars 1989, pp. 43 à 51, point 23, § 14.

34. T.P.I., 10 juillet 1991, *RTE c. Commission*, 69/89, Rec., p. 485 et T.P.I., 10 juillet 1991, *ITP Ltd. c. Commission*, 76/89, Rec., p. 575.

même sens. Les trois chaînes font dès lors appel devant la C.J.C.E.

Pour sa part, la C.J.C.E., au contraire du Tribunal de première instance³⁵ et de l'avocat général³⁶, n'a pas recouru au test de l'objet spécifique. Elle a adopté une approche basée sur trois circonstances exceptionnelles où le refus de licence venant du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle serait abusif :

- le refus d'octroi de la licence empêche l'apparition d'un produit nouveau, alors qu'il n'y a pas de substituts et qu'une demande potentielle existe sur le marché ;
- le refus n'est pas objectivement justifié et
- le refus permet au titulaire du droit de propriété intellectuelle de se réserver un deuxième marché (en aval) en excluant toute concurrence.

La C.J.C.E. a trouvé que la situation de trois chaînes correspondait à ces circonstances et dès lors, elle leur a imposé une licence obligatoire sur leurs grilles de programmes en faveur de M. Magill.

Ce jugement créa la surprise, malgré l'absence de revirement jurisprudentiel par rapport à son jugement Volvo³⁷. En effet, même si la C.J.C.E. avait affirmé le principe selon lequel le refus de licence ne tombait pas comme tel sous l'empire de l'article 82, elle avait déjà signalé une série de circonstances dans lesquelles l'exercice d'un

droit de propriété intellectuelle pourrait être considéré comme abusif et se voir limité par l'obligation d'octroi d'une licence. Cependant, la théorie de circonstances exceptionnelles avancée par la C.J.C.E. n'est pas très claire. On pourrait même penser que cette absence de clarté est volontaire : en effet, la C.J.C.E. semble s'être rendue compte que son approche dans le jugement Volvo, qui consistait à décrire précisément ces circonstances, pourrait s'avérer trop limitative³⁸.

La question que s'est naturellement posée la doctrine est celle de l'application cumulative de ces trois conditions. La C.J.C.E. n'a pas précisé si sa nouvelle condition de produit nouveau³⁹ suffisait à elle seule pour qualifier d'abusif un refus de licence ou s'il s'agissait au contraire d'appliquer les trois conditions cumulativement. La formulation de la C.J.C.E. n'est pas claire à cet égard. Dans son attendu 54, elle déclare que l'entrave à l'apparition d'un nouveau produit, au préjudice des consommateurs, est un comportement abusif selon l'article 82 (b) TCE. Dès lors, nous pourrions estimer que cette condition suffit pour qualifier le comportement d'abusif. Mais, ensuite, dans son attendu 57, elle énonce qu'« étant donné l'ensemble de ces circonstances, le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en qualifiant le comportement des requérants d'abus de position dominante au sens de l'article 86 du Traité. » Vu cette affirmation, l'énumération semble dès lors devoir être appréhendée comme étant cumulative. Dans l'affaire *IMS Health*,⁴⁰

35. T.P.I., 10 juillet 1991, *RTE c. Commission*, 69/89, Rec., p. 485, attendu 70 : « Il est constant que la protection de l'objet spécifique du droit d'auteur confère, en principe, à son titulaire, le droit de se réserver l'exclusivité de la reproduction de l'œuvre protégée. » ; et T.P.I., 10 juillet 1991, *ITP Ltd. c. Commission*, 76/89, Rec., p. 575.

36. Conclusions de l'avocat général M. Claus Gulmann dans l'affaire *Magill* présentées le 1^{er} juin 1994, §§ 33 à 37.

37. Le refus de licence du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ne tombera pas en tant que tel sous l'article 82 TCE.

38. Dans ce sens, voy. T.C. VINJE, « The final word on Magill », *E.I.P.R.*, 1995, issue 6, p. 301.

39. Cette condition de produit nouveau est absente dans la doctrine des infrastructures essentielles, tandis que les deux autres en font partie.

40. C.J.C.E., 29 avril 2004, *IMS Health GmbH et Co. OHG c. NDC Health GmbH et Co. KG*, 418/01. Non encore publié dans le recueil C.J.C.E.

elle confirmera le caractère cumulatif de ces conditions ⁴¹.

La condition de produit nouveau s'avère dès lors toujours nécessaire afin de conclure au caractère abusif d'un refus de licence. Dans l'exposé de cette condition, la C.J.C.E. parle de l'entrave à l'apparition d'un produit nouveau, que les trois chaînes de télévision n'offraient pas et pour lequel il existait une demande de la part des consommateurs ⁴².

La C.J.C.E. n'a pas défini le terme « produit nouveau », ne tenant pas non plus compte des critères suggérés par l'avocat général. Ce dernier estimait qu'un produit serait nouveau dans la mesure où il n'existe pas sur le marché. Mais cela ne suffit pas pour obliger le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle d'octroyer une licence. L'avocat général a proposé comme critères d'identification d'un produit nouveau l'absence d'offre du produit par l'entreprise en position dominante ou le degré de concurrence entre le produit de cette entreprise et le produit nouveau ⁴³. Alors que la Commission européenne minimise l'importance de ce deuxième critère, il nous semble que l'avocat général l'évoque de façon opportune. En effet, si le produit que le concurrent compte créer vient faire concurrence au produit commercialisé par le titulaire du droit de propriété intellectuelle, le conflit surgit ⁴⁴. Dans cette dernière hypothèse, dans quelle mesure doit-on forcer

le titulaire de droit de propriété intellectuelle à renoncer à son droit ? Dans la stricte mesure où seraient en jeu les intérêts des consommateurs ? La C.J.C.E. indique dans ce sens que le refus serait abusif même si le produit nouveau est concurrent du produit du titulaire du droit de propriété intellectuelle.

Certains auteurs estiment que le droit d'auteur permet à son titulaire d'empêcher qu'un tiers puisse reproduire son œuvre afin de créer un produit concurrent ⁴⁵.

Bien que la C.J.C.E. n'ait pas fait référence expressément à la doctrine des infrastructures essentielles, certaines de ses affirmations renvoient à cette dernière. Elle fait en effet allusion au caractère indispensable de l'information protégée par le droit d'auteur détenu par les trois chaînes de télévision, qui en refusant l'accès à cette information, se sont réservé un marché dérivé ⁴⁶. Elle se réfère également à cette doctrine quand elle parle de l'inexistence de substituts dans la condition de produit nouveau.

Dans le cas d'espèce, l'intérêt des consommateurs, qui est un des objectifs principaux du droit européen de la concurrence ⁴⁷, a prévalu sur les droits de propriété intellectuelle. C'est en tout cas ce que la C.J.C.E. semble vouloir démontrer. Néanmoins, la doctrine insiste sur le fait que d'autres arguments doivent s'ajouter à celui de la protection de consommateurs. Selon certains

41. C.J.C.E., 29 avril 2004, *IMS Health GmbH et Co. OHG c. NDC Health GmbH et Co. KG*, 418/01. Non encore publié dans le recueil C.J.C.E., attendu 38. Contrairement, la Commission européenne a affirmé dans sa décision de mesures provisoires contre IMS Health que la C.J.C.E. avait confirmé dans son jugement *Magill* que l'entrave à l'apparition d'un produit nouveau est une condition suffisante pour qualifier d'abusif le refus de licence de la part du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle. Voy. décision 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), J.O.U.E. L 59 du 28 février 2002, pp. 18 à 49, point 67.

42. C.J.C.E., 6 avril 1995, *RTE et ITP Ltd. c. Commission*, 241 et 242/91, *Rec.*, p. 743, attendu 54.

43. Conclusions de l'avocat général M. Claus Gulmann dans l'affaire *Magill* présentées le 1^{er} juin 1994, § 93.

44. Conclusions de l'avocat général M. Claus Gulmann dans l'affaire *Magill* présentées le 1^{er} juin 1994, § 97.

45. A. REINDL, *op. cit.*, p. 75.

46. C.J.C.E., 6 avril 1995, *RTE et ITP Ltd. c. Commission*, 241 et 242/91, *Rec.*, p. 743, attendus 53 et 56.

47. R. JOUET, *Monopolisation and abuse of dominant position. A comparative study of the American and European approaches to the control of economic power*, Collection scientifique de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 1970, p. 247.

auteurs, *Magill* s'explique par le faible degré d'originalité des programmes de télévision qui n'étaient pas protégés par le droit d'auteur dans d'autres pays de l'Union européenne⁴⁸. Pour d'autres auteurs, il est également concevable que la Commission européenne et le T.P.I. aient condamné le comportement des trois chaînes de télévision en fonction de la doctrine des infrastructures essentielles. Les grilles de programmes représentaient une infrastructure essentielle qui ne pouvait être dupliquée par l'effet du droit d'auteur⁴⁹.

Nous sommes d'avis que la protection des consommateurs a bien été le but principal de la C.J.C.E. dans son jugement. La C.J.C.E., tout comme l'avocat général, ont effectivement cerné le problème en comparant la satisfaction des consommateurs irlandais et anglais à celle des consommateurs des autres États membres. Il est évident que ces derniers étaient plus satisfaits par l'existence de guides hebdomadaires généraux. Au nom du droit européen de la concurrence, ni la Commission européenne, ni le T.P.I. ni la C.J.C.E. ne pouvaient accepter pareil comportement, à ce point irrespectueux de l'intérêt collectif, des trois chaînes de télévision.

2.3. L'affaire *Ladbroke*

La condition de produit nouveau sera encore appliquée par le T.P.I. à l'occasion de l'affaire *Ladbroke*⁵⁰. Les sociétés françaises de paris, Pari Mutuel Urbain français (ci-après, « P.M.U. ») et Pari Mutuel International (ci-après, « P.M.I. ») avaient refusé à *Ladbroke*, une société belge de paris, une licence

sur le droit d'auteur protégeant les sons et les images de courses hippiques françaises. Par contre, cette licence avait été accordée dans d'autres États membres. *Ladbroke* introduit un recours devant la Commission européenne en arguant la violation des articles 85 et 86 (nouveaux articles 81 et 82) TCE, recours se fondant sur la jurisprudence *Magill*.

La Commission européenne n'a cependant pas trouvé que ces articles étaient violés en l'espèce. Au contraire, elle constate la position dominante dont *Ladbroke* jouissait sur le marché des paris belges, l'inexistence d'une entrave à l'apparition d'un produit nouveau et le caractère non essentiel de la transmission télévisée de courses hippiques dans le cadre de l'activité de *bookmakers*. *Ladbroke* a demandé au T.P.I. de se prononcer sur cette décision de la Commission européenne sur la base de l'article 176 (nouvel article 230) TCE.

Le T.P.I. a trouvé que les circonstances exceptionnelles de l'affaire *Magill* n'étaient pas présentes dans le cas d'espèce⁵¹. En effet, l'apparition d'un produit nouveau n'était pas empêchée et, de surcroît, P.M.U. et P.M.I. n'avaient pas empêché à *Ladbroke* de s'installer sur le marché⁵². Le Tribunal a dès lors confirmé les arguments présentés par la Commission européenne. Le Tribunal confirma que *Ladbroke* avait une position dominante sur le marché de paris belge⁵³, mais que la transmission télévisée des courses hippiques n'était pas un service essentiel à l'activité de *bookmakers* en raison de son aspect complémentaire et du fait qu'elle n'était effec-

48. A. JONES et B. SUFRIN, *EC Competition Law. Texts, cases and materials*, Oxford University Press, 2001, p. 404. Voy. également T.P.I., 10 juillet 1991, RTE c. Commission, 69/89, Rec., p. 485, attendu 59.

49. A. REINDL, *op. cit.*, p. 79.

50. T.P.I., 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke* s.a. c. Commission, 504/93, Rec., p. 923.

51. Dans ce sens, voy. V. KORAH, « The *Ladbroke* Saga », E.C.L.R., 1998, issue 3, p. 173. Voy. également l'attendu 130 de l'arrêt *Ladbroke* précité.

52. T.P.I., 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke* s.a. c. Commission, 504/93, Rec., p. 923, attendu 121.

53. T.P.I., 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke* s.a. c. Commission, 504/93, Rec., p. 923, attendu 130.

tuée qu'après l'engagement des paris⁵⁴.

Le T.P.I. a précisé pour sa part, que le refus serait abusif, non seulement s'il empêchait l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il y a une demande de la part des consommateurs, mais également si le produit ou service avait un caractère indispensable, découlant de l'absence de substitut. D'après le Tribunal, l'application de la condition de produit nouveau et du caractère essentiel de ce produit serait alternative⁵⁵. Par conséquent, il y aurait comportement abusif soit si le produit a un caractère indispensable en raison de l'absence de substitut, soit parce que l'apparition d'un nouveau produit est entravée, malgré la demande potentielle des consommateurs⁵⁶. Alors que la C.J.C.E. dans son jugement *Magill* avait fait référence au caractère indispensable de l'information comme produit, d'une manière très sommaire⁵⁷, le T.P.I. transforma ce caractère essentiel en une autre condition alternative.

2.4. L'affaire Bronner⁵⁸

Dans cette affaire, la C.J.C.E. reprendra les principes de la doctrine des infrastructures essentielles, mais sans la mentionner expressément⁵⁹. Dans le cas d'espèce, M. Bronner s'est vu refuser l'accès de son journal au système national de distribution des journaux à

domicile mis en œuvre par Mediaprint sur le marché autrichien, alors qu'un autre journal avait obtenu cet accès. Bronner a porté plainte devant un tribunal autrichien pour abus de position dominante sur la base de la jurisprudence *Magill* et de la doctrine des infrastructures essentielles. Le tribunal autrichien a saisi la C.J.C.E. sur la qualification du refus d'accès d'une entreprise dominante à son système de portage de journaux à domicile d'abusif et de la soumission dudit accès à des conditions déraisonnables.

La C.J.C.E. a répondu que le refus de Mediaprint n'était pas abusif. Premièrement, l'infrastructure de Mediaprint n'éliminait pas toute concurrence sur un marché dérivé. Deuxièmement, Bronner disposait d'autres moyens alternatifs de distribution, tels que les kiosques, les magasins ou le courrier postal, même si ces moyens n'étaient pas si avantageux que le réseau de Mediaprint⁶⁰. Troisièmement, il n'existait pas de contraintes légales, techniques ou réglementaires empêchant que d'autres éditeurs de quotidiens seuls ou en collaboration avec d'autres éditeurs mettent en fonctionnement un réseau de distribution⁶¹.

Par conséquent, les trois conditions pour considérer le refus de licence comme abusif sont :

- l'élimination de toute concurrence sur le marché où le demandeur du bien ou du service

54. T.P.I., 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke s.a. c. Commission*, 504/93, Rec., p. 923, attendu 132.

55. Dans ce sens, E. DERCLAYE, « 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 ? », *Les Cahiers de la propriété intellectuelle*, 2002, vol. 15, n° 1, p. 32.

56. T.P.I., 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke s.a. c. Commission*, 504/93, Rec., p. 923, attendu 131.

57. T.P.I., 10 juillet 1991, *RTE c. Commission*, 69/89, Rec., p. 485, attendu 56.

58. C.J.C.E., 26 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH et Co. KG c. Mediaprint*, 7/97, Rec., p. 7791.

59. Dans ce sens, E. SHEEHAN, *op. cit.*, p. 86.

60. La duplication de l'infrastructure essentielle ne sera jamais impossible, néanmoins, cette question devra être analysée sous l'empire de considérations économiques. M.-A. BERGMAN, « The Bronner case - A turning point for the essential facilities doctrine ? », *E.C.L.R.*, 2000, issue 2, pp. 60 et 61.

61. La C.J.C.E. a considéré comme facteur déterminant, pour qualifier un bien ou un service d'indispensable, que la création d'un système alternatif de répartition de journaux avec le même tirage que le système de distribution existant ne soit pas économiquement rentable. C.J.C.E., 26 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH et Co. KG c. Mediaprint*, 7/97, Rec., p. 7791, attendus 44, 45 et 46. Voy. M.-A. BERGMAN, *op. cit.*, p. 61.

indispensable veut s'installer (marché en aval) ;

- l'inexistence de justification objective, et
- le caractère essentiel du service ou du bien dû à l'inexistence de substituts réels ou potentiels.

Si l'on regarde les trois conditions avancées par la C.J.C.E., l'on voit que la condition de produit nouveau n'est plus présente. Nous considérons que pour mieux comprendre le raisonnement de la C.J.C.E., il faut tenir dûment compte de l'attendu 41 de son jugement : « dès lors, à supposer même que cette jurisprudence relative à l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle soit applicable à l'exercice d'un droit de propriété quel qu'il soit, encore faudrait-il, pour que l'arrêt *Magill*, puisse être utilement invoqué pour conclure à l'existence d'un abus au sens de l'article 86 du Traité dans une situation telle que celle qui fait l'objet de la première question préjudicielle, non seulement que le refus du service que constitue le portage à domicile soit de nature à éliminer toute concurrence sur le marché des quotidiens de la part du demandeur du service et ne puisse être objectivement justifié, mais également que le service en lui-même soit indispensable à l'exercice de l'activité de celui-ci, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel audit système de portage à domicile »⁶².

D'après cette affirmation de la C.J.C.E., l'on dirait qu'elle pencherait plutôt pour l'adoption de deux régimes différents selon que le bien ou le service est protégé par un droit de propriété intellectuelle ou par un autre droit de pro-

priété. L'on pourrait dès lors déduire de la jurisprudence communautaire analysée jusqu'ici que les circonstances exceptionnelles seraient applicables aux hypothèses où un droit de propriété intellectuelle est en jeu ; alors que la doctrine des infrastructures essentielles le serait aux autres droits de propriété. La théorie de circonstances exceptionnelles et la doctrine des infrastructures essentielles sont-elles si différentes ? Si l'on compare leurs conditions, l'on constate que la seule condition manquante dans la doctrine des infrastructures essentielles est celle du produit nouveau. Cette question sera abordée dans l'étude de l'affaire *IMS Health*.

Nous estimons que c'est à juste titre que la C.J.C.E. n'a pas tenu compte du fait que les moyens alternatifs au service de *Mediaprint* étaient moins avantageux. En effet, nous ne croyons pas que cet aspect puisse jouer comme critère pour obliger une entreprise à donner accès à son bien ou son service représentant une infrastructure essentielle. Toutes les entreprises ne peuvent pas avoir le même pouvoir de concurrence sur le marché. Les petites entreprises comme *Bronner* seront un peu plus limitées en ressources financières et humaines que d'autres entreprises telles que *Mediaprint*. Si le droit européen de la concurrence accreditait ce type de raisonnement, les entreprises investiraient de moins en moins et, du coup, la concurrence et l'innovation seraient réduites sur le marché intérieur. La raison d'être du droit européen de la concurrence n'est pas de défendre toutes les entreprises sur le marché intérieur, mais de maintenir une concurrence forte et saine au profit des consommateurs⁶³.

62. C.J.C.E., 26 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH et Co. KG c. Mediaprint*, 7/97, *Rec.*, p. 7791, attendu 41.

63. Conclusions de l'avocat général M. Jacobs dans l'affaire *Bronner* présentées le 28 mai 1998, § 58.

3. L'affaire IMS Health

3.1. Les faits

IMS Health est une entreprise qui s'occupe de l'élaboration d'études sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques en Allemagne. Dans le but d'élaborer ces études, elle a conçu une structure à 1860 modules, correspondant à la division du territoire allemand en ce même nombre de parcelles. La dite structure est considérée comme étant une base de données et bénéficie, à ce titre de la protection par le droit d'auteur allemand.

Ces études sont très utiles pour les compagnies pharmaceutiques, dans la mesure où elles leur permettent de développer leurs marchés et leurs stratégies de ventes ainsi que d'améliorer leurs relations avec leurs agents de ventes. Ces études se basent sur les données fournies par les grossistes des compagnies pharmaceutiques. Ces informations sont incluses dans un « module » qui est défini en fonction de codes postaux, de groupes des médecins et des patients, (...) et qui varie d'une compagnie fournisseur à une autre. Ainsi, les données sur les ventes seront connues, mais pas les données à caractère privé. Chacun des « modules » intègre trois pharmacies au minimum, conformément aux prescrits de la loi allemande relative à la protection de données privées.

Cette structure de modules a été développée par IMS Health en collaboration avec un groupe de représentants des compagnies pharmaceutiques clientes qui participèrent à la définition des paramètres des modules en fonction de leur connaissance du secteur pharmaceutique régional. Dès lors, la

structure à 1860 modules est devenue un standard de facto pour l'industrie pharmaceutique allemande.

NDC est une entreprise qui acheta Pll, une entreprise créée par un ancien gérant d'IMS Health. Azyx est une entreprise également active sur le marché de données de ventes pharmaceutiques régionales. NDC et Azyx essayèrent en vain de s'installer sur ce marché à travers l'utilisation de plusieurs structures (les 3000 modules, par exemple). Étant donné leur mauvais accueil de la part des compagnies pharmaceutiques allemandes, NDC et Azyx décidèrent finalement de créer des structures dérivées de la structure à 1860 modules d'IMS Health.

3.2. La décision de la Commission européenne ⁶⁴

La procédure de contrefaçon de droit d'auteur lancée par IMS Health contre NDC étant pendante devant le Landgericht Frankfurt am Main (Tribunal de Grande instance de Francfort), NDC a demandé à IMS Health une licence afin qu'elle puisse utiliser sa structure à 1860 modules. Vu le refus de cette dernière, NDC porta plainte contre IMS Health devant la Commission européenne en violation de l'article 82 TCE et elle lui demanda d'arrêter des mesures provisoires.

Le 3 juillet 2001, la Commission européenne a adopté des mesures provisoires contre IMS Health, l'enjoignant d'octroyer à tout fournisseur de données sur les ventes régionales en Allemagne, une licence d'utilisation de sa structure à 1860 modules.

64. Décision 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), J.O.U.E. L 59 du 28 février 2002, pp. 18 à 49.

3.2.1. Marché pertinent

Le marché relevant est apprécié en fonction du marché de produits et du marché géographique où l'entreprise opère.

Dans l'affaire *IMS Health*, la Commission européenne a établi que le marché de produit était celui des services de données sur les ventes régionales en Allemagne. Le marché de produit se constitue d'un panel qui englobe les produits susceptibles d'être interchangeables en raison de leurs prix et de leurs caractéristiques⁶⁵. Dans la mesure où ces données portent sur la vente de médicaments au niveau régional et national d'un seul État membre, elles ne peuvent pas être substituées par les données d'un autre État membre.

En ce qui concerne le marché géographique, la Commission européenne a confirmé qu'il s'agissait de l'Allemagne. Le fait que la position dominante ne s'étende que sur le marché d'un État membre de l'Union européenne, n'empêche pas que cette position puisse être qualifiée comme telle. D'autant plus, l'Allemagne représente le premier et principal État membre de fabrication et distribution de produits pharmaceutiques et de fourniture de données concernant le secteur pharmaceutique.

3.2.2. Position dominante

La C.J.C.E. a défini le concept de position dominante dans *Hoffmann-La Roche*⁶⁶ comme « la position de pouvoir économique dont bénéficie une entreprise, à travers laquelle, elle restreint

la concurrence d'autant qu'elle lui permet de maintenir cette situation sans tenir compte d'autres concurrents et des consommateurs ».

La Commission européenne a constaté qu'*IMS Health* avait un quasi-monopole, étant donné qu'elle avait plus de la moitié du marché⁶⁷. Elle a également considéré le marché allemand comme étant suffisamment large et important dans le domaine de services de données sur les ventes régionales, pour le qualifier de partie substantielle du marché européen.

3.2.3. Abus

En général, la Commission européenne et la C.J.C.E. sont toutes les deux d'avis de considérer qu'une entreprise abusera de sa position dominante dans la mesure où elle porte préjudice aux fournisseurs, aux consommateurs ou aux autres entreprises concurrentes⁶⁸.

Dans le cas d'espèce, la Commission européenne a apprécié si la structure à 1860 modules d'*IMS Health* était essentielle, en d'autres termes, si les concurrents d'*IMS Health* avaient la possibilité de créer une autre structure pour s'installer sur le marché de données de ventes régionales en Allemagne.

Dans son analyse, la Commission européenne recourt au jugement de la C.J.C.E. dans l'affaire *Bronner*⁶⁹. À cet effet, elle évoque les trois conditions de cette affaire, à savoir, si le refus de licence élimine toute concurrence sur le

65. C.J.C.E., 14 février 1978, *United Brands Co. et United Brands Continentaal BV c. Commission*, 27/76, Rec., p. 207.

66. C.J.C.E., 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche et Co. AG c. Commission*, 85/76, Rec., p. 461, attendu 41.

67. C.J.C.E., 3 juillet 1991, *AKZO Chemie BV c. Commission*, 62/86, Rec., p. 3359. Dans son attendu 60, la C.J.C.E. a affirmé qu'il suffisait d'avoir la moitié du marché pour être en position dominante.

68. C.J.C.E., 21 février 1973, *Europemballage Corp. et Continental Can Company Inc. c. Commission*, 6/72, Rec., p. 215.

69. Dans ce sens, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 40.

marché où le demandeur du bien ou service indispensable prétend s'installer ; s'il n'existe pas de justification objective et si le service ou le bien est substantiel dans le sens où s'il n'existe pas de substituts réels ou potentiels.

La Commission européenne commence par la condition du caractère essentiel de la structure à 1860 modules. À cet égard, elle prend en considération deux grands facteurs : 1) la fonction de standard commun de cette structure pour tous les laboratoires pharmaceutiques et 2) la dépendance économique de ces laboratoires sur ladite structure. Ce second facteur est apprécié à partir de différents points de vue :

- a) La demande de données comparatives sur différentes années de la part de laboratoires pharmaceutiques. Le changement de la structure à 1860 modules impliquerait l'impossibilité de réaliser une telle comparaison.
- b) Le risque de rupture de la relation entre les agents de vente et les médecins qu'impliquerait l'utilisation d'une autre structure différente de celle à 1860 modules. En effet, le succès des ventes de médicaments dépend de la prescription des médecins.
- c) La conclusion de contrats de travail par les agents de ventes avec les laboratoires pharmaceutiques en fonction d'un territoire de ventes déterminé qui se représente par un ensemble de modules. Si l'on changeait la structure à 1860 modules, il faudrait modifier ces contrats.
- d) Les coûts d'adaptation que les laboratoires pharmaceutiques devraient payer pour que leurs

logiciels soient compatibles avec une autre structure que celle à 1860 modules.

Comme la C.J.C.E. avait déjà procédé dans l'affaire *Bronner*, la Commission européenne a étudié l'existence de contraintes légales, techniques ou d'une autre nature susceptibles de rendre difficile la création d'une autre structure. Dans le cas d'espèce, la Commission européenne conclut que, même si l'information était accessible au public comme IMS Health l'affirme, il existe une série de contraintes dont les concurrents doivent tenir compte au moment de créer une structure modulaire, telles que l'utilisation de codes postaux ou la protection de données privées sous l'empire de la loi allemande adoptée dans le domaine ⁷⁰.

La Commission européenne n'a pas appliqué la jurisprudence *Magill*, alors que la structure à 1860 modules est protégée par un droit de propriété intellectuelle. Elle a par contre appliqué la doctrine des infrastructures essentielles pour qualifier d'abusif le refus d'IMS Health, étant donné que la condition de produit nouveau de la jurisprudence *Magill* n'était pas satisfaite. Si la Commission européenne avait suivi la jurisprudence communautaire en matière de propriété intellectuelle, elle n'aurait pas pu considérer le refus d'IMS Health comme abusif. Cette position sera ultérieurement critiquée par le T.P.I.

Par rapport à l'absence de justification objective du refus et à l'élimination de toute concurrence sur le marché, la Commission européenne confirme qu'elles sont toutes les deux satisfaites, mais elle n'approfondit pas son analyse.

70. Décision 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), J.O.U.E. L 59 du 28 février 2002, pp. 18 à 49, points 127 à 142.

3.2.4. Influence sur les échanges entre États membres

La Commission européenne a trouvé que la condition prévue à l'article 82 TCE selon laquelle les échanges entre États membres devraient être affectés était satisfaite. Peu importe s'il s'agit d'un ou plusieurs États membres, dès lors qu'il y ait des conséquences négatives sur la concurrence au sein du marché commun (*United Brands*). Bien que le marché géographique dans l'affaire *IMS Health* ne concerne qu'un État membre, l'importance de l'utilisation des services de données sur les ventes régionales en Allemagne fait que le marché commun en est affecté. Par exemple, si on décide d'élaborer un rapport européen concernant le secteur pharmaceutique, on sera obligé d'utiliser le système à 1860 modules. Dans le cas contraire, l'Allemagne devrait être supprimée dudit rapport.

La Commission européenne est finalement arrivée à la conclusion selon laquelle la structure d'*IMS Health* jouit d'un caractère indispensable, et que cette entreprise a abusé de sa position dominante. Dans sa décision, la Commission européenne a dès lors, entre autres, obligé *IMS Health* à accorder une licence à *NDC* et à ses autres concurrents en échange d'une rémunération.

IMS Health a réagi contre cette décision de la Commission européenne, en introduisant un recours devant le T.P.I.

3.3. Ordonnances du Tribunal de première instance

Le président du T.P.I. a rendu deux ordonnances, le 10 août et le 26 octobre 2001.

Dans l'ordonnance du 10 août 2001, le Tribunal a rappelé brièvement la jurisprudence *Magill* et a affirmé l'existence de différences entre les deux affaires⁷¹. À l'inverse de *Magill*, *NDC* offre des services d'information identiques à ceux d'*IMS Health*, à des clients identiques, sur un marché identique. La grande différence entre *Magill* et *IMS Health* consiste en l'inexistence de produit nouveau dans la deuxième affaire. Le Tribunal met l'accent sur l'affirmation de la Commission européenne concernant le caractère suffisant de la condition de produit nouveau présente en *Magill* pour juger abusif le refus du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle⁷². Néanmoins, dans le cadre de l'affaire *IMS Health*, au lieu d'évoquer une telle condition propre aux circonstances exceptionnelles applicables aux droits de propriété intellectuelle, la Commission européenne recourt à la doctrine des infrastructures essentielles et se base sur le caractère indispensable de la structure à 1860 modules d'*IMS Health* pour conclure qu'elle a abusé de sa position dominante⁷³. C'est la raison pour laquelle, le Tribunal estima que l'interprétation de la Commission européenne en ce qui concerne la jurisprudence *Magill* n'était pas juste.

Le président du Tribunal ordonna la suspension de la décision de la Commission européenne tant que la procé-

71. T.P.I., 10 août 2001, *IMS Health c. Commission*, 184/01, *Rec.*, p. 2351, point 24.

72. Décision 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*), *J.O.U.E.* L 59 du 28 février 2002, pp. 18 à 49, point 67.

73. Décision 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*), *J.O.U.E.* L 59 du 28 février 2002, pp. 18 à 49, point 184.

sure de recours devant le T.P.I. n'était pas complètement achevée.

Ainsi, le président du Tribunal se prononça définitivement le 26 octobre 2001. Dans cette ordonnance, le président cite la jurisprudence *Magill*⁷⁴. Le président rappelle, tel que la Commission européenne l'a soutenu, la similitude que présentent les grilles de programmes dans l'affaire *Magill* avec la structure modulaire d'IMS Health, en vertu de leur caractère indispensable à la fourniture d'un service distinct, et la position de la Commission européenne quant à l'application non cumulative des circonstances exceptionnelles évoquées par la C.J.C.E. dans l'arrêt *Magill*⁷⁵. Le président du Tribunal donne raison à l'argument d'IMS Health selon lequel la Commission européenne s'est écartée de la jurisprudence communautaire relative à l'application de l'article 82 TCE au refus de licence, en affirmant que le refus de licence serait abusif alors que NDC ne comptait pas créer un produit nouveau différent de celui commercialisé par IMS Health⁷⁶. Le raisonnement *a contrario* impliquerait que si le produit du concurrent est le même que celui du titulaire de droit de propriété intellectuelle, le refus de licence de ce dernier serait également abusif. Cette logique amènerait à vider les droits de propriété intellectuelle de leur contenu.

Le président du Tribunal a suspendu l'exécution de la décision de la Commission européenne. Elle a retiré sa décision le 13 août 2003⁷⁷.

3.4. Jugement de la Cour de justice des Communautés européennes

Le 29 avril 2004, la C.J.C.E. a rendu ses réponses aux questions préjudicielles posées par le Landgericht Frankfurt am Main (tribunal de grande instance de Francfort) dans le cadre de l'affaire opposant IMS Health à NDC.

Tandis que la Commission européenne se basait sur le jugement *Bronner* pour affirmer l'abus de position dominante d'IMS Health, la C.J.C.E. a recouru d'une part, à la doctrine de circonstances exceptionnelles qu'elle avait déjà évoquée dans son jugement *Magill*, et d'autre part, à la doctrine des infrastructures essentielles qu'elle avait appliquée dans l'affaire *Bronner*.

La première question préjudicielle porte sur le caractère abusif du refus de licence par le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle sur sa base de données à l'égard d'un concurrent qui prétend s'installer sur le même marché avec un produit non tributaire de cette base de données et qui est rejeté par les acheteurs. La C.J.C.E. répondra selon les circonstances exceptionnelles de *Magill*. Pour répondre aux deuxième et troisième questions préjudicielles, la C.J.C.E. recourra à la doctrine des infrastructures essentielles telle qu'elle l'avait analysée à la lumière de l'affaire *Bronner*. Les questions ont trait à l'application de l'intervention de groupes de représentants pharmaceutiques ainsi qu'aux coûts d'adaptation comme critères d'appréciation d'un comportement abusif sous l'empire de l'article 82 TCE.

74. T.P.I., 26 octobre 2001, *IMS Health c. Commission*, 184/01, *Rec.*, p. 3193, points 94 et s.

75. T.P.I., 26 octobre 2001, *IMS Health c. Commission*, 184/01, *Rec.*, p. 3193, points 84 et 100. Cette question a déjà été traitée dans la note n° 41. Voy. également, Décision 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), J.O.U.E. L 59 du 28 février 2002, pp. 18 à -49, point 67.

76. T.P.I., 26 octobre 2001, *IMS Health c. Commission*, 184/01, *Rec.*, p. 3193, point 101.

77. Décision 2003/741/CE du 13 août 2003, J.O.U.E. L 268 du 18 octobre 2003, pp. 69 à 72.

3.4.1. Produit nouveau

La C.J.C.E. perd une nouvelle occasion de clarifier le concept de produit nouveau. En suivant les conclusions de l'avocat général, elle ne l'a nuancé que de manière négative en tenant compte de l'objet spécifique du droit d'auteur. Elle a affirmé au considérant 49 de son jugement, que « le refus d'une entreprise en position dominante de donner accès à un produit protégé par un droit de propriété intellectuelle, alors que ce produit est indispensable pour agir sur un marché dérivé, ne peut être considéré comme abusif que dans le cas où l'entreprise qui a demandé la licence n'entend pas se limiter, en substance, à reproduire des produits ou des services qui sont déjà offerts sur le marché dérivé par le titulaire du droit de propriété intellectuelle, mais a l'intention d'offrir des produits ou des services nouveaux que le titulaire n'offre pas et pour lesquels existe une demande potentielle de la part des consommateurs ».

Dans l'affaire *Magill*, les guides de trois chaînes de télévision et de Magill étaient des produits très différents. En effet, Magill a reproduit les grilles de programmes de télévision et les a rassemblées de telle manière qu'il a créé un guide hebdomadaire complet. Par cette tâche de rassemblement, Magill a réussi à contribuer de manière originale aux guides préexistants de trois chaînes. Il a fait un apport personnel qui pourrait être protégé par le droit d'auteur. *A contrario*, si Magill avait élaboré son guide sur la base de grilles de programmes d'une de trois chaînes, son guide n'aurait pas été un produit nouveau. Dès lors, l'imposition d'une licence obligatoire à la chaîne de télévision détentrice de grilles n'aurait eu aucun sens. Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ne devrait pas être forcé à octroyer une licence à un

concurrent si ce dernier se limite à vouloir copier son produit pour le commercialiser. La liberté d'octroyer une licence fait partie des prérogatives de ce titulaire. Cependant, dans le mesure où l'exercice d'un tel avantage pourrait priver les consommateurs d'un produit dont ils ont besoin, l'intérêt individuel doit céder en faveur de l'intérêt général.

Dans l'affaire *IMS Health*, l'objet de protection du droit d'auteur est une structure modulaire qui est considérée comme étant une base de données. Ce type d'outil devient facilement un standard. Or, dans le cas d'espèce, la collaboration de laboratoires pharmaceutiques avec IMS Health dans le développement de cette base de données confirme cette fonction de standard pour le marché pharmaceutique allemand. C'est la raison pour laquelle les laboratoires pharmaceutiques allemands, en l'espèce les consommateurs, ne sont aucunement intéressés par des études basées sur une autre structure modulaire que celle à 1860 modules.

Par conséquent, il nous semble que la condition de produit nouveau est absente dans le cas d'espèce, malgré les affirmations de NDC selon lesquelles son produit sera meilleur car les clients pourront accéder en ligne à une quantité plus grande de données⁷⁸. Le produit que NDC veut élaborer ne présente en soi aucun apport par rapport aux études de ventes régionales commercialisées par IMS Health. Ainsi, NDC priverait IMS Health de son droit d'auteur si la Landgericht Frankfurt am Main (tribunal de grande instance de Francfort) lui donnait raison et décidait que l'apparition d'un produit nouveau est entravée. Dès lors que NDC se limite à reproduire la structure réalisée par IMS Health et que cette dernière commercialise déjà le produit basé sur cette struc-

78. Conclusions de l'avocat général M. Antonio Tizzano dans l'affaire *IMS Health* présentées le 2 octobre 2003, § 39.

ture qui répond à la demande des consommateurs, la condition de produit nouveau n'est pas satisfaite.

La C.J.C.E. paraît adopter l'approche des circonstances exceptionnelles pour l'appliquer à tout refus venant du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que l'affaire *IMS Health* se présente dans le cadre de questions préjudicielles. Seule une procédure sur le fond pourra confirmer l'adoption d'une telle approche par la C.J.C.E.

Nous sommes d'avis d'appliquer deux critères pour considérer qu'un produit est nouveau : 1) l'absence d'offre de ce produit nouveau par le titulaire du produit originaire malgré la demande de consommateurs et 2) la valeur ajoutée apportée par le produit nouveau. L'application de ces critères nous semble être cumulative. L'absence d'offre et la demande de consommateurs forment un seul critère étant donné que si le produit existait déjà, les consommateurs ne se plaindraient pas. C'est grâce à cette demande des consommateurs, que l'on sait qu'un produit n'existe pas sur le marché. Les deux critères mentionnés ci-dessus sont très liés car si le produit nouveau n'ajoutait rien à l'état de l'art, cela impliquerait qu'il s'agit d'une deuxième version d'un produit préexistant faisant déjà partie de cet état de l'art. La valeur que le produit nouveau vient apporter au profit de consommateurs est le point qui le distingue par rapport au produit préexistant et qui fait qu'il n'était pas déjà offert sur le marché. Mais la question qui se pose est celle de savoir quel devrait être le degré de différence entre les deux produits.

Contrairement à la position de la C.J.C.E., ni la Commission européenne ni l'avocat général n'ont appliqué la condition de produit nouveau⁷⁹. Tous les deux ont adopté l'approche de la doctrine des infrastructures essentielles pour analyser si la structure à 1860 modules revêtait un caractère essentiel.

La grande différence entre la doctrine des infrastructures essentielles et celle des circonstances exceptionnelles est précisément cette condition de produit nouveau. Nous pensons que ce que la C.J.C.E. désigne comme étant des circonstances exceptionnelles n'est en réalité qu'une application restrictive de la doctrine des infrastructures essentielles. D'après cette doctrine, le demandeur d'une infrastructure essentielle ne doit pas démontrer que son but est d'apporter quelque chose de neuf au produit commercialisé par l'entreprise détentrice de ladite infrastructure. Mais, il doit prouver qu'il ne peut pas dupliquer cette infrastructure et que sans y avoir accès, il ne peut pas s'installer sur le marché en aval où cette entreprise opère⁸⁰.

Cependant, ce demandeur ne doit pas tenir compte du fait qu'il crée un produit similaire à celui que l'entreprise détentrice de ladite infrastructure commercialise sur le marché en aval. Dans le cadre des circonstances exceptionnelles, la condition de produit nouveau force justement ce demandeur à respecter un critère supplémentaire, à savoir que le produit qu'il compte élaborer au travers de l'utilisation de l'infrastructure essentielle ne soit pas une simple copie du produit préexistant créé sur la base

79. Décision 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*), J.O.U.E. L 59 du 28 février 2002, pp. 18 à 49, point 184. L'omission de la condition de produit nouveau par l'avocat général est peut-être due à la non-allusion de circonstances exceptionnelles évoquées par la C.J.C.E. dans l'affaire *Magill*. Dans ce sens, voy. B. LEBRUN, « *IMS v. NDC : Advocate General Tizzano's Opinion.* », *E.I.P.R.*, 2004, issue 2, p. 86.

80. Bien entendu, si le demandeur veut élaborer un produit nouveau, la doctrine des infrastructures essentielles aura plus de sens à être appliquée. Voy. J. TEMPLE LANG, « *Defining legitimate competition : companies' duties to supply competitors and access to essential facilities* », *Fordham International Law Journal*, 1994, vol. 18, 437, p. 498.

de cette même infrastructure essentielle. Ainsi, le titulaire de l'infrastructure essentielle protégée par un droit de propriété intellectuelle pourra, en vertu de ce droit, empêcher que son concurrent utilise cette infrastructure dans le but de reproduire le produit que ce titulaire offre déjà sur un autre marché (en aval).

À notre sens, il est raisonnable que la C.J.C.E. adopte une nouvelle approche plus restrictive que la doctrine des infrastructures essentielles à l'égard de droits de propriété intellectuelle, étant donné la fonction culturelle et de récompense que ces droits remplissent. Si la Commission européenne et la C.J.C.E. s'étaient prononcées en faveur de l'adoption de la doctrine des infrastructures essentielles dans le domaine de droits de propriété intellectuelle, leurs titulaires pouvaient s'attendre au pire. Dans ce cas, les titulaires se verraient privés de la substance même de leurs droits par l'imposition d'une licence obligatoire en faveur de concurrents qui créeraient et commercialiseraient des produits similaires en leur faisant concurrence sur un même marché.

Cependant, la C.J.C.E. devrait encore mieux préciser en quoi consiste la condition de produit nouveau.

3.4.2. Inexistence de justification objective

La C.J.C.E. n'a pas vraiment étudié cette question. Déjà dans l'affaire *Maggill*, elle ne s'est pas prononcée à ce sujet, surtout étant donné que les trois chaînes de télévision avaient supposé que leur refus de licence appartenait à

l'objet spécifique du droit d'auteur et que, dès lors, elles n'avaient pas à justifier leur comportement⁸¹.

3.4.3. Exclusion de toute concurrence sur un marché dérivé

IMS Health avait argumenté à ce propos que, dans la jurisprudence communautaire en matière de refus de licence, pareil refus était abusif lorsque l'entreprise occupant une position dominante sur un marché de produit ou de services (marché en amont) niait l'accès à ceux-ci, de telle sorte qu'un tiers concurrent n'était pas en mesure d'élaborer un produit ou un service sur un marché en aval. Or, en l'espèce et selon IMS, on n'est en présence que d'un seul marché.

La C.J.C.E. a suivi l'avocat général dans l'identification de deux marchés. Le marché en amont a été identifié comme étant la structure à 1860 modules et le marché en aval comme celui de la vente d'études⁸². Au contraire de l'argument d'IMS Health, comme la C.J.C.E.⁸³ ainsi que l'avocat général⁸⁴ le présentent, il suffit qu'un marché en amont soit identifiable. Le marché en amont peut être même potentiel ou hypothétique, dans le sens où, par exemple, une entreprise en position dominante peut décider d'invoquer ses droits intellectuels protégeant son infrastructure essentielle qu'elle n'exploite pas, ni ne commercialise dans un marché en amont pour éliminer la concurrence sur le marché en aval où elle étend sa position dominante. L'avocat général énumère deux conditions où le marché en amont existera : 1) le produit

81. T.C. VINJE, *op. cit.*, p. 301.

82. C.J.C.E., 29 avril 2004, *IMS Health GmbH et Co. OHG c. NDC Health GmbH et Co. KG*, 418/01. Non encore publié dans le recueil C.J.C.E., attendus 44, 45 et 46. Conclusions de l'avocat général, M. Antonio Tizzano dans l'affaire *IMS Health* présentées le 2 octobre 2003, § 60.

83. C.J.C.E., 29 avril 2004, *IMS Health GmbH et Co. OHG c. NDC Health GmbH et Co. KG*, 418/01. Non encore publié dans le recueil C.J.C.E., attendu 44.

84. Conclusions de l'avocat général M. Antonio Tizzano dans l'affaire *IMS Health* présentées le 2 octobre 2003, §§ 57 à 59.

ou le service qui représente une infrastructure essentielle est de nature indispensable pour opérer sur un marché en aval et 2) il existe une demande d'entreprises intéressées à s'installer sur le marché en aval où le produit ou le service de l'entreprise dominante est indispensable.

La théorie du marché en amont hypothétique n'aura pas trop de sens par rapport aux droits de propriété intellectuelle. En effet, dans ce domaine, il y aura toujours un marché en amont et un marché en aval. Le titulaire pourra soit utiliser lui-même son produit, soit octroyer une licence exclusive ou non-exclusive sur son produit à un tiers. Néanmoins, il faut garder à l'esprit que la simple existence d'un marché en amont, ne remplit pas toutes les conditions des circonstances exceptionnelles. D'autres conditions doivent également être remplies.

Pour certains auteurs, dans le domaine des droits de propriété intellectuelle, il ne sera pas compliqué de démontrer que ces droits sont liés à des infrastructures essentielles pour lesquelles il existe un marché en amont potentiel⁸⁵.

Nous considérons que dans le litige au principal le marché en amont est constitué par l'octroi de licences sur la structure modulaire, plutôt que par la structure elle-même. Dans ce cas, le marché en amont correspondrait à une des prérogatives exclusives du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle. En effet, ce titulaire bénéficie de la liberté d'accorder une licence exclusive ou non-exclusive à un tiers ou de renoncer à le faire et exploiter son produit à lui

seul. Ainsi cette licence sur la structure modulaire devient un outil d'accès au marché d'études de ventes régionales. Dans la mesure où l'octroi de licence résulte de la titularité d'un droit de propriété intellectuelle, nous estimons que la C.J.C.E. devrait reconsidérer ce caractère indispensable de l'infrastructure essentielle quand elle est protégée par un droit de propriété intellectuelle.

Le premier critère renvoie au caractère indispensable de l'infrastructure essentielle. Cette question a trait à la difficulté pour un concurrent de s'installer sur un marché où il a besoin de cette infrastructure. Nous pensons que ce critère est intimement lié au deuxième critère dans le sens où une infrastructure revêtira un caractère essentiel, s'il existe une demande de la part d'un concurrent. Autrement, il serait impossible de reconnaître ce caractère essentiel. Ce n'est pas parce qu'une entreprise en position dominante détient un produit protégé par un droit de propriété intellectuelle, que l'on peut tout de suite le considérer comme étant une infrastructure essentielle. Or, la seule demande du concurrent ne lui permet pas d'utiliser cette infrastructure essentielle, s'il ne prouve pas qu'il n'a pas pu développer son produit ou son service par l'utilisation de moyens alternatifs (*Bronner*)⁸⁶. Mais, si les concurrents parviennent à élaborer leurs produits, comme NDC l'a fait, le caractère indispensable de l'infrastructure (la structure à 1860 modules) disparaît. Le deuxième critère de l'avocat général est en effet à interpréter dans ce sens.

La C.J.C.E. considère qu'une infrastructure indispensable représente un marché en amont. Mais le problème

85. Dans ce sens, voy. D.W. HULL et A. STROWEL, « Compulsory licensing of IP rights : the latest chapter in the IMS saga », *IP Europe*, January 2004, p. 26.

86. La demande spontanée d'un concurrent qui n'a pas à l'avance essayé de développer le produit ou le service lui-même, ne devrait pas justifier son comportement en faisant appel aux circonstances exceptionnelles ou à la doctrine des infrastructures essentielles. Cette attitude risquerait de mettre en péril l'optique de l'entreprise dominante qui a fait d'énormes investissements pour la mise en œuvre de son produit ou service.

surgit quand le produit que le concurrent veut élaborer est également commercialisé sur le même marché que celui du produit originaire et que cette commercialisation résulte de l'utilisation d'une infrastructure essentielle protégée par un droit de propriété intellectuelle. NDC va lancer sur le même marché qu'IMS Health un produit qui va faire concurrence au sien. Nous trouvons que sur ce point, il y a une différence majeure avec l'affaire *Magill*. Dans cette dernière, les trois chaînes de télévision n'offraient pas le produit que *Magill* voulait commercialiser. Cet argument a été soulevé par la C.J.C.E. dans son jugement. Cependant, dans le cas d'espèce, IMS Health offre déjà le produit que NDC essaye de créer sur la base de la structure à 1860 modules. Dans ce sens, nous estimons que le caractère indispensable de l'infrastructure ne devrait pas à lui seul jouer quand le concurrent ne vise qu'à profiter des investissements d'une entreprise dominante pour lancer son propre produit, lorsque cette infrastructure dite essentielle bénéficie d'un droit de propriété intellectuelle. Sans doute est-ce la raison pour laquelle la C.J.C.E. a introduit la notion de produit nouveau, notion dont nous avons vu les incertitudes.

3.4.4. Intervention de groupe de représentants pharmaceutiques et les coûts d'adaptation

Ces deux aspects peuvent-ils constituer des critères de qualification d'un refus abusif ?

D'après la C.J.C.E., le fait que les laboratoires pharmaceutiques, qui sont les clients de la structure à

1860 modules, aient participé à sa création et son développement, ainsi que leurs coûts de changement de structure doivent être considérés comme deux critères de qualification d'un comportement abusif⁸⁷. La C.J.C.E. se base sur l'arrêt *Bronner*, spécialement sur l'existence de substituts du bien ou du service considéré comme indispensable, même si ces substituts sont moins avantageux.

Existe-t-il vraiment des substituts à la structure à 1860 modules? La Commission européenne le nie clairement dans sa décision.

La C.J.C.E. semble même ajouter d'autres critères afin d'apprécier le caractère indispensable d'un bien ou d'un service. Ce lien de dépendance entre les clients d'une entreprise dominante et le produit ou le service qu'elle met sur le marché ne s'est jamais produit dans les cas de jurisprudence précédents présentés à la C.J.C.E. En effet, dans les affaires *Magill*, *Ladbroke* et *Bronner*, il existait bien une dépendance de la part de l'entreprise concurrente par rapport au titulaire de droits de propriété intellectuelle ; mais il n'y avait pas en tant que telle collaboration à la création et au développement ultérieur du produit ou du service, entre l'entreprise dominante et les consommateurs (laboratoires pharmaceutiques). Cependant, l'intensité de cette collaboration dans le litige au principal, entre IMS Health et les laboratoires pharmaceutiques n'est pas déterminée⁸⁸.

Étant donnée la relation de dépendance créée entre la structure à 1860 modules et les laboratoires pharmaceutiques, aucune autre structure mo-

87. C.J.C.E., 29 avril 2004, *IMS Health GmbH et Co. OHG c. NDC Health GmbH et Co. KG*, 418/01. Non encore publié dans le recueil C.J.C.E., attendus 28, 29 et 30.

88. Certains représentants de laboratoires pharmaceutiques font référence au travail fait d'une partie par IMS Health et d'autre partie, par eux-mêmes. Décision 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*), J.O.U.E. L 59 du 28 février 2002, pp. 18 à 49, points 79 à 80.

dulaire ne fonctionnera. Mais, par le seul fait que cette structure à 1860 modules convient aux laboratoires pharmaceutiques, IMS Health devrait-elle pour autant se voir obligée d'octroyer une licence à NDC ?

Dans le cas d'espèce, l'intérêt des laboratoires pharmaceutiques n'est pas en péril au point de justifier un sacrifice des droits d'auteur d'IMS Health. Le critère de demande spécifique des consommateurs, qui a toujours été présent dans les affaires précédentes de la C.J.C.E. en ce qui concerne le refus de licence, n'intervient pas dans cette affaire.

Les critères que la C.J.C.E. a adopté en suivant la Commission européenne et l'avocat général, sont de nature subjective⁸⁹. Ainsi, la C.J.C.E. tient compte des attentes des utilisateurs finaux pour se prononcer sur le caractère abusif d'un refus de licence. Cette solution ne nous semble pas la meilleure. Ce sont les entreprises qui doivent promouvoir la concurrence sur le marché par la création de biens ou de services qui satisfont les besoins et préférences de consommateurs. Dans la mesure où IMS Health a atteint cet objectif, il n'est pas cohérent de l'obliger à octroyer une licence sur sa structure à 1860 modules.

Reste à la Landgericht am Main Francfort (tribunal de grande instance de Francfort) de se prononcer sur toutes ces questions sur la base des réponses de la C.J.C.E.

4. Conclusions

Malgré les opportunités dont la C.J.C.E. a disposé dans les affaires qui ont suivi l'affaire *Magill*, elle n'a pas encore clairement défini la condition de

produit nouveau. Or, cette condition est devenue l'élément clé de ses circonstances exceptionnelles. En effet, en adoptant l'approche de la doctrine des infrastructures essentielles, la C.J.C.E. ajoute, s'agissant de la propriété intellectuelle, une condition supplémentaire au caractère indispensable de l'infrastructure essentielle. Ainsi, le produit ou service dont le concurrent a besoin ne doit pas seulement revêtir ce caractère indispensable pour s'installer sur un marché, mais il ne doit également pas servir à ce que le concurrent élabore un produit préexistant sur ce même marché. Cette condition de produit nouveau, qui n'est pas présente dans la doctrine des infrastructures essentielles, a pour conséquence l'application de deux régimes distincts : l'un pour la propriété intellectuelle et l'autre pour les propriétés d'une autre nature.

Si la doctrine des infrastructures essentielles au sens strict avait été adoptée dans le domaine des droits de la propriété intellectuelle, le titulaire de ces droits sur l'infrastructure essentielle serait obligé de fournir des licences sur son produit en raison de ce caractère indispensable. Dès lors, il serait placé sur un pied d'égalité avec son concurrent sur un même marché, alors qu'il est supposé détenir des droits exclusifs sur cette infrastructure et qu'il a réalisé l'entièreté des efforts et investissements nécessaires pour la mettre en œuvre. La condition de produit nouveau s'érige dès lors en garante du respect des droits intellectuels.

Cette position de la C.J.C.E. nous paraît tout à fait pertinente en raison de la nature de la propriété intellectuelle. Néanmoins, la C.J.C.E. devrait, dans le but d'offrir une certaine sécurité juridique, définir ou en tout cas, clarifier cette condition de produit nouveau.

89. Voy. E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 44.

La volonté d'ajouter deux autres critères d'appréciation d'un refus abusif par la C.J.C.E. nous paraît critiquable. La collaboration des laboratoires pharmaceutiques au développement de la structure modulaire et la standardisation de la base de données ne devraient pas, selon nous, influencer l'analyse de l'article 82 TCE. En effet,

il nous semble que la participation des laboratoires s'inscrit dans la stratégie de marché menée par IMS Health tel un investissement qui fut couronnée de succès. Ce fait nous semble dès lors totalement étranger à l'analyse d'un refus de licence, et ne peut pas selon nous constituer un indice du caractère abusif de ce dernier.