

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Les actifs essentiels protégés par un droit de propriété intellectuelle

Autenne, Alexia; Delnooz, François; Gouverneur, Marc

*Published in:*

Les actifs essentiels protégés par un droit de propriété intellectuelle

*Publication date:*  
2015

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

#### [Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Autenne, A, Delnooz, F & Gouverneur, M 2015, Les actifs essentiels protégés par un droit de propriété intellectuelle: la libre concurrence face au droit de propriété et à la liberté de contracter . dans *Les actifs essentiels protégés par un droit de propriété intellectuelle : la libre concurrence face au droit de propriété et à la liberté de contracter*. Bruylant, Bruxelles, pp. 123-144.

#### **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.

**LES ACTIFS ESSENTIELS PROTÉGÉS PAR UN DROIT  
DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : LA LIBRE  
CONCURRENCE FACE AU DROIT DE PROPRIÉTÉ ET  
À LA LIBERTÉ DE CONTRACTER**

PAR

ALEXIA AUTENNE

CHERCHEUR QUALIFIÉE DU FNRS, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE  
DE LOUVAIN ET À L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES-UMONS

FRANÇOIS DELNOOZ

ASSISTANT À L'UNIVERSITÉ DE NAMUR, À L'UNIVERSITÉ LIBRE  
DE BRUXELLES-UMONS CHERCHEUR AU CRIDS

MARC GOUVERNEUR

AVOCAT AUX BARREAUX DE MONS ET DE DINANT ET ASSISTANT CHARGÉ  
D'EXERCICES À L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES-UMONS

INTRODUCTION

Nonobstant les ambiguïtés qui pèsent sur sa consistance exacte, la liberté du commerce et de l'industrie est traditionnellement associée à la liberté d'entreprendre, d'une part, et à la libre concurrence, d'autre part (1). C'est cette seconde dimension qui constitue la toile de fond de notre contribution. Nous y analysons une doctrine qui fait se rencontrer le principe de libre concurrence avec le droit de propriété et la liberté de contracter :

---

(1) Ph. QUERTAINMONT, *Droit public économique – L'interventionnisme économique des pouvoirs publics*, Waterloo, Kluwer, 2007, p. 37. Voy. aussi G. CLAMOUR, « La "concurrence" dans la jurisprudence du conseil constitutionnel », accessible via <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes2/CLAMOUR.pdf>.

la théorie des « infrastructures essentielles » ou, selon l'expression anglophone consacrée « *essential facilities* ».

Le cas *Huawei* (2), actuellement pendant devant la Cour de justice de l'Union européenne, témoigne de l'acuité juridique de ce contentieux aux conséquences économiques importantes. En creux de ce conflit, que nous évoquerons ultérieurement, se trouve le problème financièrement majeur de l'accès à des données nécessaires pour la création d'infrastructures de télécommunication de quatrième génération dont l'impact sur le bien-être de la population est indiscutable.

Dans l'hypothèse où l'accès à des actifs essentiels est en jeu, quelle est la portée de la liberté de concurrence ? Celle-ci revêt-elle une portée particulière lorsque les actifs considérés comme essentiels sont protégés par un droit de propriété intellectuelle ? Dans quelle mesure l'exercice d'un droit de propriété (3) est-il borné par des libertés économiques ? La liberté d'accès à un marché demande-t-elle qu'un concurrent dominant soit limité dans sa liberté de contracter (4) ? Autant d'arbitrages sensibles auxquels renvoie la présente contribution.

Dans un premier temps, nous évoquerons le contenu de la théorie des infrastructures essentielles et son origine. Nous en identifierons les fondements juridiques et énoncerons quelques-uns de ses enjeux économiques.

Dans un deuxième temps, nous exposerons brièvement les critères d'application de la théorie des infrastructures essentielles tels que dégagés par la jurisprudence européenne. Notre propos sera centré sur la situation des actifs protégés par un droit de propriété

(2) C.J.U.E., aff. pendante, C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd c. ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH*, <http://www.curia.europa.eu>.

(3) Le droit de propriété a été historiquement considéré par la Cour de justice de Luxembourg comme un droit fondamental (voy. not. C.J.C.E., 30 juillet 1996, aff. C-84/95, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications et autres*, Rec., p. I-03953) voire même comme un principe général du droit de l'Union (voy. not. C.J.C.E., 28 avril 1998, aff. C-200/96, *Metronome Musik GmbH c. Music Point Hocamp GmbH*, Rec., p. 1971). Il est aujourd'hui consacré à l'art. 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'U.E. élevée au rang des Traités suite au Traité de Lisbonne.

(4) Liberté reconnue par la Cour de justice (voy. not. C.J.C.E., 16 janvier 1979, aff. C-151/78, *Sukkerfabriken NykØbing Lømleret*, Rec., p. 1, pt 20 ; C.J.C.E., 5 octobre 1999, C-240/97, *Espagne c. Commission*, Rec., p. I-6571, pt 99).

intellectuelle, hypothèse qui cristallise de manière particulièrement forte la tension entre droits et libertés fondamentaux.

Dans un troisième temps, nous reviendrons sur cette tension et nous nous interrogerons sur le point de savoir quels sont les concepts ou les variables déterminantes pour la résoudre. Nous verrons que, là où des infrastructures essentielles sont concernés, la liberté et l'égalité d'accès au marché se sont traduites par la consécration prétorienne d'un droit à l'accès. Si le fondement ultime de ce droit d'accès repose sur la liberté de concurrence, la teneur et l'ampleur de ce dernier tendent à s'adapter à l'actif concerné. Ainsi, quand sont en jeu des droits de propriété intellectuelle essentiels à une norme technologique, le principe de libre concurrence est conçu comme devant servir des finalités telles que l'incitation à innover ou la lutte contre la dépendance technologique.

## SECTION 1. LA THÉORIE DES INFRASTRUCTURES ESSENTIELLES : GÉNÉRALITÉS

On entend souvent parler de la théorie des « *essential facilities* », qualifiée tantôt de « théorie des infrastructures essentielles », tantôt de « doctrine des facilités essentielles ». Issue du droit de la concurrence économique, cette doctrine a des contours jurisprudentiels bien établis qui tiennent compte du type de « facilités » concerné. Dans le point qui suit, nous rappellerons quelques éléments de sa définition et de ses origines (§ 1<sup>er</sup>) ainsi que son fondement juridique (§ 2).

### § 1<sup>er</sup>. *Définition et origines*

« Lovée dans la prohibition générale des abus de position dominante »(5), la théorie des infrastructures essentielles(6) est la doctrine en vertu de laquelle une entreprise en situation de dominance sur un marché et contrôlant l'accès à une infrastructure ou à un actif « essentiel(le) », doit coopérer avec ses concurrents (effectifs ou potentiels) et leur offrir des droits d'accès dans des conditions non discriminatoires et équitables. Au nom d'un objectif de

(5) M.-A. FRISON-ROCHE, « Obligation de contracter : facilités essentielles », *Rev. contr.*, 2006, n° 2, p. 357.

(6) Parfois traduite moins heureusement « facilités essentielles ».

préservation de la concurrence économique, elle a pour conséquence l'imposition, de contraintes quant à l'exercice des droits de propriété et de la liberté contractuelle. Elle postule que, dans le domaine des infrastructures essentielles, la concurrence n'est réalisable que si les concurrents peuvent utiliser ces infrastructures, soit parce que cet usage leur permet de développer un marché en amont (stade de la production), soit parce qu'il est le seul moyen de pénétrer un marché en aval (stade de la distribution). La théorie des infrastructures essentielles est un outil juridique général permettant *ex post* de faire céder le propriétaire, par opposition aux solutions législatives *ex ante* qui imposent des droits d'accès contrôlés par le régulateur dans certains secteurs, comme l'énergie ou les télécommunications, par exemple.

La théorie des *essential facilities* est née dans le droit antitrust américain(7). Elle trouve sa source juridique dans une décision de la Cour Suprême du 22 avril 1912, *United States v. Terminal Railroad Ass'n*(8) : la haute juridiction y a estimé qu'un groupe ferroviaire contrôlant tous les ponts de chemin de fers et toutes les gares de triage dans et en dehors de Saint-Louis empêchait toute offre concurrente de services de transport dans et vers cette région dont l'accès doit être considéré comme étant d'utilité publique. Cette restriction d'accès a été jugée comme constituant une restriction illégale au commerce et une tentative de monopolisation. Dans cette affaire, la Cour n'a pas utilisé l'expression *essential facilities*, mais celle-ci le sera par les juridictions inférieures ayant appliqué les enseignements de *Terminal Railroad*.

Selon une approche doctrinale devenue classique en droit américain, trois critères indissociables président à l'usage de cette théorie(9) : (i) le caractère indispensable et incontournable de l'utilisation du bien ou du service pour un opérateur offreur d'un bien ou d'un service déterminé, (ii) l'impossibilité, voire l'extrême difficulté, de dupliquer le bien ou le service en cause, (iii) le contrôle fonctionnel exercé sur ce dernier par un monopoleur ou un groupe de partenaires

(7) Même si paradoxalement elle revêt depuis une portée beaucoup plus limitée aux États-Unis qu'en Europe.

(8) 224 U.S. 383 (1912).

(9) F. MARTY et J. PILLOT, « Intangibles, facilités essentielles et contentieux concurrentiels », *Working Paper n°2009-04 du GREDEG*, 2009, p. 4, accessible via

[http://www.researchgate.net/publication/228757098\\_Intangibles\\_facilits\\_essentiels\\_et\\_contentieux\\_concurrentiels/links/0912f50574413341ea000000](http://www.researchgate.net/publication/228757098_Intangibles_facilits_essentiels_et_contentieux_concurrentiels/links/0912f50574413341ea000000).

agissant comme le ferait un contrôleur unique. À cela, s'ajoute une condition économique supplémentaire: « pour qu'un accès à une ressource jugée comme essentielle puisse être forcé, il était indispensable de prouver que cette mesure soit impérative quant à la persistance d'un processus concurrentiel sur le marché en question, à savoir la conservation de firmes efficaces offrant aux consommateurs des biens et des services en quantité plus importantes à des prix toujours plus compétitifs » (10).

Si le droit antitrust est donc le lieu de naissance des « infrastructures essentielles », les autorités administratives et juridictionnelles américaines ont toujours refusé de donner à cette théorie une portée comparable à ce qui est de mise en droit européen. Le refus d'accès, de vente ou de licence n'y est prohibé que de manière tout à fait exceptionnelle. À la faveur d'arguments économiques, le conflit entre le droit de propriété et le principe de libre concurrence prend une orientation jurisprudentielle plus favorable au premier qu'au second, comme en attestent les critiques adressées par le *Department of Justice* à l'encontre de l'arrêt européen *Microsoft* (11) jugé par les autorités américaines comme étant un frein à l'innovation à long terme ainsi qu'à la concurrence elle-même (12). Selon l'analyse effectuée par deux auteurs ayant étudié la jurisprudence américaine en matière de propriété intellectuelle (13), violer des droits de propriété, fût-ce au nom de la libre concurrence, est générateur d'insécurité juridique et décourage les entreprises à investir dans l'innovation. L'utilité de la propriété est avant tout de permettre au propriétaire méritant de rentabiliser ses droits, ce qui favorise la créativité et la recherche. Dans la fameuse affaire *Trinko* (14), la Cour suprême a limité considérablement le contrôle du droit antitrust aux refus de vente et de licence. Historiquement hostile à l'idée qu'un détenteur de propriété intellectuelle puisse avoir une quelconque obligation d'octroyer une licence à un tiers au nom de la libre concurrence,

(10) *Ibid.*

(11) T.P.I.C.E., 17 septembre 2007, T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commission des Communautés européennes*, Rec., p. II-1491.

(12) Assistant Attorney General for Antitrust Thomas O. Barnett, Issues Statement on European Microsoft Decision, communiqué de presse disponible sur [www.justice.gov/atr/public/press\\_release/2007/226070.htm](http://www.justice.gov/atr/public/press_release/2007/226070.htm).

(13) F. MARTY et J. PILLOT, *op. cit.*, 2009, pp. 1-19.

(14) Voy. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004).

l'administration américaine (15) a sensiblement évolué ces dernières années. Celle-ci se montre concernée par la problématique épineuse des brevets essentiels, eu égard à leur aptitude à restreindre l'accès aux normes technologiques et à leur impact négatif sur l'innovation en aval. Mais, nonobstant ce léger revirement, aux États-Unis, le contrôle jurisprudentiel de l'accès à la propriété intellectuelle par le droit de la concurrence demeure notoirement moins guerrier que dans l'Union européenne.

## § 2. *Fondement juridique*

La théorie des infrastructures essentielles constitue une application particulière de l'article 102 T.F.U.E. Il résulte d'une jurisprudence européenne constante que la notion d'exploitation abusive d'une position dominante est objective et vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence (16).

L'approche de l'article 102 T.F.U.E. en termes d'infrastructures essentielles permet au juge, sur la base de l'examen cumulatif d'une série de critères (17), de forcer une entreprise dominante à concéder un accès à une infrastructure ou un actif essentiel (18). Ainsi, si un refus de contracter atteste d'un abus de position dominante, sa cessation consiste à proposer au demandeur un contrat lui permettant l'accès, l'autorité de la concurrence pouvant l'exiger. Un commentateur n'a pas hésité à dire, s'agissant des refus de licence, que l'application de la théorie des infrastructures essentielles aboutit à un résultat proche de celui de la licence légale, en

(15) U.S. Department of Justice and U.S. Patent & Trademark Office, Policy Statement on Remedies for Standard-Essential Patents Subject to Voluntary F/Rand Commitments, 8 July 2013, disponible sur [www.justice.gov/atr/public/guidelines/290994.pdf](http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/290994.pdf).

(16) Conclusions de l'avocat général devant C.J.U.E., aff. pendante, C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd c. ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH*, <http://www.curia.europa.eu>, pt 68.

(17) Voy. *infra*.

(18) Voy. aussi les pp. 275 et s. de J.-Fr. BELLIS, *Droit européen de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

ce qu'elle « constitue une voie de régulation de l'accès au détriment de la liberté de ne pas contracter » (19).

Celle-ci entraîne, en pratique, une forme de renversement de la charge de la preuve au bénéfice du demandeur de l'accès à l'infrastructure considérée (20). En effet, une fois que le demandeur aura réussi à faire qualifier un bien ou un service comme étant « essentiel », c'est à l'entreprise défenderesse d'établir qu'il existe des raisons objectives à son refus d'accès (21).

Certains auteurs se sont interrogés sur le point de savoir si la théorie des infrastructures essentielles possédait une autonomie conceptuelle en droit privé permettant d'envisager l'application de cette dernière dans des contentieux diversifiés. En l'état actuel de la jurisprudence, la réponse semble être négative: cette théorie est fondamentalement rattachée au droit de la concurrence économique et précisément à la prohibition générale des abus de position dominante (22). Elle est parfois invoquée dans des litiges de concurrence déloyale, mais le point d'appui ultime du juge des cessations est incontestablement, en droit européen, l'article 102 T.F.U.E. et en droit belge, l'article IV.2 du Code de droit économique.

## SECTION 2. LES INFRASTRUCTURES ESSENTIELLES ET LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : UN ENJEU MAJEUR

Après avoir évoqué les grands traits de la théorie des infrastructures essentielles, il y a lieu d'appliquer cette dernière aux droits intellectuels lesquels rendent compte, plus qu'ailleurs, de la tension qui existe entre la liberté de concurrence et les droits et libertés fondamentaux (23). En outre, les actifs immatériels ont acquis dans la société de

(19) M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, 2006, p. 357. Voy aussi, du même auteur, « L'interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits des marchés : perspective de régulation », in M.-A. FRISON-ROCHE et A. ABELLO (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris, L.G.D.J., 2005, pp. 15-26.

(20) E. VEGIS, « La théorie des facilités essentielles : genèse d'un fondement autonome visant des interdictions d'atteinte à la concurrence », *R.D.C.*, 1999, p. 21.

(21) Voy. *infra*.

(22) E. VEGIS, *op. cit.*, p. 21.

(23) E. DERCLAYE, « Abus de position dominante et droits de propriété intellectuelle dans la jurisprudence de la Communauté européenne: *LMS* survivra-t-elle au monstre du Dr Frankenstein? », *Cahiers prop. intel.*, vol. 15, n° 1, 2002, p. 25. Ce qui ne manque pas, certes, de susciter une certaine inquiétude : voy. not. C. MARÉCHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, Paris, Litec, 2009, pp. 430-447, spéc. pp. 445-447.

l'information une grande valeur, la propriété intellectuelle ayant été qualifiée en droit de la concurrence d'« enjeu du siècle »(24).

Ni le Tribunal ni la Cour de justice ne se réfèrent explicitement à la théorie des infrastructures essentielles pour confronter les droits intellectuels à la liberté de concurrence(25). L'application de la théorie n'en est pas moins certaine, au regard des critères qui ont été dégagés par la jurisprudence. Avant de synthétiser ceux-ci (§ 2), il convient de préciser en quoi, selon nous, la théorie des infrastructures essentielles renvoie au « mésusage » d'un droit de propriété intellectuelle (§ 1<sup>er</sup>).

### § 1<sup>er</sup>. *Le « mésusage » d'un droit intellectuel*

Monopoles juridiques et non forcément économiques(26), les droits conférés par la propriété intellectuelle participent de la régulation du marché au même titre que les règles qui interdisent les ententes ou les abus de position dominante. Il convient à cet égard de dépasser ou de « décrypter »(27) la vision traditionnelle qui oppose la propriété intellectuelle au droit de la concurrence et de souligner que si ces derniers œuvrent à la réalisation d'un même objectif – économique –, ils se distinguent par la nature – juridique – des pouvoirs qu'ils mobilisent. Le droit de la concurrence garantit une liberté civile, tandis que la propriété intellectuelle institue et protège un droit subjectif(28).

(24) G. FARJAT, « Observations sur la dynamique du droit de la concurrence », in G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 7.

(25) Les droits de propriété intellectuelle ayant, soit dit en passant, longtemps été tenus à l'écart de la libre concurrence, protégés par l'art. 222 du Traité de Rome : « Le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres ».

(26) Sur base de la distinction entre l'existence et l'exercice d'un droit, il a ainsi été jugé que la titularité en tant que telle d'un droit intellectuel n'est pas incompatible avec le droit de la concurrence (voy. C.J.C.E., 29 février 1968, aff. 24/67, *Parke, Davis and Co. c. Probel, Reese, Beintema-Interpharm et Centrafarm, Rec.*, p. 81 ; C.J.C.E., 15 juin 1976, aff. 51/75, *EMI Records Limited c. CBS United Kingdom Limited, Rec.*, p. 811). En effet, l'exclusivité n'empêche pas les concurrents de proposer des produits ou services substituables. C'est donc l'exercice du monopole juridique qui pourra, le cas échéant, se trouver corrigé par le droit de la concurrence.

(27) Selon l'expression de M. VIVANT, « Droit de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence : conflit de droits ou question de décryptage ? », in J. DREXL, R. M. HILTY, L. BOY, C. GODT et B. REMICHE (dir.), *Technologie et concurrence. Mélanges en l'honneur de Hanns Ulrich*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 651 et s. Voy. égal. en ce sens A. HEINEMANN, « Propriété intellectuelle et abus de position dominante en droit communautaire. Bilan et perspectives », [http://www.asas-concurrence.ch/pub/asas\\_04\\_005a.pub.pdf](http://www.asas-concurrence.ch/pub/asas_04_005a.pub.pdf), p. 3.

(28) Nous reprenons la distinction entre droit subjectif et liberté civile que suggère T. LÉONARD, « L'abus de la liberté de ne pas contracter : une application excessive de la théorie de l'abus de droit », note sous Cass., 7 octobre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, pp. 542-593. Voy. égal. la thèse de doctorat

Dans la jurisprudence européenne consacrée aux refus de licence d'un droit intellectuel, l'application de la théorie des infrastructures essentielles mobilise ainsi plusieurs catégories conceptuelles, en tant qu'elle vise la situation où une liberté – de concurrence – borne l'exercice d'une autre liberté civile – à savoir, le refus de licence –, mais aussi l'exercice d'un droit subjectif – de propriété intellectuelle (protégé par l'action en contrefaçon). Contrairement aux cas mettant en jeu des actifs matériels essentiels, les candidats licenciés évincés peuvent, en effet, toujours outrepasser l'autorisation qu'ils n'ont pas reçue en usant de l'information protégée par le droit intellectuel, déclenchant alors une action en contrefaçon par le titulaire du droit. Aussi, l'on se propose de reprendre le terme générique suggéré par Michel Vivant de « mésusage » d'un droit intellectuel (29) mettant concomitamment en jeu l'usage abusif d'un droit (de propriété intellectuelle) et d'une liberté (refus de licence).

## § 2. *Les critères d'application de la théorie des infrastructures essentielles en droit européen* (30)

L'approche en droit de la concurrence est, on le sait, viscéralement économique et c'est bien dans ce cadre que se décline la théorie des infrastructures essentielles dont les contours ultimes reposent sur des arbitrages en termes d'efficience, plutôt que sur de la casuistique juridique.

Dans la jurisprudence européenne, quatre affaires – parmi d'autres – retiennent l'attention en ce qui concerne la définition des critères d'application de la théorie des infrastructures essentielles. Il s'agit des décisions *Magill* (31), *Bronner* (32), *IMS Health* (33)

---

du même auteur, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005.

(29) M. VIVANT, *op. cit.*, p. 663.

(30) Notre exposé se limitera au droit européen de la concurrence dans la mesure où le droit belge s'en inspire très largement.

(31) C.J.C.E., 6 avril 1995, aff. jointes C-241/91 et C-242/91, *Radio Telefís Éireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission des Communautés européennes*, Rec., p. I-743, dit « arrêt *Magill* ».

(32) C.J.C.E., 26 novembre 1998, C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG et Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, Rec., p. I-7791, dit « arrêt *Bronner* ».

(33) C.J.C.E., 29 avril 2004, C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG*, Rec., p. I-5039, dit « arrêt *IMS Health* ».

et *Microsoft (I(34) et II(35))* dont nous présenterons synthétiquement les enseignements.

Ainsi, il ressort de la jurisprudence européenne que quatre conditions cumulatives(36) – qualifiées par la Cour de justice et le Tribunal de « circonstances exceptionnelles » – doivent être remplies pour pouvoir sanctionner, au titre de l'article 102 T.F.U.E., le refus par une (ou plusieurs) entreprise(s) en position dominante de donner accès à un actif (qui lui/leur appartient) protégé par un droit de propriété intellectuelle, et contraindre dès lors celle(s)-ci à concéder une licence à un tiers(37)(38) :

1. l'actif concerné doit être « indispensable » pour pouvoir exercer une activité sur un marché déterminé ;
2. le refus ne doit pas être justifié par des considérations objectives ;
3. le refus doit être de nature à éliminer toute concurrence sur un marché dérivé ;
4. l'entreprise à laquelle le refus est opposé doit avoir l'intention d'offrir 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.

Avant d'apporter quelques précisions relativement à ces quatre circonstances exceptionnelles (point b), il convient tout d'abord d'envisager brièvement ce qu'il y a lieu d'entendre par un « refus » d'accès (point a).

#### a) La notion de « refus »

Le fait pour une entreprise dominante d'opposer un « non » pur et simple à un concurrent qui sollicite l'accès à son bien (dans notre cas,

(34) T.P.I.C.E., 17 septembre 2007, T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commission des Communautés européennes*, <http://www.curia.europa.eu>, dit « arrêt *Microsoft I* ».

(35) T.U.E., 27 juin 2012, T-167/08, *Microsoft Corp. c. Commission européenne*, <http://www.curia.europa.eu>, dit « arrêt *Microsoft II* ».

(36) Voy. arrêt *IMS Health*, pt 38.

(37) Pour plus de détails, voy. not. C. MARÉCHAL, *op. cit.*, pp. 371 et s.

(38) Ne perdons toutefois pas de vue que la sanction de l'abus consistant à forcer l'entreprise dominante à partager son bien ne doit pas être disproportionnée, ce qui signifie qu'elle ne doit pas « dépasser les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché » (arrêt *Magill*, pt 93).

par le biais d'une demande de licence) constitue incontestablement un « refus ».

Que penser, toutefois, de comportements plus « détournés », moins explicites, aboutissant en pratique à un résultat comparable ?

Dans son document d'orientation de 2009 (39), la Commission européenne rappelle (40), à juste titre, qu'un « refus implicite » de la part d'une entreprise dominante est assimilable à un « refus effectif ». Tel est le cas, par exemple, des manœuvres dilatoires consistant à retarder indûment ou à perturber l'accès à l'infrastructure en cause.

Le document d'orientation considère également comme un refus implicite le fait d'imposer des conditions déraisonnables en contrepartie de l'accès ou de la fourniture, de même que la pratique dite de « compression de marges » (41). Toutefois, s'agissant de cette dernière, la position de la Commission a été contredite par la Cour de justice qui a jugé qu'un ciseau tarifaire constituait une « forme autonome d'abus différent du refus de fourniture » (42), impliquant qu'il n'est pas nécessaire pour le caractériser d'abusif que soient remplies les différentes conditions applicables en matière de refus d'accès à une infrastructure essentielle (43) (44).

Enfin, dans le domaine particulier de la propriété intellectuelle, un refus d'accès peut également se traduire par l'introduction d'une action en contrefaçon, seconde facette d'une même réalité, comme nous l'avons déjà dit.

(39) Communication de la Commission-Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *J.O. C.45*, 24 février 2009, p. 18, pt 79.

(40) Voy. Préc. : European Commission, DG Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, 19 décembre 2005, n° 225.

(41) Pt 80 : « Enfin, au lieu d'opposer un refus de fourniture, une entreprise dominante peut fixer, pour le produit vendu en amont, un prix qui, comparé à celui qu'elle pratique en aval, ne permet pas, même à un concurrent aussi efficace, d'exercer rentablement et durablement des activités sur le marché en aval ("compression des marges"). Dans les cas de compression des marges, le critère de référence sur lequel se fondera généralement la Commission pour déterminer les coûts supportés par un concurrent aussi efficace sera le CMLT de la division en aval de l'entreprise dominante intégrée ».

(42) C.J.U.E., 17 février 2011, aff. C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB, Rec.*, p. I-527, pt 56.

(43) Voy. arrêt *Konkurrensverket*, pts 54 à 59. Selon la Cour, il n'est même pas nécessaire que l'intrant soit qualifié d'« indispensable » (pt 72).

(44) Pour plus de détails, voy. N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien, 2013, pp. 363-366.

## b) Les circonstances exceptionnelles

### 1° Contenu des circonstances exceptionnelles

C'est un quatuor de « circonstances exceptionnelles » qui doit être rencontré afin d'appliquer la théorie des infrastructures essentielles en matière de propriété intellectuelle.

À titre de première circonstance exceptionnelle, il est exigé que le bien immatériel considéré, protégé par un droit intellectuel, soit « indispensable » ou « essentiel » (d'où l'expression d'« infrastructure essentielle ») pour exercer une activité sur un marché.

Il doit s'agir « [d'une] infrastructure dont la rareté, voire le caractère unique, en [fait un] point de passage obligé »(45).

Pour déterminer le caractère indispensable d'une ressource, la Cour de justice a, au cours de ses arrêts *Bronner* et *IMS Health*, développé un test « en deux temps »(46), lequel est rappelé par le Tribunal dans son arrêt *Microsoft* de 2007 (47).

Plus précisément, il convient, dans un premier temps, d'établir l'absence de tout *substitut réel* à la facilité litigieuse, ce qui implique de démontrer l'absence de toute *solution alternative existante*, même moins avantageuse.

À défaut de solution alternative existante, l'absence de *substitut potentiel* à la facilité en cause devra, dans un second temps, être établie. Pour ce faire, il conviendra de démontrer la présence d'obstacles techniques, réglementaires ou économiques de nature à rendre impossible, ou du moins déraisonnablement difficile, pour toute entreprise entendant opérer sur un marché déterminé de *créer*, éventuellement en collaboration avec d'autres opérateurs, une facilité alternative.

Cette seconde branche du test présente un caractère objectif. En effet, l'impossibilité ou l'extrême difficulté de la *création* d'une facilité alternative est appréciée, non dans le chef de l'entreprise demandant accès à l'infrastructure considérée comme indispensable

(45) L. BOY, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ? », *R.I.D.E.*, 2005, p. 40.

(46) Arrêt *Bronner*, pts 41 à 46 et arrêt *IMS Health*, pts 28 à 30.

(47) Pt 328.

à l'entrée sur un marché déterminé, mais dans le chef de toute entreprise entendant opérer sur ledit marché (48).

S'agissant des éventuels obstacles économiques, ceux-ci doivent être tels que la création de toute solution alternative apparaisse comme n'étant pas économiquement rentable pour une production à une échelle comparable à celle de l'entreprise détentrice de l'actif essentiel en cause, et non à celle de l'entreprise qui en sollicite l'accès (49).

En outre, le degré de participation des consommateurs au développement de l'infrastructure essentielle, de même que l'effort en termes de coûts qu'auraient à fournir ces derniers pour se tourner vers un autre agent économique ayant développé une facilité alternative, sont pris en considération pour déterminer le caractère indispensable de l'infrastructure (50).

Enfin, le document d'orientation de la Commission précise que « si l'entreprise dominante fournissait précédemment l'entreprise qui demande la fourniture et que cette dernière avait réalisé des investissements spécialement pour cette relation commerciale afin de pouvoir utiliser l'intrant refusé par la suite, cet intrant serait davantage susceptible d'être considéré comme indispensable par la Commission [que dans un cas de refus *de novo*] » (51).

S'agissant de la seconde circonstance exceptionnelle, celle-ci réside dans l'absence de justification objective au refus d'accès. Ce ne sera pas le cas si peuvent être invoquées des raisons légitimes telles que le risque, pour l'entreprise détentrice de l'infrastructure, d'enregistrer une augmentation substantielle de ses coûts par l'octroi de l'accès convoité, l'incapacité technique du demandeur de l'utiliser correctement ou encore l'insolvabilité manifeste de ce dernier (52).

Notons toutefois que « si le refus est inspiré par un motif anti-concurrentiel, le fait qu'il a[it] aussi un objectif légitime ne suffira

(48) En ce sens, voy. les conclusions de l'avocat général JACOBS précédant l'arrêt *Bronner*, pt 66.

(49) Arrêt *Bronner*, pts 45 et 46 et arrêt *LMS Health*, pt 28.

(50) Arrêt *LMS Health*, pt 30.

(51) Pt 84. Voy. égal. N. PETIT, *op. cit.*, p. 362, n° 1037.

(52) Le fait pour une entreprise détentrice d'une infrastructure essentielle de cesser d'en octroyer l'accès à un opérateur économique au motif que ce dernier a noué des liens avec un concurrent ne semble pas constituer une justification décisive (voy à ce sujet C.J.C.E., 14 février 1978, aff. C-27/76, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c. Commission des Communautés européennes*, Rec., p. 207).

pas nécessairement à le justifier »(53). De plus, toujours en ce qui concerne la rupture d'une relation précédemment établie, le document d'orientation de la Commission précise que « le fait que le propriétaire de l'intrant indispensable ait jugé par le passé qu'il était dans son intérêt de fournir cet intrant indique que cette fourniture ne risque pas de déboucher sur une rémunération insuffisante de l'investissement initial pour le propriétaire »(54). Et de conclure que, dans une telle hypothèse, « [i]l incomberait par conséquent à l'entreprise dominante de démontrer en quoi les circonstances ont réellement changé au point que la poursuite de sa relation de fourniture existante compromettrait sa rémunération adéquate »(55).

La troisième circonstance exceptionnelle qui doit être prouvée est l'exclusion de toute concurrence sur le marché dérivé que le refus de licence ou l'action en contrefaçon est de nature à engendrer (56).

Par cette condition, la Cour de justice exige, pour l'application de la théorie des *essential facilities*, l'identification de deux marchés distincts (57).

Le premier marché, situé en amont, sera constitué par l'infrastructure dont l'accès est sollicité. Selon la Cour, il est tout à fait concevable et suffisant que ce marché soit seulement potentiel, voire hypothétique, ce qui sera le cas lorsque l'infrastructure en cause ne fait pas l'objet d'une commercialisation séparée. Il importe uniquement, selon la Cour, que l'infrastructure soit « indispensable pour exercer une activité donnée et qu'il existe, pour [celle-ci], une demande effective de la part d'entreprises qui entendent exercer l'activité pour laquelle [elle est] indispensable »(58).

Le second marché, situé en aval, sera précisément celui sur lequel l'entreprise entend exercer l'activité pour laquelle l'infrastructure concernée s'avère indispensable, et c'est sur lui que devra peser le risque d'élimination de toute concurrence.

(53) Voy. M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, *Concurrence*, coll. « Commentaire J. Mégret », vol. 4, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1997, n° 558 et les références citées.

(54) Pt 84.

(55) *Ibid.*

(56) Voy. not. C.J.C.E., 6 mars 1974, aff. jointes C-6 et C-7-73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c. Commission des Communautés européennes*, Rec., p. 223, pt 25 ; arrêt *Magill*, pt 56 ; arrêt *Bronner*, pt 41 ; arrêt *IMS Health*, pt 38.

(57) Voy. arrêt *IMS Health*, pts 42 à 45.

(58) Voy. arrêt *IMS Health*, pt 44.

Dans son document d'orientation, la Commission indique qu'elle « considère que le refus d'une entreprise dominante de fournir un intrant indispensable est, en règle générale, susceptible d'éliminer, immédiatement ou à terme, toute concurrence effective sur le marché en aval » (59). Selon elle, « [c]ette probabilité est souvent d'autant plus grande que la part de marché que détient l'entreprise dominante sur le marché en aval est élevée, que les contraintes de capacité auxquelles elle est soumise par rapport à ses concurrents sur le marché en aval sont faibles, que la substituabilité entre ses produits et ceux de ses concurrents sur le marché en aval est étroite, que la proportion de concurrents affectés en aval est importante et que la probabilité que la demande qui pourrait être satisfaite par les concurrents évincés soit détournée au profit de l'entreprise dominante est élevée » (60).

Enfin, la quatrième circonstance exceptionnelle, spécifique à l'application de la théorie des infrastructures essentielles aux droits de propriété intellectuelle, consiste à démontrer que l'usage litigieux du droit intellectuel (refus de licence ou action en contrefaçon) fait obstacle à l'apparition d'un produit ou service nouveau que le titulaire du droit de propriété intellectuelle n'offre pas et pour lequel il existe une demande potentielle de la part des consommateurs.

Si dans son arrêt *Microsoft I*, le Tribunal avait, comme l'indique Nicolas Petit, semblé reléguer la condition du « produit (ou service) nouveau » « du rang de principe au rang de simple illustration » (61), il corrigera cette impression dans son arrêt *Microsoft II* en réaffirmant l'exigence de cette condition afin de contraindre le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle à donner celui-ci en licence (62).

(59) Pt 85.

(60) *Ibid.*

(61) N. PETIT, *op. cit.*, p. 358, n° 1025. Voy. pt 647 de l'arrêt *Microsoft I*.

(62) Voy. arrêt *Microsoft II*, pt 139 : « À cet égard, il convient de rappeler 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 qu'il soit de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé (arrêt de la Cour du 29 avril 2004, *LMS Health, C-418/01, Rec.*, p. I-5039, pt 38) ».

## 2° Dérogations au quatuor de circonstances exceptionnelles(63) ?

Dans son document d'orientation(64), la Commission européenne indique que, dans certaines circonstances, il est possible de s'écarter des conditions dégagées par la Cour dans sa jurisprudence relative au refus de fourniture.

Tel est le cas lorsque « l'imposition d'une obligation de fourniture n'aura[it] manifestement aucun effet négatif sur la propension du propriétaire des intrants et/ou d'autres opérateurs à investir et à innover en amont, que ce soit *ex ante* ou *ex post* »(65).

Deux hypothèses sont envisagées par la Commission à titre illustratif, à savoir, d'une part, le cas où une réglementation compatible avec le droit de l'Union impose déjà une obligation de fourniture à l'entreprise dominante(66) (ce qui semble viser l'hypothèse de l'intervention des régulateurs sectoriels dans les industries de réseaux)(67) et, d'autre part, le cas où l'entreprise dominante a acquis sa position sur le marché en amont grâce à des droits spéciaux ou exclusifs ou à un financement au moyen de ressources d'État(68).

### SECTION 3. UN ÉQUILIBRE À L'EUROPÉENNE ENTRE DROITS ET LIBERTÉS

Dans le domaine des actifs immatériels, la doctrine des infrastructures essentielles, on l'a vu, fait se rencontrer la libre concurrence, le droit de propriété et la liberté de contracter. Nous nous interrogeons ici sur le point de savoir quelle conception de la concurrence chapeaute cette rencontre entre libertés et droits.

(63) Sur cette question, voy. N. PETIT, *op. cit.*, pp. 362-363.

(64) Pt 82.

(65) *Ibid.*

(66) Pour autant « qu'il [soit] évident, à la lumière des considérations sous-tendant cette réglementation, que le nécessaire équilibre entre les incitations a déjà été opéré par l'autorité publique lorsqu'elle a fixé cette obligation de fourniture ».

(67) Voy. N. PETIT, *op. cit.*, pp. 362-363, n°1039.

(68) Signalons que, dans l'hypothèse où l'entreprise détentrice de l'infrastructure s'avèrerait être « chargée de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal », il conviendrait de tenir compte de l'art. 106, 2°, T.F.U.E. et, partant, de vérifier que la contrainte exercée sur l'entreprise dominante « ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui [lui] a été impartie », en veillant par ailleurs à ce que « le développement des échanges ne [soit] pas [...] affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union ».

### § 1<sup>er</sup>. *Un faux problème ?*

La liberté de concurrence a, faut-il le rappeler, un caractère d'ordre public. Nonobstant leur importance, les autres droits et libertés économiques n'ont, quant à eux, jamais été considérés comme absolus. Ainsi, si un contrat, un refus de contrat ou l'exercice d'un droit de propriété engendre un dysfonctionnement dans le jeu concurrentiel du marché, l'ordre public demande que cette situation soit corrigée ou redessinée. Dans une contribution consacrée au face-à-face entre la concurrence et le contrat, M.-A. Frison-Roche relevait à juste titre que la « situation est en réalité plus simple dans le rapport entre concurrence et contrat que dans d'autres hypothèses, celles relevant de l'ordre public de protection du consommateur ou du salarié » (69).

L'arbitrage entre le principe de libre concurrence et d'autres droits et libertés économiques serait-il un faux problème ? On pourrait croire, après tout, que la libre concurrence a toujours une position de surplomb, notamment parce que c'est elle qui donne naissance aux figures juridiques de la propriété et du contrat. Dans une perspective coasienne (70) en effet, le fonctionnement d'un marché concurrentiel implique nécessairement l'existence d'un système de droits de propriété échangeables par le biais de contrats. C'est en quelque sorte de la libre concurrence que découlent les droits de propriété et les contrats ; ces derniers sont donc des instruments de concrétisation de l'ordre concurrentiel, modélisables en fonction des exigences de ce dernier.

La jurisprudence européenne dans le domaine des infrastructures essentielles invite toutefois à une position plus nuancée. Certes, elle repose sur l'idée selon laquelle l'intérêt supérieur de la concurrence justifie, dans les conditions énoncées plus haut, des restrictions aux droits de propriété et à la liberté de contracter d'une entreprise dominante (71). Mais ces restrictions sont examinées par les juges avec, en ligne de mire, une interrogation sur ce qu'implique la préservation d'une concurrence efficace. Et, de

(69) M.-A. FRISON-ROCHE, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.*, 2004, p. 457.

(70) En référence aux travaux bien connus de l'économiste R. Coase.

(71) F. MARTY et J. PILLOT, « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », *Revue d'économie industrielle*, n<sup>os</sup> 129-130, 2010, p. 286.

ce point de vue, comme l'atteste la littérature, il peut exister plusieurs conceptions possibles de ce qu'implique cette dernière. En d'autres termes, la libre concurrence est un principe qui porte en lui-même une part d'indétermination et dont les contours peuvent être contextualisés en fonction de l'enjeu particulier du litige et de son impact économique-sociétal.

## § 2. *Une approche intentionnaliste de la concurrence*

Dans l'analyse qu'il consacre à la politique de concurrence européenne face aux droits et libertés des entreprises dominantes, Frédéric Marty (72) explique que les politiques de concurrence attestent d'une tension entre une vision qu'il qualifie d'« évolutionniste » et une conception « intentionnaliste ».

Selon la première, qui est au cœur de la politique antitrust états-unienne, le résultat du processus de marché est légitime, quel qu'il soit, à partir du moment où les règles de concurrence n'ont pas été violées (73). De la sorte, une position dominante n'est pas problématique en elle-même car elle peut être liée aux mérites de l'opérateur. Elle n'est, en outre, pas nécessairement considérée comme défavorable aux intérêts des consommateurs : « [e]n effet, il peut être plus efficace, dans des marchés caractérisés par de très fortes turbulences technologiques, qu'une seule firme satisfasse à un moment donné la quasi-totalité de la demande » (74). Le rôle de la politique de concurrence est, dans cette optique, d'éradiquer les velléités d'extension des pouvoirs de marché sur d'autres bases que celles des mérites. Il s'agit, avant tout, de garantir la liberté des opérateurs en supprimant les obstacles au développement de processus de marché.

L'approche intentionnaliste, préconisée par les instances européennes, est beaucoup plus axée sur l'éradication par principe des situations de dominance afin de ménager l'égalité d'accès dans les marchés, quitte à remettre en cause des droits de propriété ou des libertés contractuelles. De ce point de vue, le résultat du processus

(72) F. MARTY, « La politique de concurrence européenne face aux droits et libertés des entreprises dominantes », in L. POTVIN-SOLIS (dir.) *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens. Dixièmes journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 57-95.

(73) Voy. aussi E. M. FOX, « We Protect Competition, You Protect Competitors », *World Competition*, n° 26, 2003, pp. 149-165.

(74) F. MARTY, *op. cit.*, p. 67.

de marché peut être considéré comme illégitime si certains agents économiques exercent un pouvoir de coercition sur d'autres. L'objectif est une dispersion du pouvoir économique, le processus de concurrence étant porteur de valeur en lui-même et une condition de préservation des libertés économiques. La concurrence est, en outre, constructiviste puisqu'elle est un outil au service de la création du marché intérieur ; aussi, dans certaines hypothèses, les droits de propriété et la liberté contractuelle doivent s'y subordonner. Il s'ensuit que les stratégies des opérateurs dominants qui sont susceptibles de bouleverser la structure concurrentielle du marché du seul fait de l'exercice d'une puissance économique peuvent, dans certaines conditions, être sanctionnées, même si la pratique n'est pas abusive en elle-même. En vertu de cette approche, « il existe un intérêt pour le consommateur à voir défendues les firmes dominées – ou les PME – contre le phénomène d'agrégation du pouvoir économique » (75).

La construction jurisprudentielle de la théorie des infrastructures essentielles par la Cour de justice de l'U.E. semble effectivement reposer sur une telle conception « intentionnaliste », ce qui aboutit pratiquement, au nom de la préservation du processus concurrentiel, à accepter plus volontiers l'ouverture forcée d'un accès jugé essentiel.

Ainsi, dans les affaires *Magill*, *IMS Health* et *Microsoft I*, les juges se sont montrés de plus en plus attentifs aux obstacles à l'innovation, tant pour l'opérateur dominant que pour les demandeurs d'accès (76), résultant des pratiques respectivement incriminées. Dans *Microsoft I*, par exemple, le refus du détenteur de droits est considéré comme étant de nature à empêcher les concurrents de développer des versions plus avancées de ses produits. La concurrence ne s'y traduit pas uniquement par l'apparition d'un bien ou d'un service inédit, mais elle induit une évolution continue de ces derniers (77). Dans *IMS Health*, la juridiction tente de concilier les droits de propriété intellectuelle et les possibilités d'émergence d'une véritable innovation pour les consommateurs, ces derniers ne pouvant être pénalisés au niveau des prix, de la liberté de choix et du ralentissement

(75) F. MARTY, *op. cit.*, p. 74.

(76) F. MARTY et J. PILLOT, « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », *op. cit.*, p. 296.

(77) Voy. S. DUSOLLIER, « L'affaire Microsoft ou l'interopérabilité, nouvelle valeur du droit de la Concurrence », *R.D.T.I.*, 2008/2, pp. 204 et s., Spéc. pp. 209 et s.

du rythme de développement de certaines innovations (78). C'est également la concurrence comme facteur d'innovation qui est mise en avant lorsqu'il s'agit de déterminer un niveau acceptable de tarification. La tarification « raisonnable » est celle qui est « fixée à un niveau pour lequel l'éventuelle diminution des incitations à innover du licenciés [est] plus que compensée par l'augmentation des incitations à innover des licenciés » (79). Dans l'affaire *Microsoft I*, le montant de redevance de 0,4% des produits licenciés plutôt que les 5,95% demandés par l'entreprise incriminée a été jugé comme ne produisant pas les mêmes encouragements à innover (80).

### CONCLUSIONS

Comme l'atteste la jurisprudence européenne, la doctrine des infrastructures essentielles a de beaux jours devant elle, singulièrement là où il s'agit de régler les problèmes relatifs au « mésusage » de la propriété intellectuelle. Si ses contours exacts évoluent, elle reste éminemment fondée sur une application de l'article 102 T.F.U.E. et, plus fondamentalement, sur la liberté de concurrence qui en est la finalité ultime. Néanmoins, la libre concurrence qui est au cœur du droit prétorien n'est pas un principe figé, statique ou rigide. Selon l'approche « intentionnaliste » que nous avons décrite, une concurrence efficace est une concurrence dynamique qui a un effet bénéfique (pour les consommateurs) sur le niveau des prix ainsi que sur l'innovation à long terme. Celle-ci est aussi un outil visant à créer les conditions de l'égalité d'accès dans le marché intérieur. Ainsi, dans le domaine des actifs essentiels protégés par un droit de propriété intellectuelle, les remises en cause du droit de propriété et de la liberté de contracter ne sont admissibles que si elles favorisent la réalisation de cette concurrence dynamique. Et, à cet égard, l'incitation à innover – tant dans le chef des titulaires de droits que dans ceux des demandeurs d'accès – constitue une variable d'appréciation importante.

(78) L. BOY et P. REIS, « Libertés économiques et droits de l'homme », in L. BOY, J.-B. RACINE et F. SHIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 293-294.

(79) F. MARTY et J. PILLOT, « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », *op. cit.*, p. 296.

(80) *Ibid.* F. Marty et J. Pillot y plaident d'ailleurs pour qu'il soit tenu compte du point de savoir si les infrastructures essentielles concernées sont les héritiers de l'attribution d'un bien public à un premier arrivant (aff. *IMS Health*) ou si, au contraire, l'acquisition desdites infrastructures résulte d'investissements significatifs et risqués propres à l'entreprise dominante.

L'affaire *Huawei* (81), épinglée dans notre introduction, constitue un nouvel exemple de ces préoccupations. Dans ce litige, la firme chinoise Huawei détient un brevet européen dit « essentiel à une norme » indispensable pour accéder à la technologie 4G, ce qui implique que toute personne utilisant la norme a nécessairement recours à l'enseignement de ce brevet. Sous le contrôle de l'organisme de normalisation compétent dont elle est membre (82), Huawei avait antérieurement adopté une politique d'octroi de licences à des conditions FRAND (*fair, reasonable and non-discriminatory*). Il lui est reproché d'avoir intenté une action en contrefaçon à l'encontre d'un concurrent allemand, ZTE, qui utilisait la technologie en cause. Parce qu' Huawei était manifestement disposé à négocier une licence, cette action en contrefaçon est considérée par ZTE comme un abus de position dominante au sens de l'article 102 T.F.U.E. La Cour est ainsi amenée, pour la première fois (83), à fixer, au regard du droit de la concurrence, un cadre pour la négociation de licences à des conditions FRAND d'un « brevet essentiel à une norme établie par les organisations de normalisation » (84). Comme l'énonce l'avocat général Wathelet, « une réponse aux questions posées par la juridiction de renvoi exige, à la lumière du droit de la concurrence, une mise en balance entre, d'une part, le droit de propriété intellectuelle et le droit au juge du détenteur d'un BEN (Huawei) et, d'autre part, la liberté d'entreprise dont bénéficient, en vertu de l'article 16 de la Charte, les opérateurs économiques, tels que les entreprises qui mettent en œuvre la norme LTE (ZTE). En effet, l'adoption d'une injonction visée par une action en cessation restreint considérablement cette liberté et est, par conséquent, susceptible de fausser la concurrence » (85). Selon Josef Drexler (86), la Cour de justice est, ici, confrontée à une affaire qui se caractérise par une portée économique immense, mais qui, en même temps, réclame de poursuivre le développement du droit sur l'application de l'article 102 T.F.U.E. Comme le montrait déjà *Microsoft I*, ce n'est pas seulement

(81) C.J.U.E., aff. C-170/13, précitée.

(82) Il s'agit, en l'espèce, de l'Institut européen des normes de télécommunications.

(83) La Commission a eu l'occasion de se prononcer récemment dans une affaire similaire AT.39985 contre Motorola concernant des brevets essentiels pour la norme GPRS (décision du 29 avril 2014, accessible via [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39985/39985\\_928\\_16.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39985/39985_928_16.pdf)).

(84) Conclusions de l'avocat général WATHELET, pt 40.

(85) Conclusions de l'avocat général WATHELET, pt 59.

(86) Voy. le commentaire publié sur <http://aquoisertlaconcurrence.org/articles/droit-de-la-concurrence-et-proprete-intellectuelle-a-ler-du-numerique>.

du titulaire du droit exclusif que l'on doit attendre des investissements dans l'innovation, mais aussi du requérant de l'accès aux informations d'interopérabilité. Aussi, l'intervention des autorités de la concurrence n'est pas uniquement requise pour empêcher l'exploitation des utilisateurs, mais aussi et surtout pour garantir une application immédiate et globale de la norme, ce qui promouvrait la concurrence et l'innovation sur les marchés en aval liés à cette technologie. Le futur arrêt *Huawei* constituera, dès lors, une étape intéressante pour juger de l'évolution des conditions d'application de la théorie des facilités essentielles. En effet, la problématique de l'accès revêt une dimension particulièrement sensible dans le domaine de l'économie en réseau, eu égard aux phénomènes de dépendances technologiques et, donc, économiques qui s'y créent.