



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de droit européen comparé

Dirigé par Louis Vogel

2010

***L'application de la théorie des facilités
essentielles en Europe et aux Etats-Unis***

Jocelyn Goubet

Sous la direction de Louis Vogel

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS – INSTITUT DE DROIT COMPARÉ

MASTER 2 RECHERCHE DE DROIT EUROPÉEN COMPARÉ

2009-2010

**« L'application de la théorie des facilités essentielles en Europe et aux
Etats-Unis d'Amérique »**

Mémoire rédigé sous la direction de Monsieur le Professeur Louis VOGEL

GOUBET Jocelyn

Séjour de recherche :

COLUMBIA UNIVERSITY LAW SCHOOL, NYC, USA.

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires, ces opinions doivent être considérées comme propre à leur auteur.

Résumé.

- Un droit à la paresse ou une légitime réintroduction de la concurrence ? Des deux côtés de l'Atlantique, l'application de la théorie des facilités essentielles soulèvent des débats passionnés.

- La théorie des facilités essentielles consiste à intervenir sur le marché de la facilité pour garantir la concurrence sur le marché dérivé. Elle trouve sa source dans la fameuse affaire Terminal Railroad Association tranchée par la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique en 1912. Aux EUA, les procédures sont principalement ouvertes sur le fondement de la Section 2 du Sherman Act, qui exige la réunion de deux éléments : « the possession of monopoly power » et « an anticompetitive conduct ». L'intention tient donc une place déterminante en droit américain alors qu'elle n'apparaît pas dans les conditions spécifiques à l'application de la théorie des facilités essentielles développées par la CJCE, cela réduit donc forcément le champ d'application de la théorie.

Il est vrai, que l'application de cette théorie a pris plus d'ampleur en Europe, mais en s'attachant aux conditions spécifiques développées de part et d'autre de l'Atlantique, on constate alors que la théorie soulève les mêmes débats et bien souvent les mêmes réponses. Bien loin de condamner définitivement la théorie, la Cour Suprême dans sa décision Trinko l'a juste écartée aux faits de l'espèce, elle continuera de s'appliquer aux situations exceptionnelles ou garantir la liberté contractuelle signifierait enterrer la concurrence sur le marché dérivé.

En Europe comme aux États-Unis, les autorités de concurrence sont conscientes que les droits de propriété intellectuelle peuvent avoir des effets anticoncurrentiels. Ainsi, dans des circonstances exceptionnelles, où le droit exclusif du titulaire de la facilité tangible ou intangible peut exclure la concurrence sur le marché dérivé, l'autorité de concurrence interviendra pour garantir l'accès à la facilité.

- La théorie des facilités essentielles est un excellent exemple de la spécificité du droit de la concurrence. Toute situation portée devant une autorité de concurrence demandera un examen approfondi des faits spécifiques de l'espèce sous le regard de la théorie et de l'analyse économique.

SOMMAIRE :

Introduction

- I) Etude comparative des deux cas fondateurs.
- II) La notion de facilité essentielle.
- III) Les fondements économiques de la théorie.
- IV) Les conditions d'application de la théorie.
- V) Le cas particulier des situations impliquant un droit de propriété intellectuelle ?
- VI) L'accès des tiers à la facilité organisée.

Bibliographie

« Right of access to an essential facility controlled by a monopolist has long been a controversial subject under U.S. antitrust law. If the facility is truly essential, a denial of access means the monopolist will be immune, at least for some time, to most instances of competition. On the other hand, a policy that defines access generously encounters the rather ideological complaint that it represents a government taking of private property, and the more practical concern that it will be likely to reduce incentives to innovate. Added to these conflicting policy concerns is the further complication that a simple declaration of access is seldom enough, and that government authorities, legislative, judicial or regulatory, must also define the terms of access – price, priority, and others terms and conditions of sale – usually on a basis that requires continuing supervision. »¹ Née dans l'affaire Terminal Railroad Association tranchée par la Cour Suprême des Etats-Unis², la théorie des facilités essentielles a franchi l'Atlantique et a trouvé un vaste champs d'application en Europe au point qu'on peut affirmer que « la pratique communautaire a donné à la notion de moyens essentiels un plus grand développement que la jurisprudence américaine »³.

- La théorie des facilités essentielles trouve ses fondements dans la jurisprudence Terminal Railroad Association de la Cour Suprême des Etats-Unis. Dans cette affaire, des compagnies ferroviaires ont constitué une association pour contrôler les principaux moyens de traverser le fleuve à Saint Louis. La Cour Suprême a jugé que « a combination of terminal facilities, which is an illegal restraint of trade by reason of the exclusion of nonproprietary companies, may be modified by the court by permitting such nonproprietors to avail of the facilities on equal terms »⁴. La Cour Suprême pose donc le principe de l'intervention du juge pour garantir l'accès à des facilités essentielles et sauvegarder la concurrence sur le marché du transport ferroviaire.

- La théorie des facilités essentielles telle qu'appliquée en Europe est présentée par le Professeur TEMPLE LANG ainsi : « if one competitor owns something, if access is essential to enable other competitors to do business, and if the competitors cannot be expected to provide this facility for themselves, the European Union competition law obliges the owner of

¹ PITOFKY Robert, PATTERSON Donna, HOOKS Jonathan, « The essential facilities doctrine under US antitrust law », Antitrust Law Journal 2002, vol. 70, p 443.

² Cour Suprême des Etats-Unis, United States v. Terminal Railroad Association, 224 US 383, 1912.

³ RICHER Laurent, « Le droit à la paresse ? Essential facilities, version française », Recueil Dalloz 1999, p 523.

⁴ Page 224 US 384.

the essential facility to give equal access to its competitors. »⁵ Ainsi, « under this doctrine, the monopoly owner of an essential facility for competition may be forced to give access to that facility to competitors on reasonable and nondiscriminatory terms. »⁶

La théorie des facilités essentielles répond donc à l'impératif de garantir la concurrence sur un marché par la restriction des droits de propriété du titulaire de la facilité jugée essentielle pour intervenir sur ce marché. « On the one hand, it is assumed that if a company is compelled to permit competitors to access to its own creations or required to share its property with rivals, it is a restriction of freedom of contract and also a kind of impingement of its property rights. (...) On the other hand, if the owner of essential facilities with anticompetitive intention refuses other competitors to access, this kind of behavior will prevent competition and be contrary to the purpose of the antitrust law. »⁷ La garantie de la concurrence, objet du droit antitrust, justifie la restriction des droits de propriété du titulaire de la facilité.

- La théorie des facilités essentielles n'est pas un fondement en soi en Europe comme aux Etats-Unis. En Europe, les procédures passées ont été engagées sur le fondement de l'article 102 TUE, consacré à l'abus de position dominante. Aux USA, les procédures ont été engagées sur le fondement du Sherman Act, tant la Section 1 visant à combattre « every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations »⁸, que la Section 2 visant à condamner « every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations »⁹. La Section 1 vise donc toutes les formes d'ententes, alors que la Section 2 vise à combattre la formation des monopoles et l'abus des situations de monopole. La plupart des affaires sont sanctionnées au titre de la Section 2, mais certaines comme l'affaire Terminal Railroad Association sont fondées sur les deux sections. Le rôle de la Section 2 en matière de facilités essentielles est tout de même prépondérant. En Europe ce champ d'application paraît beaucoup plus large qu'aux Etats-Unis puisqu'il concerne toutes les entreprises en position dominante : « It is concluded that dominance under

⁵ TEMPLE LANG John, « Defining legitimate competition : companies' duties to supply competitors and access to essential facilities », *Fordham International Law Journal* 1994, vol. 18, p 439.

⁶ HOVENKAMP Herbert, « IP and antitrust, an analysis of antitrust principles applied to intellectual property law », Aspen Publishers, 2002, Page 10-19.

⁷ STRATAKIS Alexandros, « A study on essential facility doctrine : a comparative approach under US and EU competition law and proposals to China's practise », *Europ. Comp. L. Rev.* 2006 n°8.

⁸ US Code, Title 15, Chapter 1, Monopolies and combinations in restraint of trade, §1.

⁹ US Code, Title 15, Chapter 1, Monopolies and combinations in restraint of trade, §2.

the EC law seems to require less market power than monopoly under the US law. »¹⁰ Ces fondements n'ont pas du tout le même champ d'application, l'article 102 se concentre sur l'abus de position dominante alors que la Section 2 se concentre sur la façon avec laquelle une entreprise acquiert ou maintient son pouvoir de monopole. Ainsi, « it is no violation of Section 2 for a monopolist to charge a monopoly price. If the monopoly was not improperly obtained or maintained, then exploiting the monopoly to charge whatever monopoly price the market will bear does not violate the statute. »¹¹

En fait, note le Professeur Hovenkamp : « A pure monopoly exists when the defendant is the only seller in the market, and it is impossible for anyone to enter the market in competition with it. But a defendant may be guilty of monopolization even if it does not have a 100 percent market share, so long as it has sufficient control over the market that it can increase price and reduce output without being constrained by competition. A company in this situation is said to have market power. »¹² Sans être en situation de monopole, une entreprise peut faire l'objet d'une action sur le fondement de la Section 2 du Sherman Act.

Mais il est certain que « US monopolization law is constructed in a much more expansive way. Section 2 of the Sherman Act contains only general language. EC law is more specific and narrow and it may prohibit efficient but anticompetitive conduct. »¹³ En effet, l'article 102 TFUE s'attaque à des comportements des entreprises en particulier. Le Sherman Act ne vise pas des comportements spécifiques, mais est beaucoup plus flexible. Ce caractère élargit son champ d'application possible à de multiples pratiques.

Cependant, ce champ d'application est en fait restreint par l'exigence de l'intention anti concurrentielle : « Section 2 contains an express language requiring intent to exclude rivals. (...) In comparaison, intent is not required under Article 82. However, proceeding in the recent case, the Commission notes that although intent is not an element to establish an abuse, it is a plus factor in showing objectively abusive behavior. »¹⁴ Cette exigence des deux éléments constitutifs permet de distinguer « between practices which tend to exclude or restrict competition on the one hand and the success of a business which reflects only a

¹⁰ STRATAKIS Alexandros, « A study on essential facility doctrine : a comparative approach under US and EU competition law and proposals to China's practise », *Europ. Comp. L. Rev.* 2006 n°8.

¹¹ AREEDA Philipp, « Essential facilities : an epithet in need of limiting principles », *Antitrust Law Journal*, 1989-1990, n°58, p 847.

¹² HOVENKAMP Herbert, « IP and antitrust, an analysis of antitrust principles applied to intellectual property law », *op. cit.*, Page 10-6.

¹³ STRATAKIS Alexandros, « A study on essential facility doctrine : a comparative approach under US and EU competition law and proposals to China's practise », *op. cit.*

¹⁴ STRATAKIS Alexandros, « A study on essential facility doctrine : a comparative approach under US and EU competition law and proposals to China's practise », *op. cit.*

superior product, a well-run business, or luck, on the other. »¹⁵ Il s'agit de ne pas sanctionner une entreprise méritante, l'intention sera donc toujours déterminante.

- Il n'existe pas d'accord sur la notion de facilité essentielle, ou même sur l'essentialité : « l'essentialité n'est pas une qualité appartenant en propre à un objet. La conséquence directe est que tout objet, tangible ou non, matériel ou non, peut potentiellement être reconnu essentiel. Cette indétermination nécessite le recours à un terme dont le signifié est vague et permet de rendre compte de cette particularité. »¹⁶ De même il n'existe pas un régime d'application de cette théorie, ses conditions d'application varient en Europe et aux Etats-Unis. Ce que ces deux continents ont en commun, c'est l'exigence de préserver la concurrence.

- Pour comprendre les enjeux de la théorie des facilités essentielles et en même temps révéler les points communs ou les divergences sur son application des deux côtés de l'Atlantique, il faut s'attacher à étudier tout d'abord les cas fondateurs aux Etats-Unis et en Europe (1), la notion même de facilité essentielle (2), les fondements économiques qui justifient la théorie car « il apparaît que tout dossier de concurrence procède sur le fond d'une démarche à caractère économique »¹⁷ (3), les conditions d'application qui légitiment l'intervention du juge (4), une place particulière doit être donnée aux situations impliquant des droits de propriété intellectuelle (5), pour enfin s'intéresser à l'organisation par le juge de l'accès à la facilité essentielle (6).

¹⁵ Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 1985, page 472 US 596.

¹⁶ DEZOBRY Guillaume, « La théorie des facilités essentielles », LGDJ, Lextenso éditions, bibliothèque de droit international et communautaire, p 107.

¹⁷ BENZONI Laurent, « L'utilité des outils économiques », ateliers de la concurrence de la DGCCRF, disponible en ligne :

www.dgccrf.bercy.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/analyse_eco3.htm

D) ÉTUDE COMPARATIVE DES DEUX CAS FONDATEURS : UNITED STATES V. TERMINAL RAILROAD ASSOCIATION (1912), SEA CONTAINERS / STENA SEALINK (1993).

Comparer les deux premières affaires des deux côtés de l'Atlantique révèle de nombreuses similarités malgré les 81 années qui les séparent, et montrent les balbutiements du juge pour construire la théorie.

A) Dans l'affaire Terminal Railroad Association of St. Louis¹⁸, la Cour Suprême a dû se prononcer sur la concentration de différentes infrastructures ferroviaires au sein de la Terminal Railroad Association. Le défendeur, l'association Terminal Railroad, est une société enregistrée dans l'Etat du Missouri créée en 1889 « for the express purpose of acquiring the properties of several independent terminal companies at St. Louis with a view to combining and operating them as a unitary system »¹⁹. Petit à petit l'association a acquis le contrôle de l'ensemble des moyens de franchir le Mississippi. St. Louis constitue un noeud ferroviaire extrêmement important aux USA. La Cour suprême doit se prononcer pour déterminer si cette unification constitue une restriction au commerce au sens de l'Anti-Trust Act.

« Whether it is a facility in aid of interstate commerce or an unreasonable restraint, forbidden by the Act of Congress, as construed and applied by this Court (...) will depend upon the intent to be inferred from the extent of the control thereby secured over instrumentalities which such commerce is under compulsion to use, the method by which such control has been brought about, and the manner in which that control has been exerted. »²⁰ Ainsi la condition fondamentale soulevée par la Cour Suprême semble être l'existence d'une intention.

Le professeur Hovenkamp relève cette exigence de l'intention en écrivant : « The concept of monopolisation embodies two crucial principles. First, to be liable under section 2 of the Sherman Act, a defendant must be a monopolist, or at least be likely to become a monopolist. Antitrust law does not generally scrutinize the unilateral conduct of individual or companies ; those who hold a monopoly position in a market are an exception to this general rule. Second, the mere possession or even acquisition of a monopoly is not illegal. Rather, the offense of monopolisation requires not just a monopoly, but some sort of anticompetitive conduct

¹⁸ Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, 224 US 383, 1912.

¹⁹ Page 224 US 391.

²⁰ Page 224 US 395.

designed to acquire or maintain this monopoly. »²¹

- Avant de rechercher l'existence de cette intention, la Cour va donc montrer que l'unification des terminaux ferroviaires constitue une facilité indispensable pour tout compagnie ferroviaire voulant entrer dans St. Louis. La Cour n'utilise jamais l'expression « facilité essentielle ». Elle montre le caractère indispensable pour tout opérateur d'utiliser cette facilité de deux manières : tout d'abord « the cost of construction and maintenance of railroad bridges over so great a river makes it impracticable for every road desiring to enter or pas through the city to have its own bridge »²², puis en soulevant le fait qu'il est « impossible for any railroad company to pass through, or even enter St. Louis (...) without using the facilities entirely controlled by the terminal company. »²³

- Après avoir constaté que l'ensemble des moyens contrôlés par l'association constitue une facilité essentielle, la Cour note « it becomes, therefore, of the utmost importance to know the character and purpose of the corporation which had combined all of the terminal instrumentalities upon which the commerce of a great city and gateway between the East and West must depend. » La Cour va donc rechercher les éléments qui permettent d'établir l'intention d'exclure les concurrents. Tout d'abord, « The fact that the terminal company is not an independent corporation at all is of the utmost significance. »²⁴

La Cour Suprême note que « the relation of the terminal company is not one of impartiality to each of them »²⁵ et que les membres de l'association possèdent un droit de veto sur l'accueil de nouveaux membres ou l'utilisation des infrastructures par des non membres.

La Cour relève la différence essentielle entre les compagnies ferroviaires et ce type d'association : « they are a modern evolution in the doing of railroad business, and are of the greatest public utility. They, under proper conditions, do not restraint, but promote, commerce. »²⁶ Ce sont donc ces « proper conditions » que la Cour va contrôler et qu'elle devra mettre en place en cas de défaillance des parties à les mettre en place d'elles-mêmes.

« It cannot be controverted that, in ordinary circumstances, a number of independent companies might combine for the purpose of controlling or acquiring terminals for their

²¹ HOVENKAMP Herbert, « IP and antitrust, an analysis of antitrust principles applied to intellectual property law », op. cit, Page 10-2.

²² Page 224 US 395.

²³ Page 224 US 397.

²⁴ Page 224 US 398.

²⁵ Page 224 US 399.

²⁶ Page 224 US 402.

common but exclusive use. In such cases, other companies might be admitted upon terms or excluded altogether. If such terms were too onerous, there would ordinarily remain the right and power to construct their own terminals. But the situation at St. Louis is most extraordinary, and we base our conclusion in this case, in a large measure, upon that fact. The physical or topographical condition peculiar to the locality, which is advanced as a prime justification for a unified system of terminals, constitutes a most obvious reason why such a unified system is an obstacle, a hindrance, and a restriction upon interstate commerce, unless it is the impartial agent of all who, owing to conditions, are under such compulsion, as here exists, to use its facilities. »²⁷

Or, la Cour constate qu'en l'espèce, les terminaux en question ne sont pas gérées de cette manière : « there are certain practices of this terminal company which operate to the disadvantage of the commerce which must cross the river at Saint Louis, and of nonproprietary railroad lines compelled to use its facilities. »²⁸ La Cour constate donc une discrimination à l'égard des compagnies non membres de l'association et conclut donc « the combination of every such facility under the exclusive ownership and control of less than all of the companies under compulsion to use them violates both the first and second sections of the Act, in that it constitutes a contract or combination in restraint of commerce among the states and an attempt to monopolize commerce among the states which must pass through the gateway at St. Louis. »²⁹

La Cour Suprême renvoie l'affaire devant la Cour de district avec l'obligation pour les défendeurs de soumettre à cette dernière dans les 9 jours un plan de réorganisation de l'association. La Cour Suprême encadre véritablement l'ordonnance que devra prendre la Cour de District en fixant sept exigences précises. Les nouveaux statuts de la société doivent permettre l'admission de toute compagnie ferroviaire sur un plan d'égalité dans le partage des charges et des bénéfices, et permettre l'utilisation des facilités par toute compagnie non membre dans des conditions le plus proche possible de celles des compagnies membres.

Et en cas d'impossibilité des parties de parvenir un accord pour refondre l'association, la Cour de renvoi devra alors organiser la dissolution de celle-ci.

²⁷ Page 224 US 405.

²⁸ Page 224 US 406.

²⁹ Page 224 US 409.

B) Dans l'affaire Sealink³⁰, la Commission Européenne a été saisie d'une plainte déposée le 15 avril 1993 par SC au motif que Sealink aurait abusé « de sa position dominante en tant que propriétaire et exploitant du port de Holyhead en ne permettant pas à SC d'avoir accès, à des conditions raisonnables, à des installations et infrastructures essentielles, et s'est servi de ses droits exclusifs pour protéger ses intérêts commerciaux en tant qu'exploitant d'un service de transbordeurs, sans justification objective. »³¹ Dans sa plainte, SC demande à la Commission de prendre des mesures provisoires pour empêcher Sealink d'aménager le port de Holyhead d'une manière qui aurait pour effet d'en réduire la capacité et d'obliger Sealink à conclure avec SC un accord qui lui permettrait d'exploiter un service de transbordeurs à partir de Holyhead.

Les parties sont finalement parvenues à un accord le 8 novembre 1993, ce qui permettra à SC d'ouvrir un service en mai 1994. Mais la Commission relève que « bien que les parties soient parvenues à un accord concernant l'accès de SC au port de Holyhead pour la saison 1994, leurs points de vue restent opposés en ce qui concerne leurs droits respectifs. Sealink, en particulier, continue de soutenir que sa qualité de propriétaire du port ne lui impose pas d'obligations particulières.»³² La Commission se décide donc à traiter l'affaire pour éviter d'avoir à intervenir dans les relations futures des deux parties et pour les affaires similaires à venir.

- La Commission rappelle les conditions pour l'adoption de mesures provisoires : une présomption d'infraction et l'urgence d'intervenir pour éviter une situation de nature à causer un préjudice grave et irréparable à la partie demanderesse. A la différence de la Cour Suprême, la Commission utilise l'expression « installation essentielle ».

- La Commission s'attache donc en premier lieu à l'étude de la présomption d'infraction, c'est à dire d'un abus de position dominante. La position dominante de Sealink sur « le marché de la fourniture d'installations portuaires pour les services de transport de voitures et de passagers par transbordeur sur la route du Central Corridor entre le Royaume-Uni et l'Irlande » est rapidement constatée.

La Commission définit une installation essentielle comme « des installations ou des équipements sans l'utilisation desquels les concurrents ne peuvent servir leur clientèle » , et

³⁰ Commission Européenne, 94/19/CE, 1993.

³¹ Point 9 de l'arrêt.

³² Point 47 de l'arrêt.

affirme que le « propriétaire d'installations essentielles qui utilise son pouvoir sur un marché pour protéger ou renforcer sa position sur un autre marché apparenté, en particulier en refusant d'accorder l'accès à ces installations à un concurrent ou en lui accordant l'accès à des conditions moins favorables que celles dont bénéficient ses propres services, et donc impose un désavantage concurrentiel au concurrent, commet une infraction à l'article 86. »³³

Après avoir rappelé la définition d'abus de position dominante comme « une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché ou, 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 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 » adoptée par la CJCE dans l'affaire Hoffmann-La Roche³⁴, la Commission relève que SC souhaitait instaurer sur la ligne un service de transbordeurs rapide qui n'existait pas en 1992. Sealink met en place son propre service de transbordeurs rapides au printemps 1993, et « s'est ainsi appropriée la clientèle et la notoriété commerciale que SC souhaitait se constituer en offrant le premier service de transbordeurs rapides sur la route en question.»³⁵

Pour la Commission, il ne fait aucun doute que « l'exploitant d'une installation essentielle est tenu d'offrir un accès à des conditions non discriminatoires »³⁶ et qu'en l'espèce Sealink « s'est comportée d'une manière incompatible avec les obligations qui incombent à une entreprise qui jouit d'une position dominante en ce qui concerne une installation essentielle. »³⁷ Le raisonnement de la Commission est très proche de celui de la Cour Suprême, puisque la Commission souligne que le comportement de Sealink n'est pas « le comportement que l'on aurait attendu d'une autorité portuaire indépendante ». Pour cela, la Commission relève toutes les entraves qu'a soulevées volontairement Sealink sur le chemin de l'ouverture par SC d'un nouveau service en adoptant « un comportement entièrement négatif, qui a consisté à soulever des difficultés à propos de chacune des quatre options présentées par SC », alors que « Sealink s'est rapidement donné l'autorisation nécessaire à l'ouverture de son propre service

³³ Point 66 de l'arrêt.

³⁴ CJCE, Hoffman Laroche, C-85/76, 1979.

³⁵ Point 69 de l'arrêt.

³⁶ Point 57 de l'arrêt.

³⁷ Point 70 de l'arrêt.

de transbordeurs rapides. »³⁸

C'est donc logiquement que la Commission conclut que « jusqu'au 1er octobre 1993, Sealink n'a pas offert à SC l'accès à Holyhead dans des conditions non discriminatoires. »³⁹

Le refus d'accès a un effet direct sur les échanges entre Etats-membres, car le marché géographique du port représente une partie substantielle du marché commun.

En conclusion, la Commission relève que Sealink a finalement fait une offre à SC le 1er octobre 1993, offre considérée comme raisonnable par la Commission et acceptée par SC. La question de l'adoption de mesures provisoires ne se pose donc plus. La demande de mesures provisoires à l'encontre de Sealink est donc rejetée.

C) Les deux affaires concernent des situations très proches : dans les deux cas, l'autorité judiciaire est saisie d'une affaire où une société refuse l'accès à une ou des facilités essentielles matérielles à une société concurrente sur un marché dérivé. Dans les deux affaires, la société qui contrôle l'accès à cette facilité essentielle est en situation de monopole sur le marché de la facilité : la Terminal Railroad Association contrôle les moyens de franchir le Mississippi à Saint Louis, et la société Sealink contrôle l'unique port du Royaume-Uni desservant le corridor central entre la Grande-Bretagne et l'Irlande. La Terminal Railroad Association utilise son contrôle des facilités essentielles pour éliminer les concurrents des membres de l'Association sur le marché du transport ferroviaire, et la société Sealink utilise son contrôle de la facilité essentielle pour empêcher l'entrée d'un concurrent sur le marché du transport de passagers et de voitures par transbordeur sur la route du central corridor.

Les autorités judiciaires des deux côtés de l'Atlantique traitent donc à 81 années d'intervalle des situations très similaires. Les premières parties de leur décision ne sont pas construites de la même manière pour des raisons évidentes de disparité de droit, mais à partir du moment où il s'agit d'apprécier le contrôle du titulaire de la facilité essentielle sur celle-ci on constate indiscutablement de très fortes similitudes.

Ainsi, la Cour Suprême dans la première partie de sa décision s'attache à l'étude de la concentration des facilités sous le contrôle de l'association, puis dans la deuxième partie de sa décision s'attache à déterminer l'intention de l'Association. La Commission ne procède pas exactement ainsi : elle est dans un autre cadre, celui de l'article 102, l'abus de position dominante. Pour cela, elle étudie en premier lieu la position dominante de Sealink sur le

³⁸ Points 70 et 71 de l'arrêt.

³⁹ Point 76 de l'arrêt.

marché de la fourniture d'installations portuaires pour les services de transport du corridor central. En fait, elle constate le monopole de Sealink sur le marché concerné, donc l'existence d'une position dominante. Sur la forme, les premières parties des deux arrêts sont différents, mais en fait sur le fond les Cours se rejoignent parfaitement : elles constatent toutes les deux le monopole du défendeur sur le marché de la facilité. Les faits distinguent les deux affaires : il est plus aisé pour la CJCE d'établir la position dominante de Sealink, que de démontrer le monopole de la terminal Railroad Association sur l'ensemble des moyens de franchir le Mississippi pour la Cour Suprême.

Cependant, les deux autorités se rejoignent parfaitement dans la façon d'étudier le comportement, l'attitude des deux sociétés sur le marché de la facilité. Elles constatent toutes les deux que ces sociétés se sont comportées de manière partielle pour garantir leurs intérêts commerciaux sur le marché de l'activité. Ainsi, les deux autorités utilisent le même vocabulaire : elles font référence à la notion d'agent impartial, « the impartial agent of all » pour la Cour Suprême, « une autorité portuaire indépendante » pour la Commission. Le critère déterminant est donc la discrimination. Les deux autorités recherchent dans le comportement des titulaires des facilités des preuves de leur volonté d'exclure un concurrent du marché de l'activité.

Cette décision de la Commission fait figure d'exception dans le paysage jurisprudentiel européen sur la théorie des facilités essentielles : la Commission cherche bien à déterminer le comportement abusif de la société Sealink, mais cette décision fait très brouillon si on la compare aux arrêts que prendra la CJCE dans des affaires d'application de la théorie des facilités essentielles. En effet, la CJCE développera dans sa jurisprudence des exigences de conditions spécifiques pour l'application de la théorie des facilités essentielles.

Si dans ses développements postérieurs la jurisprudence européenne a construit un régime spécifique, la Cour Suprême des EUA conserve ce mode de raisonnement et de rédaction rencontré dans l'affaire Terminal Railroad Association. Par contre, les juridictions inférieures américaines ont su développer elles-mêmes un régime propre à l'application de la théorie des facilités essentielles. « Il ne s'agit pas de dénier aux autorités américaines la paternité du droit antitrust, la valeur de leur cadre conceptuel, leur expérience de mise en œuvre et leur constante inventivité. »⁴⁰

⁴⁰ PRIETO Catherine, « La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain », Recueil Dalloz 2007, p 2884.

II) LA NOTION DE FACILITÉ ESSENTIELLE.

La notion de facilité provient de la jurisprudence américaine, et de son utilisation du terme « facility ». En vérité, ce terme « facility » pourrait être traduit de différentes façons en français : installation, service, moyen... c'est justement par facilité que ce terme n'a pas été traduit. Quant à l'adjectif essentiel, le dictionnaire de vocabulaire juridique l'explique par « primordial, d'importance capitale, par opposition à accessoire, secondaire »⁴¹. L'expression complète n'est pas même définie par la jurisprudence ou la doctrine des deux côtés de l'Atlantique, une « facilité essentielle » ou « an essential facility » s'apprécie et se caractérise avant tout dans son environnement.

A) La définition du marché de référence.

- Il s'agit avant tout de définir le marché de référence, élément « omniprésent en droit de la concurrence »⁴², que ce soit dans le cadre de la Section 2 du Sherman Act, « defining the market – both in terms of the products or services that compete against each other, and the geographic range of the market – is a necessary prerequisite to determining whether a firm has a monopoly power in that market. »⁴³, ou dans le cadre de l'article 102 TFUE pour déterminer la position dominante. La position de l'entreprise sur le marché de référence détermine sa soumission aux dispositions du droit antitrust.

La définition du marché relève de méthodes communes au droit de la concurrence européen et au droit antitrust américain : « a relevant antitrust market is the smallest group of sales for which the cross elasticity of both demand and supplies are sufficiently low that if a firm were the only seller in that group, it could profitably reduce its output below what it would sell in a competitive market and raise its price substantially above its marginal costs. »⁴⁴

La substituabilité des produits pour définir le marché en cause est une notion commune au droit européen⁴⁵ et américain : « a market has been properly defined when it includes all goods for which there is a substantial substitution effect. »

⁴¹ Gérard Cornu Association Henri Capitant, « Vocabulaire juridique », PUF, 2005.

⁴² VOGEL Louis, « Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence » JCP édition générale 1994, n°6, p 73-78.

⁴³ HOVENKAMP Herbert, JANIS Mark D, LEMLEY Mark A, LESLIE Christopher R, « IP and antitrust, an analysis of antitrust principles applied to intellectual property law », Aspen Publishers 2010, p 10-5.

⁴⁴ HOVENKAMP, op. cit.

⁴⁵ DEZOBRY Guillaume, op. cit, p 160.

- De plus, en droit américain, « a defendant may be guilty of monopolization even if it does not have a 100 percent market share, so long as it has sufficient control over the market that it can increase price and reduce output without being constrained by competition. A company in this situation is said to have market power. »⁴⁶ Les visions européenne et américaine se rejoignent donc : le pouvoir de marché devient le facteur, qui détermine si le comportement d'une entreprise relève ou non du Sherman Act ; ce même pouvoir de marché détermine si une entreprise est ou non en position dominante. Les indices pour déterminer ce pouvoir de marché sont également partagés par les deux cultures de concurrence : la part de marché, l'existence de barrière à l'entrée, le test SSNIP.

- En droit européen, la délimitation du marché est essentielle, car seule une entreprise en position dominante sur le marché de la facilité peut voir sa responsabilité engagée. Il n'y a pas nécessairement besoin de dégager l'existence de deux marchés distincts, un marché de la facilité, un marché de l'activité pour que la théorie s'applique. Nous verrons que la CJCE dans l'affaire Bronner a simplement exigé deux stades distincts de production.

Aux EUA, la délimitation du marché est tout aussi essentielle, seule une entreprise monopolistique peut voir sa responsabilité engagée. De même qu'en droit européen, il n'y a pas nécessité de dégager l'existence de deux marchés distincts : dans l'affaire Aspen, les parties étaient présentes sur le même marché, celui des stations de sport d'hiver⁴⁷.

B) L'appréciation de l'essentialité dans le cadre du marché.

- L'appréciation de ce caractère est une opération périlleuse, car « all physical facilities can be duplicated at some cost. Whether a facility is duplicable or not is always, or almost always, determined by economic or legal considerations, rather than by the laws of nature. »⁴⁸ Ce sont donc des considérations économiques qui vont avant tout influencer sur la détermination juridique de l'essentialité.

- Guillaume DEZOBRY a essayé de construire les critères de l'essentialité. Il distingue deux

⁴⁶ HOVENKAMP, op. cit, p 10-6.

⁴⁷ Voir PITOFISKY Robert, PATTERSON Donna, HOOKS Jonathan, « The essential facilities doctrine Under US antitrust law », op. cit, p 460.

⁴⁸ BERGMAN MATS A, « The rôle of the essential facilities doctrine », The Antitrust Bulletin / Summer 2001, n°46, p 418.

critères⁴⁹ :

- le critère vertical ou critère de la nécessité. Dans ce cadre, « la facilité essentielle n'est qu'un élément d'un processus qui la dépasse et dont la finalité est la production d'un bien ou la fourniture d'un service ». L'activité économique est le résultat d'un processus, d'une succession d'étapes, dans laquelle est présente la facilité.

- le critère horizontal ou critère de l'unicité. Dans ce cadre, « l'absence d'alternative fait de cette facilité une facilité unique ».

Ces deux critères servent à définir l'essentialité. « Que l'on décide de privilégier la dimension verticale ou la dimension horizontale est sans incidence sur le fait qu'une facilité essentielle, c'est une facilité qui est indispensable à l'exercice d'une activité économique et c'est aussi une facilité pour laquelle il n'existe ni substitut réel ni substitut potentiel ». Un seul des deux critères est donc nécessaire pour constater l'essentialité. Les institutions communautaires utilisent tantôt l'un tantôt l'autre.

- Dans l'affaire Sealink, la Commission définit une installation essentielle comme « des installations ou des équipements sans l'utilisation desquels les concurrents ne peuvent servir leur clientèle »⁵⁰. Comme la Commission s'intéresse au marché du transport maritime sur la route du Central Corridor entre le Royaume-Uni et l'Irlande, il est clair que le port de Holyhead est le seul port britannique desservant actuellement ce marché. La CJCE relève « le port de remplacement le plus proche de Holyhead est Liverpool, or la traversée de Dublin à Liverpool est à peu près deux fois plus longue que celle de Dublin à Holyhead. La différence est donc telle que le port de Liverpool n'est pas substituable à Holyhead pour les services de transport de passagers et de voitures par transbordeur. »⁵¹ Le critère de l'unicité est donc rempli.

- Les informations détenues par les chaînes de télévision dans l'affaire Magill⁵² remplissent les deux critères, puisque les stations de télévision sont « l'unique source de ces informations pour une entreprise telle que Magill qui souhaiterait les publier en les assortissant de commentaire ou d'images. »⁵³ Les chaînes de télévision ont le monopole des informations qui sont à la fois uniques et nécessaires pour confectionner les programmes de télévision.

⁴⁹ DEZOBRY Guillaume, op. cit., p 33.

⁵⁰ Point 66 de la décision.

⁵¹ Point 63 de l'arrêt.

⁵² CJCE, 6 avril 1995, n° C-241/91.

⁵³ Point 47 de l'arrêt.

- Dans l'affaire Bronner⁵⁴, la CJCE estime que pour démontrer que le service de livraison à domicile est indispensable à l'exercice de l'activité, il faut « qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel audit système de portage à domicile. »⁵⁵ Or, la Cour constate qu'il existe des substituts réels utilisés par les éditeurs de quotidiens, et que le demandeur n'a pas apporté la preuve de l'absence de substituts potentiels comme la création d'un nouveau système de portage à domicile. La Cour s'est donc appuyé sur le critère horizontal.

- Le caractère indispensable de la structure à 1860 modules pour exercer une activité sur le marché de la fourniture de données sur les ventes de produits pharmaceutiques en Allemagne, n'est pas apprécié par la CJCE dans l'affaire IMS⁵⁶, qui laisse à la juridiction de renvoi l'appréciation de ce caractère. Mais la Cour rappelle tout de même 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 »⁵⁷. La Cour s'appuie donc sur le critère horizontal pour apprécier l'essentialité. De plus, la CJCE adopte une analyse très pragmatique dans cette affaire, puisqu'elle demande au tribunal de renvoi de prendre en compte dans l'analyse du caractère indispensable des structures le fait que les laboratoires pharmaceutiques ont participé au développement de celles-ci et que cela a donc « pu créer une dépendance technique des utilisateurs à l'égard de cette structure, notamment sur le plan technique »⁵⁸.

- Suite à la plainte de Sun Microsystems, la Commission a dû se prononcer sur le caractère essentiel des informations dont disposaient Microsoft pour assurer l'interopérabilité entre les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail développés par Sun et les ordinateurs équipés d'un système d'exploitation Windows⁵⁹. La Commission relève d'abord que « les informations refusées sont indispensables aux concurrents présents sur ce marché » puis « qu'il n'existe pas d'alternative réelle ou potentielle à la divulgation des informations proposées »⁶⁰. La Commission s'est donc appuyé sur les deux critères pour apprécier l'essentialité des informations détenues par Microsoft.

⁵⁴ CJCE, 26 novembre 1998, n° C-7/97.

⁵⁵ Point 41 de l'arrêt.

⁵⁶ CJCE, 29 avril 2004, n° C-418-01.

⁵⁷ Point 28 de l'arrêt.

⁵⁸ Point 29 de l'arrêt.

⁵⁹ Décision de la Commission du 24 mai 2004, COMP/C-3/37.792.

⁶⁰ Point 18 de la Décision.

- Dans sa communication de février 2009 sur l'application de l'article 82 TCE⁶¹, la Commission écrit « un intrant est indispensable s'il n'existe aucun produit de substitution réel ou potentiel auquel les concurrents du marché en aval pourraient recourir afin de contrer (...) les conséquences négatives du refus. »⁶² Le critère horizontal tient donc une place particulièrement importante en Europe pour déterminer la nécessité objective d'un intrant pour exercer une activité sur un marché.

- Quatre décisions de la haute juridiction américaine sont systématiquement présentées comme concernant une facilité essentielle : Terminal Railroad, Associated Press, Otter Tail et Aspen Skiing.

- Dans l'affaire Terminal Railroad Association⁶³, la Cour ne qualifie pas la combinaison des moyens de franchir le Mississippi comme constituant une facilité essentielle. L'analyse de la Cour permet de reconnaître le critère horizontal et le critère vertical. Sur le critère horizontal : pour la Cour, les infrastructures contrôlées par l'association sont les seules qui permettent à une compagnie ferroviaire de desservir la ville de Saint Louis (absence de substitut réel). La Cour relève également l'absence de substitut potentiel en notant que le coût et l'entretien de ponts enjambant une telle rivière rendent impossible pour les autres compagnies d'envisager d'avoir leur propre pont (absence de substitut potentiel). Sur le critère vertical, la Cour constate : « the result of the geographical and topographical situation is that it is, as a practical matter, impossible for any railroad company to pass through, or even enter Saint Louis, so as to be within reach of its industries or commerce, without using the facilities entirely controlled by the terminal company. »⁶⁴

- L'affaire Associated Press⁶⁵ (AP) ne concerne pas la théorie des facilités essentielles pour DEZOBRY. AP était une association regroupant 1200 quotidiens américains, dont l'activité consistait à collecter des informations, les traiter et les mettre à disposition de ses membres. Cette association permet à ses membres de mutualiser leurs moyens, mais présente un

⁶¹ Communication de la Commission, 24 février 2009, « 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 », 2009/C 45/02.

⁶² Point 83 de la communication.

⁶³ Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, Associated Press v. US, 224 US 383, 1912.

⁶⁴ Page 224 US 397.

⁶⁵ Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, 326 US 1, 1945.

caractère particulier : un membre peut s'opposer à l'entrée dans la société d'un journal diffusé dans la même zone géographique, ce qui constitue la garantie d'être le seul représentant de l'agence dans cette zone géographique. Le Département de la Justice a saisi une Cour fédérale de district sur le fondement des sections 1 & 2 du Sherman Act. L'affaire est remontée jusqu'à la Cour suprême, qui jugea les conditions d'admission au sein de l'association AP illégales car contraires au Sherman Act.

La non essentialité se déduit des critères horizontal et vertical. Sur le critère vertical, il est clair que l'exercice d'une activité d'éditeur est possible sans ces informations. Et sur le critère horizontal, il existe des alternatives, AP n'était pas la seule agence de presse. Mais la Cour Suprême a confirmé que « AP's by-laws had hindered and restrained the sale of interstate news to non-members who competed with members. »⁶⁶ Or, « the Sherman Act was specifically intended to prohibit independent businesses from becoming associates in a common plan which is bound to reduce their competitor's opportunity to buy or sell the things in which the groups compete. »⁶⁷

- L'activité d'Otter Tail⁶⁸ consiste à produire et distribuer de l'électricité. A l'époque des faits, l'entreprise assure l'approvisionnement de presque 500 villes du centre des EUA. Les municipalités avaient signé des contrats d'approvisionnement au détail pour 10 ou 20 ans. Certaines, à l'expiration du contrat, décident de distribuer elles-mêmes l'électricité et demandent à Otter Tail de leur fournir l'électricité en gros et d'assurer son transit jusqu'aux municipalités. La Cour de district du Minnesota a estimé qu'Otter Tail a eu un comportement contraire au Sherman Act en refusant de fournir et de transporter l'électricité. La décision est confirmée par la Cour Suprême. Les municipalités pouvaient acheter l'électricité auprès de différents producteurs, mais avaient comme unique moyen de transport à leur disposition les lignes haute tension de Otter Tail. La Cour montre qu'il n'existe pas de substitut réel : « municipal systems have great obstacles ; they must purchase the electric power at wholesale. To do so, they must have access to existing transmission lines. The only ones available belong to Otter Tail. »⁶⁹ et qu'Otter Tail a abusé de son pouvoir monopolistique pour restreindre la concurrence sur le marché de la fourniture d'électricité.

⁶⁶ Page 326 US 1, 12.

⁶⁷ Page 326 US 1, 15.

⁶⁸ Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, Otter Tail Power Co. v. US, 410 US 366, 1973.

⁶⁹ Page 410 US 370.

- L'affaire Aspen⁷⁰ concerne l'exploitation des stations de ski du massif Aspen au milieu des Rocky Montains dans la Sierra Nevada. Il existait trois stations différentes au début des années 60. Ces trois stations indépendantes s'accordent sur la création d'un forfait global qui permet aux clients de skier sur les 3 stations. En 1967, le massif compte 4 stations et 2 propriétaires, le forfait commun couvre alors les 4 stations. Les recettes sont partagées entre les 2 propriétaires en fonction de la fréquentation des stations. Aspen Skiing, le propriétaire de 3 stations, demande à renégocier la répartition des recettes avec Aspen Highlands, le propriétaire de la 4^{ème} station. Devant l'impossibilité de mettre les deux propriétaires d'accord, le forfait commun disparaît. Le 2^{ème} tente une action contre le 1^{er} sur le fondement du Sherman Act devant la Cour de District du Colorado. Le jury tranche en faveur du 2^{ème}. La Cour d'Appel confirme la décision sur le fondement de la théorie des facilités essentielles. L'affaire arrive devant la Cour Suprême, qui confirme la décision mais prend cependant soin de ne pas se placer dans le domaine des facilités essentielles.

Pour DeZobry, le critère vertical suffit à écarter l'essentialité : avant et après l'existence du forfait commun, Aspen Highlands peut exercer sans problème son activité. Cependant, la Cour note que « Highlands' share of the market for downhill skiing services in Aspen declined steadily after the 4-area ticket based on usage was abolished in 1977 : from 20.5% in 1976-1977 (...) to 11% in 1980-1981. »⁷¹ On peut donc légitimement penser que le forfait commun était l'unique moyen (critère horizontal) pour la requérante de conserver sa part de marché.

De toute façon, la Cour Suprême ne se place absolument pas dans le champ de la théorie des facilités essentielles. Elle recadre le débat sur les exigences de la section 2 du Sherman Act et proclame que « the right to refuse to deal with other firms does not mean that the right is unqualified. (...) Its exercise as a purposeful means of monopolizing interstate commerce is prohibited by the Sherman Act. »⁷² C'est là le cœur de la décision de la Cour Suprême, qui va s'interroger sur l'existence de raisons économiques justifiant l'action de Aspen Skiing. Elle conclut alors qu'Aspen Skiing « was not motivated by efficiency concerns and that it was willing to sacrifice short-run benefits and consumer goodwill in exchange for a perceived long-run impact on its smaller rival. »⁷³ C'est donc à bon droit que les Cours inférieures ont condamné Aspen Skiing. Cette décision de la Cour Suprême soulève beaucoup de questions, en effet naturellement « the reason any business declines to share the fruit of its labor with competitors is because it wants to win in the marketplace. Did the Aspen Court hold that is

⁷⁰ Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing, 472 US 585, 1985.

⁷¹ Page 472 US 594.

⁷² Page 472 US 601.

⁷³ Page 472 US 611.

enough to support a monopolization verdict ? »⁷⁴ L'auteur n'apporte pas la réponse.

- Les critères de l'essentialité avancés par DeZobry se retrouvent donc parfois dans la jurisprudence de la Cour Suprême, mais ce ne sont pas véritablement des critères, il serait plus juste de parler d'indices, qui peuvent mettre le juge sur la piste de la pratique anticoncurrentielle. L'élément le plus important pour la Cour Suprême reste cette dichotomie, monopolisation & intention anticoncurrentielle, que l'on retrouve dans tous ses arrêts. Ce qui permet au professeur Areeda d'affirmer « most Supreme Court Cases invoked in support do not speak of it (la théorie des facilités essentielles) and can be explained without reference to it. »⁷⁵

- Dans la jurisprudence développée par les juridictions inférieures, la condition de l'impossibilité de reproduire la facilité se rapproche énormément de la conception européenne. Cette impossibilité doit être comprise au sens technique comme au sens économique. Ainsi, « to be essential a facility need not to be indispensable ; it is sufficient if duplication of the facility would be economically infeasible and if denial of its use inflicts a severe handicap on potential market entrants. »⁷⁶ Dans la même affaire, la Cour a jugé que la faisabilité de l'accès ne doit pas empêcher le titulaire de la facilité de continuer à offrir à ses clients un service de qualité.

⁷⁴ AREEDA Philipp, « Essential facilities, an epithet in need of limiting principles », *Antitrust Law Journal*, 1989-1990, n°58, p 849.

⁷⁵ AREEDA Philipp, « Essential facilities, an epithet in need of limiting principles », *Antitrust Law Journal*, 1989-1990, n°58, p 841.

⁷⁶ *Hecht v. Pro Football, Inc*, 570 F.2d 982, 992, 1977.

III) FONDEMENTS ÉCONOMIQUES.

- « La théorie économique, loin de n'être qu'une méthode à la disposition du droit dans le domaine de la concurrence, lui est consubstantielle. La théorie de la concurrence se trouve au fondement du droit de la concurrence : l'un ne saurait exister sans l'autre. »⁷⁷ C'est donc dans la théorie économique qu'il faut aller chercher l'explication de la théorie des facilités essentielles.

- Le contrôle d'une facilité essentielle place son titulaire dans une position très favorable sur le marché de l'activité, « il peut faire et défaire la concurrence sur le marché de l'activité »⁷⁸. Il faut donc intervenir pour empêcher la constitution d'une barrière (un coût de production supporté par l'entreprise cherchant à entrer sur un marché mais pas par l'entreprise qui y est déjà installée⁷⁹) infranchissable à l'entrée du marché concerné.

- L'enjeu du droit de la concurrence est de promouvoir l'efficacité des acteurs économiques et donc d'optimiser les gains pour la société toute entière. Ainsi « the antitrust law reflects an economic judgment that competition is desirable and monopolies undesirable. Competition is good for a variety of reasons. Basic economics teaches that firms in competition will produce more and price lower than monopolists. (...) At the same time, the law cannot merely forbid all monopolies. Some monopolies result from natural economics conditions that permit only one firm to operate efficiently in a given market. (...) Other monopolies result from vigorous competition on the merits – precisely the sort of behavior the antitrust law is designed to encourage. »⁸⁰

Cependant, le besoin de créer de la concurrence sur le marché de l'activité n'est pas aussi simple. Il faut prendre en compte les investissements effectués par le titulaire de la facilité jugée essentielle. « Any essential facilities doctrine must recognize macro level or class justifications. These legitimate business purposes are not personal to any particular defendant, but are propositions of general policy. For example, the justification for refusing to share a

⁷⁷ VOGEL Louis, « Le juriste face à l'analyse économique », ateliers de la concurrence de la DGCCRF, disponible en ligne : www.dgcrf.bercy.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/analyse_eco2.htm

⁷⁸ DEZOBRY Guillaume, op. cit. p 219.

⁷⁹ STIGLER George, « The organisation of industrie », Richard D. Irwin 1968, p 67.

⁸⁰ HOVENKAMP Herbert, « IP and antitrust, an analysis of antitrust principles applied to intellectual property law », Aspen Publishers, 2002, Page 10-3.

research laboratory does not focus on the practical infeasibility of letting another use the laboratory, but on the general concern that the defendant never would have built a laboratory of that size and character in the first place if he had known that he would be required to share it. Required sharing discourages building facilities such as this, even though they benefit consumers. »⁸¹ Il s'agit donc de trouver un équilibre entre garantie de la concurrence sur le marché dérivé, et retour sur l'investissement effectué par le titulaire de la facilité.

- L'opportunité d'accorder l'accès renvoie aux notions économiques d'efficacité statique et d'efficacité dynamique. Le débat doctrinal oppose les tenants de la concurrence état final (dimension statique) aux tenants de la concurrence processus (dimension dynamique). Il faut donc observer les effets de la fourniture de l'accès sur l'efficacité. D'après la notion d'efficacité dynamique, si l'accès est accordé, cela va avoir un effet négatif sur le marché de la facilité car cela va décourager l'investissement (« the over zealous or inappropriate application of the essential facilities doctrine carries the risk of enormous damage to the system of dynamic incentives to economic efficiency on which economic and technical progress relies »⁸²), mais au contraire cela va avoir un effet très positif sur le marché de l'activité en augmentant le nombre d'acteurs, ce qui va stimuler l'investissement et l'innovation sur ce marché. D'après la notion d'efficacité statique, si l'accès est accordé, cela va avoir très peu d'effet sur le marché de la facilité, mais cela aura un effet positif sur le marché de l'activité.

Ainsi, la Commission Européenne fait souvent l'objet de critiques lui reprochant de privilégier la concurrence à court terme, or pour certains « any competition policy action that focuses exclusively on the immediate short term impact on consumers (...) stands to do considerable economic damage »⁸³. D'autres soulèvent même l'idée selon laquelle le fait que les Commissaires n'étant nommés que pour cinq ans, les gains à court terme ont l'avantage de figurer à leur actif⁸⁴. Alors que le Département de la Justice des EUA privilégie une approche à plus long terme en relevant « that there is a significant risk of long-run harm to consumers

⁸¹ AREEDA Philipp, « Essential facilities, an epithet in need of limiting principles », *Antitrust Law Journal*, 1989-1990, n°58, p 851.

⁸² RIDYARD Derek, « Essential facilities and the obligation to supply competitors under UK and EC Competition Law », *Eur. Comp. L. Rev.* 1996, vol. 17, n°8, pp 438-452.

⁸³ RIDYARD Derek, *op. cit.*

⁸⁴ GERADIN Damien, « Limiting the scope of article 82 EC : what can the EU learn from the US Supreme Court judgment in *Trinko* in the case of *Microsoft*, *IMS* and *Deutsche Telekom*. », *Common Market Law Review*, December 2005. p 1540.

from antitrust intervention against unilateral, unconditional refusals to deal with rivals »⁸⁵.

En fait, le droit de la concurrence avec la théorie des facilités essentielles se trouve à un point de tension de la doctrine économique : « if a monopolist is forced to deal with a rival, consumers may immediately benefit from short-term price reductions or additional product options. These static benefits, however, are likely to come at a high cost – the loss or diminution of dynamic, longterm efficiencies. »⁸⁶ Ce problème d'efficacité à court ou à long terme soulevé par le Département de la Justice se révèle être le critère déterminant sur l'opportunité de la fourniture de l'accès à la facilité essentielle. Les entreprises pourraient ne pas être poussées à investir par peur de voir trop facilement accorder l'accès à un concurrent, c'est de plus le consommateur qui souffrira au final de ce déficit d'investissement. « For this reason, the essential facilities doctrine must be particularly carefully applied. »⁸⁷ La doctrine des deux côtés de l'Atlantique se déchire sur ce sujet, en relevant que le droit de la concurrence atteint ici un paradoxe car la théorie « peut avoir pour effet de décourager l'initiative »⁸⁸. Ce point purement économique fait déjà émerger la question des conditions d'application de la théorie des facilités essentielles et explique pourquoi aujourd'hui « la plupart des dossiers importants soumis au Conseil de la concurrence ou à la Commission européenne sont désormais accompagnés d'une étude économique ou sont préparés par des équipes conjointes de juristes et d'économistes. »⁸⁹

⁸⁵ US Department of Justice, « Competition and monopoly : single firm conduct Under Section 2 of the Sherman Act », disponible sur www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm

⁸⁶ US Department of Justice, « Competition and monopoly : single firm conduct Under Section 2 of the Sherman Act », op. cit.

⁸⁷ BERGMAN MATS A., « The role of the essential facilities doctrine », *Antitrust Bulletin* n°46, 2001, p 403.

⁸⁸ RICHER Laurent, « Le droit à la paresse ? Essential facilities, version française », op. cit.

⁸⁹ VOGEL Louis, « Le juriste face à l'analyse économique », op. cit.

IV) LES CONDITIONS D'APPLICATION.

I) En Europe.

Le juge communautaire a su développer un régime particulier applicable aux facilités essentielles. Si à l'origine dans l'affaire Sealink de 1993, le raisonnement de la Commission ne semble pas contenir des conditions spéciales d'application comme nous l'avons vu plus haut, la CJCE a petit à petit développé des conditions propres à l'application de la théorie. Les circonstances particulières de chaque affaire imposent que soient exposées précisément les faits et la procédure propre à chacune d'elles pour démontrer que la CJCE a construit un régime d'application particulier à ces affaires mettant en cause une facilité essentielle, et qu'à chaque fois elle s'est appuyée sur des faits précis pour adopter une solution propre aux spécificités de chaque espèce.

A) Ainsi dans l'affaire Magill⁹⁰, la CJCE a dû se prononcer sur l'articulation des droits de propriété intellectuelle et du droit de la concurrence. En l'espèce, Magill TV Guide Ltd (Magill) a essayé de publier un guide hebdomadaire général de télévision, alors qu'à l'époque « aucun guide général hebdomadaire de télévision n'était disponible sur le marché en Irlande et en Irlande du Nord »⁹¹ et chacune des chaînes faisait publier un guide de télévision exclusivement consacré à ses propres programmes et bénéficiait sur ceux-ci de la protection des droits d'auteur selon les législations en vigueur en Irlande et au Royaume-Uni. Ces chaînes ont obtenu des injonctions pour interdire la publication de grilles de programmes hebdomadaires par Magill, qui a donc déposé plainte auprès de la Commission le 4 avril 1986, « en vue de faire constater que les requérantes et BBC abusaient de leur position dominante en refusant d'octroyer des licences pour la publication de leurs grilles de programmes hebdomadaires respectives. »⁹² La Commission a constaté l'infraction⁹³ à l'article 86 du Traité CEE, actuel article 102 TUE, et a enjoint aux trois sociétés de fournir leurs programmes d'émissions hebdomadaires aux tiers sur demande et sur une base non discriminatoire, et de permettre la reproduction de ces programmes par ces parties.

Le TPICE a rejeté le recours des requérantes.

- La CJCE se prononce tout d'abord sur la position dominante et rappelle que « le simple fait

⁹⁰ Arrêt de la CJCE du 6 avril 1995, n°C-241/91.

⁹¹ Point 7 de l'arrêt.

⁹² Point 11 de l'arrêt.

⁹³ Décision de la Commission du 21 décembre 1988, 89-205-CEE.

d'être titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ne saurait conférer une telle position. »⁹⁴ Mais elle constate que les chaînes de télévision sont « l'unique source de ces informations pour une entreprise » et conclue donc que les requérantes disposent « d'un monopole de fait sur les informations servant à confectionner les grilles des programmes de télévision captées par la plupart des foyers en Irlande et 30 à 40% des foyers en Irlande du Nord. »⁹⁵ Elle conclue donc que les requérantes détiennent une position dominante.

- L'étude de l'abus de la position dominante par la CJCE constitue le corps de l'arrêt, car c'est là que la Cour va exposer les conditions nécessaires pour l'application de la théorie des facilités essentielles. Si « le droit exclusif de reproduction fait partie des prérogatives de l'auteur de 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. Néanmoins (...) l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif. »⁹⁶

La Cour constate qu'il n'existait aucun substitut réel ou potentiel à un guide hebdomadaire de télévision et que le refus des requérantes a « fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, un guide hebdomadaire complet des programmes de télévision, que les requérantes n'offraient pas, et pour lequel il existait une demande potentielle de la part des consommateurs, ce qui constitue un abus suivant l'article 86 du Traité. »⁹⁷ Ce refus n'est pas justifié aux yeux de la Cour, qui constate enfin que « les requérantes se sont réservées un marché dérivé, celui des guides hebdomadaires de télévision, en excluant toute concurrence sur ce marché »⁹⁸

- La question de l'affectation du commerce entre Etats-membres est vite traitée par la CJCE, en effet le marché géographique concerné en l'espèce est constitué par un Etat-membre et par une partie d'un autre Etat membre.

- La CJCE rejette les pourvois et confirme donc le jugement du TPICE.

B) Dans l'affaire Bronner⁹⁹, la CJCE répond à une demande de questions préjudicielles posée par l'Oberlandesgericht Wien. Oscar Bronner GmbH & CoKG (Oscar Bronner) et Mediaprint sont concurrents sur le marché du quotidien. Mediaprint détient une position prépondérante sur le marché du quotidien et son propre système de livraison à domicile à l'échelle nationale. Par son action, « Oscar Bronner vise à ce qu'il soit enjoint à Mediaprint de cesser d'abuser de

⁹⁴ Point 46 de l'arrêt.

⁹⁵ Point 47 de l'arrêt.

⁹⁶ Points 49 et 50 de l'arrêt.

⁹⁷ Point 54 de l'arrêt.

⁹⁸ Point 56 de l'arrêt.

⁹⁹ Arrêt de la CJCE du 26 novembre 1998, n° C-07/97.

sa position dominante en intégrant, en contrepartie d'un prix raisonnable, « der Standard » dans son système de portage à domicile. »¹⁰⁰

Le Kartellgericht a constaté l'affectation du commerce intra-communautaire : Oscar Bronner est éditeur d'un quotidien vendu en Autriche et à l'étranger. Puis le tribunal pose deux questions préjudicielles à la CJCE : le refus de Mediaprint de faire une offre ferme à Oscar Bronner pour intégrer son quotidien dans le système de portage à domicile constitue-t-il un abus de position dominante? Subordonner une telle offre à une gestion non seulement du portage à domicile mais aussi à d'autres services constitue-t-il un abus de position dominante? - Oscar Bronner s'appuie sur l'arrêt Magill, qui consacre à ses yeux la doctrine des « essential facilities ». Tout l'enjeu de l'affaire est dans la détermination du marché. Mediaprint soutient ainsi que son refus n'empêche pas Oscar Bronner de vendre son quotidien en Autriche. Existe-t-il un marché distinct de portage à domicile? La CJCE donne à la juridiction de renvoi l'obligation « de vérifier notamment si les systèmes de portage à domicile constituent un marché distinct ou si d'autres modes de distribution de quotidiens, tels que la vente dans les magasins et kiosques ou la livraison par voie postale, sont suffisamment interchangeables avec eux afin d'être pris en compte. »¹⁰¹ La juridiction de renvoi devra donc qualifier le marché par rapport à l'interchangeabilité du système de portage de Mediaprint avec un autre système. Si celle-ci conclut à l'existence d'un marché distinct, alors Mediaprint par son monopole y détient une position dominante.

- Si la position dominante est constatée, il faut étudier l'abus. La CJCE s'appuie sur l'arrêt Magill, affaire dans laquelle la Cour avait estimé qu'il y avait abus de position dominante « par le fait que le refus litigieux concernait un produit dont la livraison était indispensable pour l'activité en cause, en ce sens que, sans cette livraison, la personne désireuse d'offrir un tel guide se trouvait dans l'impossibilité de l'éditer et de l'offrir sur le marché, que ce refus faisait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel existait une demande potentielle de la part des consommateurs, qu'il n'était pas justifié par des conditions objectives et qu'il était de nature à exclure toute concurrence sur le marché dérivé. »¹⁰² En rappelant sa jurisprudence antérieure, la Cour semble donc dégager trois conditions en plus de l'essentialité.

Pour la Cour, que le système de portage à domicile soit indispensable à l'exercice de l'activité, signifie « qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel audit système de portage à

¹⁰⁰ Point 8 de l'arrêt.

¹⁰¹ Point 34 de l'arrêt.

¹⁰² Point 40 de l'arrêt.

domicile. » En l'espèce, la CJCE refuse de considérer le service comme indispensable : il existe d'autres modes de distributions de quotidiens par la poste ou les kiosques, de plus ce n'est pas parce que créer un nouveau système de portage à domicile n'est pas rentable qu'il ne constitue pas une alternative réaliste (il faudrait étudier la rentabilité avec un tirage de quotidiens comparable à celui du système existant).

- La CJCE répond donc que le refus de Mediaprint ne constitue pas un abus de position dominante et estime qu'il n'y a pas lieu de répondre à la deuxième question.

C) Dans l'affaire IMS¹⁰³, la CJCE a du une nouvelle fois se prononcer sur l'articulation entre droit de la concurrence et propriété intellectuelle. En l'espèce, IMS Health GmbH & Co OHG (IMS) et NDC Health GmbH & Co (NDC) ont pour activité le suivi des ventes dans le secteur des produits pharmaceutiques en Allemagne. « IMS fournit aux laboratoires pharmaceutiques des données sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques en Allemagne, formatées sur la base de structures modulaires. »¹⁰⁴ Ces structures modulaires comportent 1860 ou 2847 modules, correspondant à une aire géographique déterminée. Ces structures sont devenues le standard courant. NDC travaille avec des structures comportant 1860 ou 2847 modules, très proches des structures utilisées par IMS.

En se fondant sur son droit de propriété intellectuelle sur les structures modulaires, IMS a ouvert devant le Landgericht Frankfurt am Main une procédure visant à interdire à NDC d'utiliser une structure à 3000 modules ou toute autre structure modulaire dérivée de celle à 1860 modules d'IMS. Après quelques péripéties procédurales, l'affaire retourne devant le même tribunal, qui décide de surseoir à statuer et de saisir la CJCE de la question de l'utilisation abusive ou non par IMS de son œuvre pour exclure la concurrence sur le marché de la fourniture de données de ventes.

- La CJCE réaffirme sa jurisprudence antérieure en rappelant « 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 » mais que « l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif »¹⁰⁵. En s'appuyant sur les arrêts Magill & Bronner, la Cour affirme qu'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

¹⁰³ Arrêt de la CJCE du 29 avril 2004, n° C-418-01.

¹⁰⁴ Point 4 de l'arrêt.

¹⁰⁵ Arrêt Magill précité, point 49 et 50.

justification et de nature à exclure toute concurrence sur le marché »¹⁰⁶ pour que ce refus soit qualifié d'abusif.

La Cour va donc successivement étudier les trois conditions. Sur la question du risque d'exclusion de toute concurrence sur le marché dérivé, la CJCE adopte un raisonnement très pragmatique en contournant la dichotomie marché de la facilité en amont & marché en aval ou la facilité est utilisée pour la production d'un autre produit ou la fourniture d'un autre service : elle ne s'intéresse pas à la question de savoir si la facilité est commercialisée de manière séparée et donc si on peut ou non distinguer véritablement deux marchés, mais s'intéresse plutôt à la question de savoir si la facilité même non commercialisée est un élément indispensable pour l'activité sur un autre marché, en l'espèce la fourniture de données sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques en Allemagne. Sur la condition d'apparition d'un produit nouveau, la Cour souligne l'importance de prendre en compte la protection de la libre concurrence et le bien-être des consommateurs. L'accès à la facilité ne doit être accordé que dans les cas où l'entreprise qui demande la licence « 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 »¹⁰⁷. Enfin, l'étude de la condition relative au caractère injustifié du refus consiste à déterminer « si le refus opposé à la demande de licence est justifié ou non par des considérations objectives »¹⁰⁸. Ce critère fait l'objet de nombreuses critiques, tant parce qu'il apparaît comme deuxième condition avant même la restriction de concurrence sur le marché dérivé, que sur le laconisme de la Cour à son égard¹⁰⁹. Il faut noter, que la Cour entend donc appliquer les mêmes conditions d'application de la théorie des facilités essentielles à des situations mettant en cause des facilités matérielles comme des facilités immatérielles.

- La Cour renvoi donc l'affaire devant le Tribunal de Frankfort qui doit vérifier si les conditions rappelées par la CJCE sont bien remplies. Une partie de la doctrine a donc salué cette jurisprudence comme « un certain cantonnement de la jurisprudence Magill, en empêchant, au moins provisoirement, qu'elle ne déborde du champ que la Cour lui avait délimité en 1995 »¹¹⁰, d'autres auteurs au contraire critiquent sévèrement cette intrusion du droit de la concurrence dans le champ de la propriété intellectuelle¹¹¹.

¹⁰⁶ Point 38 de l'arrêt.

¹⁰⁷ Point 49 de l'arrêt.

¹⁰⁸ Point 51 de l'arrêt.

¹⁰⁹ SARDAIN Frédéric, « L'arrêt IMS Health : une révolution ? », Recueil Dalloz 2004, p 2366.

¹¹⁰ POLLAUD-DULIAN Frédéric, « Abus de position dominante. Droit exclusif. Refus d'octroyer une licence. Base de données. Infrastructures ou installations essentielles », RTD Com. 2004, p 491.

¹¹¹ Voir SARDAIN Frédéric, article précité.

D) Le 24 mai 2004 la Commission a condamné Microsoft sur le fondement de l'article 82 TCE pour refus de fourniture et vente liée¹¹², on ne s'intéressera ici qu'au refus de fourniture. Microsoft a refusé de fournir à son concurrent Sun Microsystems les informations nécessaires à l'interopérabilité et d'en autoriser l'utilisation aux fins du développement et de la distribution de systèmes d'exploitation pour serveur de groupe de travail. A la suite de la plainte de ce dernier, la Commission a ouvert une procédure et menée une enquête plus générale sur les conditions de commercialisation de Windows 2000 par Microsoft. Microsoft a elle-même reconnu qu'elle détenait une position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC, avec des parts de marché de plus de 90%. De son côté, « la Commission conclut que Microsoft a acquis une position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail »¹¹³ en s'appuyant sur la part de marché de Microsoft supérieure à 50%, sur l'existence de fortes barrières à l'entrée de ce marché et sur la forte connexité entre le marché des systèmes d'exploitation pour PC et celui des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail. La décision de la Commission est assez concise, elle fait trois constatations :

- Microsoft a refusé de fournir à Sun les informations nécessaires à la conception de systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail.

- Le refus de Microsoft risque d'éliminer la concurrence sur le marché en cause des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail. La Commission relève ici que « les informations refusées sont indispensables aux concurrents présents sur ce marché » et « qu'il n'existe pas d'alternative réelle ou potentielle à la divulgation des informations proposées »¹¹⁴.

- Le refus de Microsoft limite le développement technique au préjudice des consommateurs. La Commission note que les concurrents seraient en mesure de proposer des produits nouveaux et améliorés aux consommateurs s'ils disposaient des informations demandées.

Les conditions sont donc réunies pour que le refus de Microsoft constitue un abus de position dominante, cependant la Commission laisse à Microsoft la possibilité de se justifier. Cette dernière cherche à se prévaloir de ses droits de propriété intellectuelle, mais la Commission ayant apporté la preuve de circonstances exceptionnelles, qui justifient l'obligation de fournir, estime donc que Microsoft n'a apporté aucune justification. La Commission va même plus

¹¹² Décision de la Commission du 24 mai 2004, COMP/C-3/37.792.

¹¹³ Point 17 de la Décision.

¹¹⁴ Point 18 de la Décision.

loin, car elle affirme en s'appuyant sur l'engagement d'IBM et la directive « logiciels »¹¹⁵, que le fait de fournir ces informations essentielles est une pratique courante dans le domaine informatique.

- Dans un arrêt du 17 septembre 2007¹¹⁶, le TPICE a rejeté quasiment intégralement le recours formé par Microsoft contre la décision de la Commission. Sur la condamnation de l'abus, le Tribunal confirme la décision de la Commission en reprenant la jurisprudence antérieure : après avoir rappelé que « le fait pour une entreprise en position dominante, de refuser d'octroyer une licence pour l'utilisation d'un produit couvert par un droit de propriété intellectuelle ne saurait constituer en lui-même un abus de position dominante »¹¹⁷. Mais que dans des « circonstances exceptionnelles », « il est permis dans l'intérêt public du maintien d'une concurrence effective sur le marché, d'empiéter sur le droit exclusif du titulaire du droit de propriété intellectuelle en l'obligeant à consentir des licences aux tiers qui cherchent à entrer sur ce marché »¹¹⁸. Le Tribunal détermine ces « circonstances exceptionnelles » par les conditions déjà soulevées par la Commission, ce qui permet d'affirmer que « au plan des principes juridiques, cet arrêt se situe clairement dans le prolongement d'une jurisprudence bien établie »¹¹⁹. Le Tribunal fait en revanche une interprétation plus souple de l'exigence d'atteinte à la concurrence en admettant que « le simple risque d'exclusion de toute concurrence sur le marché suffit (...) alors que la jurisprudence antérieure aurait plutôt incité à penser qu'il fallait que le comportement en cause soit de nature à exclure avec certitude toute concurrence. »¹²⁰

E) Dans sa communication du 24 février 2009¹²¹, la Commission a souhaité clarifier les conditions d'application de la théorie des facilités essentielles, sous le titre « Refus de fourniture et compression de marge ». Ainsi, elle rappelle le « principe que, d'une manière générale, une entreprise, qu'elle soit ou non dominante, devrait avoir le droit de choisir ses partenaires commerciaux et de disposer librement de ses biens. »¹²² Mais elle interviendra pour garantir la concurrence si toutes les conditions suivantes sont réunies : « - le refus porte

¹¹⁵ Directive 91/250/CEE.

¹¹⁶ Arrêt du TPICE du 17 septembre 2007, T-201/04.

¹¹⁷ Point 331 de l'arrêt.

¹¹⁸ Point 691 de l'arrêt.

¹¹⁹ VANNINI Claire, « L'affaire Microsoft : le droit de la concurrence saisi par le politique », Questions d'Europe n°80, disponible sur le site de la fondation Robert SCHUMAN : http://www.robert-schuman.eu/question_europe.php?num=qe-80#ancre_11

¹²⁰ VANNINI Claire, op. cit.

¹²¹ Communication de la Commission, 24 février 2009, op. cit.

¹²² Point 75 de la Communication.

sur un produit ou un service qui est objectivement nécessaire pour pouvoir exercer une concurrence efficace sur un marché en aval. – le refus est susceptible de conduire à l'élimination d'une concurrence effective sur le marché en aval. – le refus est susceptible de léser le consommateur. » La Commission détaille peu après ces conditions, elle se situe dans la droite ligne de sa jurisprudence antérieure : la nécessité objective de l'intrant, le caractère essentiel de la facilité, a toujours été étudiée par le juge dans le cadre de l'abus de position dominante ; elle conserve la possibilité pour l'entreprise en position dominante de justifier son refus, ce qui correspond à la condition soulevée dans la jurisprudence de justification par des considérations objectives ; mais cette donnée n'est prise en compte qu'après l'étude des deux autres critères – l'élimination d'une concurrence effective – le préjudice subi par les consommateurs. En faisant ainsi, la Commission répond aux critiques, et replace les conditions d'application dans un ordre logique. La condition d'élimination de la concurrence effective est interprétée dans la continuité de la jurisprudence puisqu'il suffit que le refus soit « susceptible d'éliminer, immédiatement ou à terme, toute concurrence effective sur le marché en aval »¹²³. Sur le préjudice subi par les consommateurs, on retrouve le critère du produit nouveau avec une demande potentielle des consommateurs, mais la formulation « la Commission examinera si (...) les conséquences vraisemblablement négatives de ce refus sur le marché en cause l'emportent à terme sur les conséquences négatives de l'imposition d'une obligation de fourniture »¹²⁴ est incertaine. Il s'agit évidemment du débat sur l'opportunité d'accorder l'accès lié à des considérations de concurrence sur le marché de l'activité mais également face au risque de décourager l'investissement.

- Le juge communautaire a donc dégagé un véritable régime d'application de la théorie des facilités essentielles, dans le cadre de l'abus de position dominante de l'article 102 TUE, en construisant des conditions spécifiques au refus de fourniture, tout en s'adaptant à chaque fois au cas d'espèce. Cela signifie que l'analyse économique dans ce type d'affaires prend de plus en plus d'ampleur : « Les outils économiques vont permettre de concilier une certaine vision de la réalité, l'économiste travaillera alors au service de l'avocat en fournissant les outils économiques et les analyses rigoureuses qui permettront d'étayer une thèse. Cette démarche suppose une interaction constante entre l'économiste et le juriste. »¹²⁵

¹²³ Point 85 de la Communication.

¹²⁴ Point 86 de la Communication.

¹²⁵ BENZONI Laurent, « L'utilité des outils économiques », op. cit.

- Les différentes étapes à suivre pour l'application de la théorie des facilités essentielles en Europe sont donc :

1. L'existence d'une position dominante.
2. L'abus de position dominante caractérisé par : le contrôle d'une facilité essentielle, le refus de fourniture d'accès à la facilité susceptible de porter atteinte à la concurrence sur le marché dérivé, le refus susceptible de léser le consommateur, et le refus dépourvu de toute justification objective.
3. L'affectation du commerce intracommunautaire.

II) De l'autre côté de l'Atlantique, il n'est pas possible de trouver de tels critères développés par la Cour Suprême des EUA. L'étude de l'affaire Terminal Railroad Association tranchée par la Cour en 1912 a bien montré que celle-ci procède très différemment. La Cour Suprême recherche les faits, les constate puis s'attache à l'intention des auteurs pour déterminer si ces actes constituent ou non des restrictions de concurrence au sens du Sherman Act. On ne trouve donc pas dans la jurisprudence de la Cour Suprême l'énonciation de critères, dont la réunion serait nécessaire pour l'application de la théorie des facilités essentielles. Ces critères se trouvent dans la jurisprudence des Cours inférieures. La doctrine est partagée sur ces critères et sur l'application de la théorie. De plus, certains auteurs ont vu dans la décision *Trinko*¹²⁶ la condamnation de la théorie des facilités essentielles par la Cour Suprême. Pour comprendre l'application de la théorie aux EUA aujourd'hui, il est nécessaire de rechercher dans les jurisprudences des Cours inférieures les conditions développées pour l'application de la théorie ; puis de s'attacher à l'étude de l'affaire *Trinko*, on s'apercevra alors que la Cour n'a absolument pas enterrée la théorie mais qu'elle a simplement écartée son application aux faits de l'espèce.

A) Les conditions d'application développées par les juridictions inférieures.

- Dans l'affaire *MCI*¹²⁷, « the Seventh Circuit made an explicit reference to the essential facility and set forth the standard analysis of the elements for essential facilities doctrine. »¹²⁸
MCI et *AT&T* sont concurrents sur le marché de la téléphonie. *MCI* attaque *AT&T* en défaut

¹²⁶ Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko LLP*, 540.US.682, 2004.

¹²⁷ *MCI Communications Corporation and MCI Telecommunications Corporation v. AT&T Company*, 708 F.2d. 1081, 1983.

¹²⁸ STRATAKIS A, op. cit.

sur le fondement de la Section 2 du Sherman Act pour son incapacité à assurer l'interconnexion du réseau local avec le réseau longues distances.

La Cour d'Appel subordonne l'application de la théorie des facilités essentielles à la réunion de quatre conditions : la facilité doit être contrôlée par une entreprise en situation de monopole, le concurrent doit être dans l'impossibilité de reproduire la facilité, il doit y avoir refus du titulaire d'accorder l'accès à son concurrent, et l'accès doit être faisable. Ce test connu désormais sous le nom de « MCI test » a été adopté par toutes les Cours inférieures.

- Les différentes étapes à suivre pour l'application de la théorie des facilités essentielles aux EUA sont donc :

1. La facilité essentielle est contrôlée par une entreprise monopolistique.
2. Le concurrent est dans l'impossibilité de reproduire la facilité.
3. Le titulaire de la facilité refuse d'accorder l'accès à son concurrent.
4. L'accès doit être faisable.
5. L'entreprise monopolistique agit avec une intention anticoncurrentielle.

- Ainsi, on peut affirmer à l'image de PITOFSKY que « The essential facilities doctrine is applied cautiously, usually in exceptional circumstances that meet strict requirements. Because the doctrine represents a divergence from the general rule that even a monopolist may choose with whom to deal, courts have established widely adopted tests that parties must meet before a court will require a monopolist to grant its competitors access to an essential asset. »¹²⁹

- Mais toute la doctrine américaine ne partage pas cet avis. Devant la jurisprudence de la Cour Suprême et le développement considérable qu'a connu la théorie dans les juridictions inférieures, le Professeur Areeda a proposé six principes pour poser des limites à l'application de cette théorie¹³⁰ :

1. « There is no general duty to share. Compulsory access, if it exist at all, is and should be very exceptionnal. » Sur ce point, Areeda ne fait que répéter la jurisprudence de la Cour Suprême. L'obligation de fournir un concurrent reste en droit américain comme en droit européen une exception à la liberté contractuelle.
2. « A single firm facility (...) is essential only when it is both critical to the plaintiff's

¹²⁹ PITOFSKY Robert, PATTERSON Donna, HOOKS Jonathan, « The essential facilities doctrine under US antitrust law », *Antitrust Law Journal* 2002, vol. 70, p 448.

¹³⁰ AREEDA Philipp, « Essential facilities, an epithet in need of limiting principles », *Antitrust Law Journal*, 1989-1990, n°58, p 852-853.

competitive vitality and the plaintiff is essential for competition in the marketplace. Critical to the plaintiff's competitive vitality means that the plaintiff cannot compete effectively without it and that duplication or practical alternatives are not available. » En posant cette condition, le Professeur Areeda exige en fait que soit véritablement prouvé l'existence d'une facilité essentielle au sens constamment donné par la jurisprudence européenne, en recherchant l'existence de substituts réel ou potentiel à la facilité.

3. « No one should be forced to deal unless doing so is likely substantially to improve competition in the marketplace by reducing price or by increasing output or innovation. » Cette exigence correspond au débat économique sur les conséquences d'accorder l'accès à la facilité. Les affaires étudiées et les inquiétudes de la doctrine montrent que pour satisfaire à cette condition, l'appréciation de l'opportunité de l'accès ne se fait que dans le cadre de l'environnement de la facilité. L'analyse économique de cet environnement tiendra donc toujours une place fondamentale. Cette condition est partagée par la jurisprudence européenne, qui exige que le demandeur d'accès propose un produit ou un service nouveau pour lequel il existe une demande des consommateurs.

4. « Even when all these conditions are satisfied, denial of access is never per se unlawfull ; legitimate business purpose always save the defendant. » Cette condition rejoint en partie la précédente en se fixant d'un point de vue économique, mais cette fois ci du côté du titulaire de la facilité. Ce critère existe clairement dans les conditions de la jurisprudence européenne, et se retrouve également dans la décision Aspen tranchée par la Cour Suprême.

5. « The defendant's intention is seldom illuminating, because every firm that denies its facilities to rivals does so to limit competition with itself and increase its profits. Any instruction on intention must ask whether the defendant had an intention to exclude by improper means. » Ici se trouve un point de divergence fondamental entre l'application européenne, qui ne prend pas l'intention comme facteur déterminant et l'application américaine, qui subordonne l'illégalité à cette intention anticoncurrentielle.

6. « No court should impose a duty to deal that it cannot explain or adequately and reasonably supervise. » En soulevant cette condition AREEDA va très loin : il n'exclue pas seulement la compétence d'une cour de justice lorsqu'il existe une autorité de régulation, mais à chaque fois que la régulation par le juge pourrait se révéler défectueuse.

Comme le relève BERGMAN¹³¹, ces principes coïncident avec les critères aujourd'hui appliquées par les Cours des deux côtés de l'Atlantique. Deux critères plus formels

¹³¹ BERGMAN MATS A., « The rôle of the essential facilities doctrine », op. cit.

d'AREEDA doivent être relevés : « The doctrine should only be applied if access for competing firms is expected to increase competition substantially. The doctrine should typically not be applied if this were to reduce the incentives to engage in desirable activities. » Ainsi, c'est la doctrine économique qui semble aujourd'hui déterminante pour juger des affaires mettant en cause une facilité essentielle. Cette demande d'intégration de la théorie économique et de pragmatisme semble avoir été entendue par les juridictions européennes et en particulier par la Commission dans sa communication, la Cour Suprême des EUA a également intégré ces critiques dans son mode de raisonnement comme le montre l'étude de la jurisprudence Trinko.

B) L'affaire Trinko¹³², la théorie écartée mais non condamnée :

- Le Telecommunications Act de 1996 a organisé l'ouverture à la concurrence du marché de la téléphonie, en imposant à Verizon, ancien unique acteur du marché, de garantir l'accès à son réseau à ses concurrents et en instaurant une autorité de régulation sur le marché.

Une action est ouverte par des clients new yorkais de AT&T, concurrente de Verizon, à l'encontre de cette dernière, opérateur local dominant, sur la base d'un refus de ce dernier d'accorder l'accès à ses infrastructures, ou plutôt de tout faire pour entraver le bon fonctionnement de l'activité de son concurrent AT&T. L'action est fondée sur la Section 2 du Sherman Act. La Cour de District a rejeté la demande, mais la Cour d'Appel l'a acceptée, l'affaire arrive devant la Cour Suprême, qui affirme très vite que « that Congress created these duties (ceux créés par le Telecommunications Act) however, does not automatically lead to the conclusion that they can be enforced by means of an antitrust claim. » Le droit de la régulation économique institué par le législateur reste donc soumis aux principes antitrust.

- La Cour peut donc s'attacher à déterminer « whether the activity of which respondent complains violates preexisting antitrust standards. » Elle rappelle alors « it is settled law that this offense requires in addition to the possession of monopoly power in the relevant market, the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequent of a superior product, business acumen, or historic accident. » La Cour se situe dans la continuité de sa jurisprudence en exigeant deux éléments constitutifs : « the mere possession of monopoly power » et une « anticompetitive conduct ». Et rappelle sa jurisprudence établie : « the Sherman Act does not restrict the long recognized

¹³² Cour Surprême des Etats-Unis d'Amérique, Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko LLP, op. cit.

right of a trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal »¹³³. Mais « under certain circumstances, a refusal to cooperate with rivals can constitute anticompetitive conduct and violate §2. »

- La Cour s'appuie sur l'affaire Aspen pour distinguer les faits qu'elle doit juger de ses jurisprudences antérieures. Elle remarque, que l'ouverture du marché des télécommunications à la concurrence par la loi de 1996 est une situation bien différente des cas précédents, où il y avait des relations contractuelles établies. De plus, dans notre affaire, il y a une autorité qui a été mise en place sur ce marché. La Cour estime donc qu'elle n'est pas bien placée pour obliger l'entreprise à contracter et conclut « Verizon's alleged insufficient assistance in the provision of service to rival is not a recognized antitrust claim under this Court's existing refusal-to-deal precedents. »

- Sur la question de la théorie des facilités essentielles, à laquelle la Cour n'avait encore pas fait référence, elle dit très clairement « we have never recognized such a doctrine and we find no need either to recognize it or to repudiate it here. » Qui peut donc légitimement prétendre que la Cour aurait bel et bien enterré cette théorie dans cette décision ? La Cour ne l'a jamais utilisée, et ne ressent pas le besoin de l'utiliser dans cette affaire. La Cour a rendu dans cette affaire une décision concrète en s'attachant aux faits de l'espèce. Elle écrit d'ailleurs : « antitrust analysis must always be attuned to the particular structure and circumstances of the industry at issue. » C'est pourquoi, elle relève l'existence de l'autorité de régulation et qu'elle constitue en l'espèce un agent de surveillance effectif du droit antitrust alors que le contrôle de ce marché régulé serait une opération extrêmement compliquée pour une Cour de justice.

- La Cour a en fait intégré dans cette décision les critiques et les apports de la doctrine sur le sujet de la théorie des facilités essentielles, et constaté que son intervention aurait été certainement inutile. En faisant ainsi, loin de condamner la théorie des facilités essentielles, elle montre qu'il existe un véritable dialogue entre les juges et la doctrine tant juridique qu'économique : cette décision est un exemple d'analyse sur l'opportunité d'intervenir des juges.

¹³³ Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, *United States v. Colgate & Co*, 250.US.300, 307, 1919.

V) LE CAS PARTICULIER DE LA PI ?

La théorie des facilités essentielles permet au juge d'intervenir pour rétablir la concurrence sur un marché. Les affaires où sont impliqués des droits de propriété intellectuelle ont fait couler beaucoup d'encre, dans la mesure où ceux-ci garantissent un droit exclusif à leur titulaire. Faut-il s'émouvoir de ces droits exclusifs ? « La concurrence pure et parfaite est et a toujours été temporairement suspendue chaque fois qu'une nouveauté a été introduite »¹³⁴ relève SCHUMPETER.

Des deux côtés de l'Atlantique le débat fait rage sur l'application ou non de la théorie des facilités essentielles à ces situations. Ainsi le Professeur Hovenkamp relève que ces situations s'expliquent « either because the innovation makes the firm more efficient or because legally granted intellectual property rights give the firm a certain measure of control over a market. If the law forbade every monopoly, it would discourage innovation and competition by causing large companies to worry too much about questionable behavior. »¹³⁵

- « The Relationship between IPRs and free trade is tensional. On the one hand, IPR encourages innovation and so give the holder the exclusive right for IPRs which are a kind of legal monopoly. On the other hand, it is vital that the exclusive right of the holder will not hamper competition. »¹³⁶ Ce que relève le Professeur HOVENKAMP, est également relevé par la doctrine française : « le droit de la propriété intellectuelle octroie des monopoles, tandis que le droit de la concurrence cherche à les défaire »¹³⁷. Les deux domaines de droit semblent donc inconciliables.

Mais dans notre étude, le droit européen de la concurrence sanctionne l'abus de position dominante et non le monopole, et le droit américain ne sanctionne pas non plus le monopole mais la manière avec laquelle est acquise ou utilisée une situation de monopole. Quant au droit de la propriété intellectuelle, il n'octroie pas systématiquement des monopoles¹³⁸. En fait, ces deux branches du droit ont été conçues pour favoriser l'innovation, la concurrence. Il s'agit donc plutôt de concilier leurs intérêts respectifs.

¹³⁴ SCHUMPETER Joseph, « Capitalisme, socialisme et démocratie », édition française, Payot, 1969, p 150.

¹³⁵ HOVENKAMP Herbert, « IP and antitrust, an analysis of antitrust principles applied to intellectual property law », op. cit, Page 10-3.

¹³⁶ STRATAKIS A, « A study on essential facility doctrine : a comparative approach under US and EU competition law and proposals to China's practise », op. cit.

¹³⁷ LEVEQUE François, MENIERE Yann, « Economie de la propriété intellectuelle », Paris, La Découverte, Repères, 2003, p 91.

¹³⁸ COTTER Thomas, « Intellectual property and the essential facilities doctrine », The antitrust bulletin 1999, n°44, p 228.

- Pour une partie de la doctrine, la nature du droit de propriété n'est pas pertinente (« what matters is the impact of forcing access on the incentives to innovate, and not the nature of the property rights at stake »¹³⁹) et l'accès peut être accordé à une facilité matérielle ou immatérielle : « economics therefore provides a sound basis for saying that intellectual property rights and physical property should be treated essentially the same in analyzing unilateral refusal to deal under article 82 EC. »¹⁴⁰ Les professeurs LEVEQUE et MENIERE vont plus loin encore en affirmant que « les réformes entreprises depuis 1980 ont fait basculer le système de la PI vers une surproduction défavorable à l'innovation »¹⁴¹ et que la théorie des facilités essentielles pouvait alors être perçue comme un remède. Les affaires concernant des droits de propriété intellectuelle « peuvent s'expliquer par un souci de délimitation de l'étendue ou de la consistance de droits exclusifs plutôt que par une contestation du principe du monopole. »¹⁴²

- Mais toute la doctrine ne partage pas cet avis. Certains auteurs ont critiqué sans retenue l'application de la théorie par la CJCE à des affaires mettant en cause des droits de propriété intellectuelle.

La première affaire mettant en cause un droit de PI tranchée par la CJCE est la fameuse affaire Magill où la Cour a mis en place le test des conditions pour l'application de la théorie. En plus, de la preuve du caractère indispensable de la facilité, la Cour a exigé la réunion de trois conditions : ce refus fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel existait une demande potentielle de la part des consommateurs, il n'est pas justifié par des conditions objectives et il est de nature à exclure toute concurrence sur le marché dérivé. Comme nous l'avons vu précédemment, les autorités de concurrence européennes vont systématiquement reprendre cette jurisprudence. Ainsi ces critères furent appliqués à l'affaire IMS, qui souleva des réactions opposées : « La Cour s'attache à la condition d'apparition d'un produit nouveau. (...) Il s'agit là d'un garde-fou qui devrait éviter une application extensive des sanctions de l'abus de position dominante et sauvegarder l'essentiel du caractère exclusif du droit

¹³⁹ AHLBORN Christian, EVANS David, PADILLA Jorge, « The logic and limits of the exceptional circumstances test in Magill and IMS Health », *Fordham International Law Journal* 2005, vol. 28, p 1141.

¹⁴⁰ O'DONOGHUE Robert, PADILLA Jorge, « The law and economics of article 82 EC », Portland, Hart Publishing 2006, p 415.

¹⁴¹ LEVEQUE François, MENIERE Yann, *op. cit.*, p 114.

¹⁴² LUCAS DE LEYSSAC Claude, « Approche juridique des effets de la propriété intellectuelle sur la concurrence », ateliers de la concurrence de la DGCCRF, disponible en ligne : www.dgccrf.bercy.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/droit_concub.htm

d'exploitation des propriétés intellectuelles »¹⁴³ d'un côté, mais aussi « L'arrêt rendu le 27 avril 2004 par la CJCE enfonce définitivement le coin du droit de la concurrence communautaire dans la propriété littéraire et artistique » de l'autre. En effet, comment interpréter cette exigence de produit nouveau ? En l'espèce, les produits proposés par IMS et NDC sont très proches, ainsi « on peut légitimement se demander si un produit divergeant seulement par quelques spécificités par rapport au produit initial, mais lui demeurant totalement substituable, ne pourrait pas être considéré comme nouveau ? »¹⁴⁴ Les défenseurs du droit de la propriété intellectuelle ont donc vu dans cette décision « une décision plutôt favorable aux ayants droit (dans la mesure où elle réaffirme avec force l'exigence et le caractère cumulatif des circonstances exceptionnelles), même s'il est légitime de se demander si la consécration de la théorie des facilités essentielles, combinée à la notion floue de « produit nouveau que le titulaire n'offre pas », n'ouvre pas une boîte de Pandore dans laquelle risque de s'engouffrer, à l'avenir, le droit communautaire de la concurrence. »¹⁴⁵ L'entrée de la théorie dans la sphère des droits de propriété intellectuelle soulève donc beaucoup d'inquiétudes...

- Inquiétudes confirmées, ou limites exceptionnelles désirées aux droits de propriété intellectuelle, confirmées par la jurisprudence Microsoft. Que ce soit dans la décision de la Commission ou dans l'arrêt du TPICE, on retrouve les mêmes « conditions exceptionnelles » soulevées par la CJCE dans l'affaire Magill. On peut donc s'étonner, qu'une partie de la doctrine soit surprise par cette application supplémentaire. Le débat a même quitté la sphère professionnelle pour s'immiscer dans la sphère publique : « En confortant la Commission Européenne, le Tribunal de Luxembourg donne en réalité un mauvais signal aux entreprises innovantes en Europe et entretient une vision erronée de ce qu'est véritablement la concurrence. (...) Confirmer la condamnation revient à appuyer des deux pieds sur le frein de l'innovation en Europe. »¹⁴⁶

En fait, on constate en regardant les critiques qu'elles sont toutes concentrées sur l'analyse économique de l'accès accordé à une facilité immatérielle. La doctrine juridique cède la place à la doctrine économique, qui oppose les défenseurs du TPICE « le leadership chèrement acquis par des entreprises performantes et innovantes ne saurait constituer à leur profit un permis d'abuser de leur position dominante pour éliminer leurs concurrents potentiels »¹⁴⁷ et

¹⁴³ POLLAUD-DULIAN Frédéric, article précité.

¹⁴⁴ SARDAIN Frédéric, « L'arrêt IMS Health : une révolution ? », op. cit.

¹⁴⁵ SARDAIN Frédéric, article précité.

¹⁴⁶ LAINE Mathieu, « Arrêt Microsoft : coup de frein à l'innovation ! », Les Echos, 18 septembre 2007, p 21.

¹⁴⁷ ROME Félix, « Europe : 497 – Etats-Unis : 0 ! », Recueil Dalloz 2007, p 2521.

ses pourfendeurs qui voient dans la concurrence pure et parfaite privilégiée par le droit de la concurrence un avantage injuste concédé aux concurrents des entreprises leader¹⁴⁸.

- Le débat initial sur les fondements économiques resurgit donc plus particulièrement dans le cadre de la propriété intellectuelle. Il doit être relevé, que bien que les autorités européennes parlent de « circonstances exceptionnelles » pour l'application de la théorie à des cas de facilités immatérielles, les conditions soulevées sont les mêmes dans des affaires mettant en cause des facilités matérielles comme des facilités immatérielles. Ainsi alors qu'une partie de la doctrine relève « Dès lors que cet actif est protégé par des droits de propriété intellectuelle, l'autorité de concurrence doit de plus démontrer que le refus empêche l'apparition de nouveaux produits. En d'autres termes, le test de preuve est plus exigeant pour un refus de licence que pour un refus de fournir ordinaire »¹⁴⁹, la Commission ne traite pas le sujet à part dans sa communication de février 2009, au contraire elle l'intègre dans le « large éventail de pratiques » comprises dans la notion de refus de fourniture¹⁵⁰. En Europe la question doit donc être traitée de la même manière que toute autre affaire mettant en cause une facilité essentielle.

- De l'autre côté de l'Atlantique, le Département de la Justice a produit un rapport spécifique sur le droit antitrust et le droit de propriété intellectuelle¹⁵¹. Deux affaires non tranchées par la Cour Suprême sont emblématiques sur ce sujet : l'affaire Kodak¹⁵² et l'affaire CSU¹⁵³. Mais « the divergence in approaches taken by the two decisions makes it difficult to determine the contours of potential liability for refusals to license patents and thereby creates uncertainty for licensors and licensees. » Alors que dans l'affaire Kodak, la Cour a jugé que « reluctance to sell (...) patented or copyrighted parts was a presumptively legitimate business justification » mais que la « presumption may also be rebutted by evidence of pretext. »¹⁵⁴ ; la Cour a jugé dans l'affaire CSU que « patent holder may enforce the statutory right to exclude others (...)

¹⁴⁸ LAINE Mathieu, « Réponse à Félix ROME sur la décision Microsoft », Recueil Dalloz 2007, p 3082.

¹⁴⁹ LEVEQUE François, « La décision du TPICE contre Microsoft : ou est passée l'économie ? », Revue Lamy de la Concurrence, janvier-mars 2008, n°14, p22.

¹⁵⁰ Communication de la Commission, 24 février 2009, op. cit., point 78.

¹⁵¹ U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, « Antitrust enforcement and intellectual property rights : promoting innovation and competition », 2007, disponible en ligne : <http://www.justice.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf>.

¹⁵² Image Technical Services Inc. v. Eastman Kodak Co, 125-F.3d 1195, 9th Cir. 1997.

¹⁵³ In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation CSU, L.L.C., (...) v.Xerox Corporation, 203-F.3d 1322, Fed. Cir. 2000.

¹⁵⁴ 125-F.3d at 1219.

free from liability under the antitrust laws »¹⁵⁵. Le rapport a donc pour but de clarifier la situation. Le débat qui anime la doctrine américaine est le même que celui qui anime la doctrine européenne. Le rapport relève que « all forms of commercial property (...) involve some investment to create or protect the property (...) with the hope of some financial return that has to be based in some significant part on the ability to exclude others. » Il n'y a donc aucune raison de différencier le traitement de la propriété intellectuelle des autres formes de propriété. De plus, le rapport rappelle que dans certains cas des pratiques concernant des brevets ont entraîné une responsabilité antitrust. L'intervention du droit de la concurrence dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle n'est donc pas nouvelle. Le Département de la Justice en arrive donc à l'affirmation que « If a unilateral refusal to license patents were found to violate the antitrust laws, one appropriate remedy likely would entail compulsory licensing. »

Comment la jouissance d'un droit de propriété intellectuelle peut-elle contrevenir aux prescriptions du droit antitrust ? Tout d'abord, le rapport rappelle que « as a threshold matter, antitrust liability for refusal to assist competitors - whether by licensing patents or otherwise - is a rare exception to the ordinary rules of antitrust. » Le refus de fourniture en général est déjà une exception dans l'ensemble du droit antitrust, c'est donc un thème à aborder sans trop de passion. Kodak est la seule affaire concernant un droit de propriété intellectuelle ou une violation de la Section 2 du Sherman Act a été constatée, des affaires similaires seront donc exceptionnelles à l'avenir selon le rapport. En fait, le rapport donne l'impression qu'il ne veut pas se positionner définitivement : il relève les désaccords de la doctrine américaine en soulevant certains arguments, qui sont les mêmes qu'en Europe. Le seul point d'accord de la doctrine relevé par le rapport constate que « conditional refusals to license could cause competitive harm and should not be immune from antitrust liability. Panelists also agreed that the judicial decisions do not provide satisfactory guidance. » Il faudrait donc combattre ces refus aux conséquences anticoncurrentielles, mais la jurisprudence reste à construire.

¹⁵⁵ 203-F.3d at 1327.

VI) L'ACCÈS DES TIERS À LA FACILITÉ ORGANISÉ.

- Le thème est difficile à aborder, en effet très peu d'affaires ont conduit à une décision concrète des autorités de concurrence européenne ou de la Cour Suprême des EUA. Dans les affaires européennes évoquées précédemment, seules les jurisprudences Magill et Microsoft ont données lieu à une organisation de l'accès décidée par les autorités européennes ; l'affaire Sealink n'a pas donné lieu à l'organisation de l'accès (la situation ne nécessitait plus l'adoption de mesures d'urgence) ; quant aux affaires Bronner et IMS, la CJCE se prononçait dans le cadre de questions préjudicielles.

Aux EUA, la Cour Suprême a bien développé les conditions de l'accès dans l'affaire Terminal Railroad ; mais dans la jurisprudence Associated Press l'organisation de l'accès concernait l'interdiction de la discrimination dans les statuts de l'Association (on est donc dans une situation spécifique, qui peut être écartée) ; quant aux affaires Otter tail et Aspen elle n'a fait que confirmer les décisions des Cour d'Appel ; et enfin dans la jurisprudence Trinko elle a rejeté la demande. Il faut donc principalement s'appuyer sur les jurisprudences Terminal Railroad, Magill et Microsoft.

A) Dans l'affaire Terminal Railroad¹⁵⁶ précédemment étudiée, la Cour Suprême a monté une solution originale. La Cour Suprême encadre véritablement l'ordonnance que devra prendre la Cour de District en fixant sept exigences précises. Entre autre, les nouveaux statuts de la société doivent permettre « the admission of any existing or future railroad to joint ownership and control of the combined terminal properties, upon such just and reasonable terms as shall place such applying company upon a plane of equality in respect of benefits and burdens with the présent proprietary companies. »¹⁵⁷ d'une part, mais aussi l'utilisation des facilités par toute compagnie ne souhaitant pas devenir associée « upon such just and reasonable terms and regulations as will, in respect of use, character, and cost of service, place every such company upon as nearly an equal plane as may be with respect to expenses and charges as that occupied by the proprietary companies .» La Cour exige donc non seulement que les nouveaux statuts permettent l'entrée de nouveaux membres dans l'association et l'utilisation par ceux-ci des facilités aux mêmes conditions que les membres initiaux, mais elle exige également que des compagnies non membres puissent utiliser ces facilités à des prix aussi proches que possible des charges supportées par les membres. Cette deuxième exigence pose

¹⁵⁶ Cour Suprême des EUA, United States v. Terminal Railroad Association, op. cit.

¹⁵⁷ Page 224 US 411.

problème : d'un côté la Cour admet qu'une compagnie non membre paye plus cher pour l'accès à la facilité puisque sa non qualité de membre la soustrait aux charges de l'association, mais de l'autre elle exige que ce prix soit le plus proche possible des charges supportées au final par les compagnies membres. Pourquoi ? Pour que ces compagnies non membres ne soient pas défavorisées sur le marché de l'activité. On se rend compte ici de la difficulté d'accorder l'accès soulevée par AREEDA¹⁵⁸ : Comment définir les conditions d'accès ?

La Cour dans cette affaire fixe les grandes lignes, mais ne donne pas de directives précises pour les conditions d'accès des non membres. Elle soumet cependant l'application de la décision au contrôle de la Cour de District. Et en cas d'impossibilité des parties de parvenir un accord pour refondre l'association, la Cour de renvoi devra alors organiser la dissolution de celle-ci. Cette réponse a le mérite de pousser les parties à trouver une solution.

- La Commission dans l'affaire Sealink¹⁵⁹ n'a pas eu besoin finalement de se prononcer sur les conditions d'accès : elle a été saisie pour prendre des mesures d'urgence, mais comme les parties sont arrivées à un accord ces mesures d'urgence ne sont plus d'aucune utilité, mais la Commission a tout de même relevé que « jusqu'au 1^{er} octobre 1993, Sealink n'a pas offert à SC l'accès au port de Holyhead dans des conditions non discriminatoires »¹⁶⁰. Si les parties n'avaient pas trouvé d'accord, on peut avancer avec quasi certitude que la Commission aurait ordonné l'accès à la facilité jugée essentielle. Cette possibilité est aujourd'hui prévue à l'article 8 du règlement n°1/2003¹⁶¹.

- Ainsi, la Cour Suprême comme la Commission s'attaquent aux situations où le titulaire de la facilité utilise son contrôle sur celle-ci pour imposer des conditions discriminatoires à un concurrent sur un marché dérivé. Ces deux autorités entendent construire une égalité d'accès à la facilité pour favoriser la concurrence sur le marché dérivé.

B) Les autorités européennes ont dégagé la notion de « conditions raisonnables et non discriminatoires » dans leur jurisprudence. En effet, elles peuvent imposer « toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale, qui soit proportionnée à l'infraction

¹⁵⁸ AREEDA Philipp, « Essential facilities, an epithet in need of limiting principles », op. cit.

¹⁵⁹ Commission Européenne, Sea Containers contre Stena Sealink, op. cit.

¹⁶⁰ Point 76 de la décision.

¹⁶¹ Règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, paru au JOCE du 4 janvier 2003.

commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction »¹⁶². Elles peuvent donc imposer des conditions d'accès, imposer au titulaire de proposer des conditions, imposer aux parties de négocier l'accès... Mais ces conditions ne sont pas définies et relèvent des faits de l'espèce et de l'analyse économique. Elles sont le résultat d'une opération extrêmement complexe. La notion de « conditions non discriminatoires » signifie égalité pure et simple des conditions d'accès selon TEMPLE LANG¹⁶³. La notion de « conditions raisonnables » est une notion encore plus difficile à mettre en œuvre. Il faut à la fois préserver l'efficacité du titulaire de la facilité sur le marché dérivé en même temps permettre au nouvel entrant d'avoir une place sur ce marché. Faut-il assurer au titulaire de la facilité de ne pas être confisqué de son bien ? Ou assurer au nouvel entrant des conditions d'utilisation orientées vers les coûts ? La solution est sûrement médiane, dépend énormément des faits, doit concilier le principe de non confiscation du propriétaire et le principe d'efficacité allocative du marché de l'activité¹⁶⁴.

On réalise alors à quel point le rôle de l'économiste va être fondamental dans la détermination des conditions d'accès. Les parties au procès et l'autorité de concurrence ont besoin de l'aide de spécialistes, qui à partir des données du marché concerné, vont pouvoir leur fournir des éléments pour apprécier ces conditions. Il n'y a donc pas de règles établies qui pourraient être énoncées, mais il y a plutôt des principes, ou même des pistes.

- Si la facilité est tangible, elle nécessite des coûts d'entretien, dans ce cas le titulaire de la facilité peut distinguer dans sa comptabilité entre les coûts nécessaires pour lui-même et les coûts nécessaires pour le nouvel entrant. Le juriste peut utiliser la méthode des ciseaux tarifaires pour vérifier si les conditions ne sont pas déraisonnables.

- Si la facilité est intangible, elle ne nécessite pas de coûts d'entretien, alors comment déterminer un prix d'accès ? DEZOBRY relève « l'application de cette théorie ne se conçoit que comme un moyen de remettre en cause une protection considérée à certains égards comme abusivement accordée. Dès lors la question du prix devient gênante. En effet, peut-on réellement envisager de fixer un prix pour une licence dont on conteste le fondement même? »¹⁶⁵ En même temps, on comprend que l'entreprise en position dominante soit moins incitée à innover si le montant de la redevance est nul ou proche de zéro. Les situations

¹⁶² Article 7 du Règlement n°1/2003, op. cit.

¹⁶³ TEMPLE LANG John, « Defining legitimate competition : companies' duty to supply competitors and access to essential facilities », *Fordham International Law Journal* 1994, vol. 18, p 284.

¹⁶⁴ DEZOBRY Guillaume, op. cit., p 370.

¹⁶⁵ DEZOBRY Guillaume, op. cit., p 382.

mettant en cause des droits de propriété intellectuelle sont particulièrement délicates : comment déterminer le montant de la licence obligatoire ? « Sa détermination relève alors du seul rapport de force entre l'autorité de concurrence et le propriétaire des brevets ou des droits d'auteurs. Observons, par exemple, que la Commission et Microsoft n'ont pas réussi à trouver un terrain d'entente avant la décision finale du Tribunal de première instance, et que, grâce à elle, la Commission a obtenu de Microsoft un montant de la licence égal à 7 % de la somme initialement réclamée. »¹⁶⁶ Microsoft n'a finalement offert la licence à des conditions jugées raisonnables et non discriminatoires par la Commission qu'à la suite de la confirmation de la condamnation par le TPICE, et fut condamnée par la Commission à une astreinte de 899 millions d'euros sur le fondement de l'article 24 du règlement 1/2003 pour ne pas avoir rempli ses obligations avant le 22 octobre 2007.

- D'autres éléments entrent encore en compte : la durée de l'accès ou la capacité d'accueil de la facilité. L'accès accordé entraîne des coûts d'investissement pour le nouvel entrant sur le marché dérivé, il faut donc prendre en compte le temps d'amortissement des investissements. Le juge doit également prendre en considération la capacité d'accueil de la facilité, si celle-ci est limitée, il devra sélectionner parmi les candidats à l'entrée sur le marché dérivé. Les questions que soulève la décision d'accès sont donc immenses et font intervenir des éléments économiques que tous les acteurs d'une procédure ne possèdent pas. La détermination des conditions est donc une opération longue et complexe pour les parties comme pour le juge, ce qui permet d'affirmer que « la théorie des facilités essentielles (...) est une façon jurisprudentielle d'arriver à un système de régulation. »¹⁶⁷

- Cette opération est tellement complexe, que les autorités cherchent à l'éviter : dans l'affaire Magill, la Commission a enjoint aux compagnies de télévision de proposer elles-mêmes des conditions d'accès raisonnables et non discriminatoires. La remarque du professeur LEVEQUE, « La formulation générale retenue pour les remèdes de licence forcée selon des termes raisonnables et non discriminatoires n'offre pas actuellement une réponse satisfaisante. »¹⁶⁸ est en fait également valable pour les conditions d'accès à des facilités tangibles. Si le défendeur n'offre pas des conditions jugées raisonnables, il est alors sous la menace d'une nouvelle action de la Commission comme ce fut le cas dans l'affaire Microsoft.

¹⁶⁶ LEVEQUE François, « La décision du TPICE contre Microsoft : ou est passée l'économie ? », op. cit., p 23.

¹⁶⁷ FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Définition du droit de la régulation économique », Recueil Dalloz 2004, p 126.

¹⁶⁸ LEVEQUE François, « La décision du TPICE contre Microsoft : ou est passée l'économie ? », op. cit., p25.

- Les autorités de concurrence en Europe comme aux EUA sont confrontées aux mêmes problématiques dans la détermination des conditions de l'accès, elles soulèvent les mêmes interrogations, les mêmes débats, souvent les mêmes réponses comme le montre la comparaison de la réponse apporté par la Cour Suprême dans l'affaire Terminal Railroad avec la jurisprudence européenne.

- En droit américain, comme nous l'avons vu en introduction, le fait pour un monopoleur de fixer un prix de monopole n'est en principe pas contraire au droit antitrust. Cependant, dans les circonstances que nous avons étudiées, si les conditions nécessaires sont réunies « the defendant will be obligated to provide access to the facility on reasonable and non discriminatory terms. »¹⁶⁹ Dans des circonstances exceptionnelles, le droit américain et le droit européen partagent donc cette culture de l'accès organisé par le juge. Cette opération est longue et complexe pour l'ensemble des parties au litige, et en premier lieu pour le juge, qui « ne dispose pas des moyens suffisants en termes de temps, de formation et d'effectifs pour utiliser pleinement les outils économiques mis à sa disposition. De ce fait, les parties au litige doivent convaincre, dans des termes non spécialisés, du bien fondé de leur thèse et parler le langage de tous : ceci sert un propos démocratique. »¹⁷⁰

¹⁶⁹ HOVENKAMP Herbert, JANIS Mark D, LEMLEY Mark A, LESLIE Christopher R, op. cit, p 13-13.

¹⁷⁰ LEGAL Hubert, « Le juge et l'analyse économique », ateliers de la concurrence de la DGCCRF, disponible en ligne : www.dgccrf.bercy.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/analyse_eco4.htm

Bibliographie :

1) Textes de lois, jurisprudence et communications des autorités de concurrence.

A) Aux Etats-Unis.

- US Code, Title 15, Chapter 1, Monopolies and combinations in restraint of trade, §1.
- US Code, Title 15, Chapter 1, Monopolies and combinations in restraint of trade, §2.
- site internet du Département de la Justice : www.justice.gov
- site internet de la Federal Trade Commission : www.ftc.gov
- US Department of Justice, « Competition and monopoly : single firm conduct Under Section 2 of the Sherman Act », disponible sur : www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm
- U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, « Antitrust enforcement and intellectual property rights : promoting innovation and competition», 2007, disponible en ligne : www.justice.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf.
- Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, United States v. Terminal Railroad Association, 224 US 383, 1912.
- Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, United States v. Colgate & Co, 250 US 300, 1919.
- Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, Associated Press v. US, 326 US 1, 1945.
- Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, Otter Tail Power Co. v. US, 410 US 366, 1973.
- Hecht v. Pro Football, Inc, 570 F.2d 982, 992, 1977.

- MCI Communications Corporation and MCI Telecommunications Corporation v. AT&T Company, 708 F.2d. 1081, 1983.
- Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing, 472 US 585, 1985.
- Image Technical Services Inc. v. Eastman Kodak Co, 125-F.3d 1195, 9th Cir. 1997.
- In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation CSU, L.L.C., (...) Xerox Corporation, 203-F.3d 1322, Fed. Cir. 2000.
- Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko LLP, 540.US.682, 2004.

B) En Europe.

- Article 102 TFUE.
- Règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, paru au JOCE du 4 janvier 2003.
- site internet de l'Union Européenne : http://europa.eu/index_fr.htm
- Communication de la Commission, 24 février 2009, « 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 », 2009/C 45/02.
- site internet de la DGCCRF : www.dgccrf.bercy.gouv.fr/
- CJCE, Hoffman Laroche, n° C-85/76, 1979.
- Commission Européenne, Sea Containers contre Stena Sealink, 94/19/CE, 1993.
- CJCE, Magill, n° C-241/91, 1995.

- CJCE, Bronner, n° C-7/97, 1998.
- CJCE, IMS, n° C-418-01, 2004.
- Commission Européenne, Microsoft, COMP/C-3/37.792, 2004.
- TPICE, Microsoft, T-201/04, 2007.

2) Ouvrages et articles de doctrine.

- AHLBORN Christian, EVANS David, PADILLA Jorge, « The logic and limits of the exceptional circumstances test in Magill and IMS Health », Fordham International Law Journal 2005, vol. 28, p 1141.
- AREEDA Philipp, « Essential facilities : an epithet in need of limiting principles », Antitrust Law Journal, 1989-1990, vol. 58, p 847.
- BENZONI Laurent, « L'utilité des outils économiques », ateliers de la concurrence de la DGCCRF, disponible en ligne : www.dgccrf.bercy.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/analyse_eco3.htm
- BERGMAN MATS A., « The role of the essential facilities doctrine », Antitrust Bulletin, 2001, vol. 46, p 403.
- BLUMANN Claude, DUBOUIS Louis, « Droit matériel de l'Union Européenne », Montchrestien, Précis Domat, 2009.
- BRUNET François et CANIVET Guy (sous la direction de), « Le nouveau droit communautaire de la concurrence », LGDJ, Droit des affaires, 2008.

- COTTER Thomas, « Intellectual property and the essential facilities doctrine », The antitrust bulletin, 1999, vol. 44, p 228.

- DEMSETZ Harold, « Why regulate utilities ? », Journal of Law and Economics, volume 11, 1968, p 55-65.

- DEZOBRY Guillaume, « La théorie des facilités essentielles », LGDJ, Lextenso éditions, bibliothèque de droit international et communautaire, 2009.

- FERRIER Didier, « L'essentiel de l'année 2007 », Recueil Dalloz 2008, p 2193.

- FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Définition du droit de la régulation économique », Recueil Dalloz 2004, p 126.

- GERADIN Damien, « Limiting the scope of article 82 EC : what can the EU learn from the US Supreme Court judgment in Trinko in the case of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom. », Common Market Law Review, December 2005. p 1540.

- HOVENKAMP Herbert, « IP and antitrust, an analysis of antitrust principles applied to intellectual property law », Aspen Publishers, 2002.

- IDOT Laurence, « Abus de position dominante : du nouveau sur la conciliation entre concurrence et droits de propriété intellectuelle », Europe n°6, juin 2004, comm. 214.

- IDOT Laurence, « L'arrêt Microsoft : simple adaptation ou nouvelle interprétation de l'article 82 CE ? », Europe n°12, décembre 2007, étude 22.

- KORAH Valentine, « The interface between intellectual property and antitrust law : the European experience. », Antitrust Law Journal, 2001, vol. 69, p 801.

- LAINE Mathieu, « Arrêt Microsoft : coup de frein à l'innovation ! », Les Echos, 18 septembre 2007, p 21.

- LAINE Mathieu, « Réponse à Félix ROME sur la décision Microsoft », Recueil Dalloz 2007, p 3082.

- LEGAL Hubert, « Le juge et l'analyse économique », ateliers de la concurrence de la DGCCRF, disponible en ligne : www.dgccrf.bercy.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/analyse_eco4.htm

- LEVEQUE François, MENIERE Yann, « Economie de la propriété intellectuelle », Paris, La Découverte, Repères, 2003.

- LEVEQUE François, « La décision du TPICE contre Microsoft : ou est passée l'économie ? », Revue Lamy de la Concurrence, janvier-mars 2008, n°14, p22.

- LUCAS DE LEYSSAC Claude, « Approche juridique des effets de la propriété intellectuelle sur la concurrence », ateliers de la concurrence de la DGCCRF, disponible en ligne : www.dgccrf.bercy.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/droit_concub.htm

- MARQUARDT Paul D, LEDDY Mark, « The essential facilities doctrine and intellectual property rights : a response to Pitofsky, Patterson and Hooks », Antitrust Law Journal n°70, 2002-2003, p 847.

- MATS A. BERGMAN, « The rôle of the essential facilities doctrine », The Antitrust Bulletin / Summer 2001, vol. 46, p 418.

- NAUGES Sabine, « L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », L'actualité juridique du droit administratif 2007, p 672.

- O'DONOGHUE Robert, PADILLA Jorge, « The law and economics of article 82 EC », Portland, Hart Publishing 2006.

- OWEN Bruce M, « Determining optimal access to regulated essential facilities », Antitrust Law Journal, 1989-1990, vol. 58, p 887.

- PITOFSKY Robert, PATTERSON Donna, HOOKS Jonathan, « The essential facilities doctrine under US antitrust law », *Antitrust Law Journal*, 2002, vol. 70.

- POLLAUD-DULIAN Frédéric, « Abus de position dominante. Droit exclusif. Refus d'octroyer une licence. Base de données. Infrastructures ou installations essentielles », *RTD Com.* 2004, p 491.

- PRIETO Catherine, « La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain », *Recueil Dalloz* 2007, p 2884.

- RICHER Laurent, « Le droit à la paresse ? Essential facilities, version française », *Recueil Dalloz* 1999, p 523.

- RIDYARD Derek, « Essential facilities and the obligation to supply competitors under UK and EC Competition Law », *European Competition Law Review* 1996, vol. 17, n°8, pp 438-452.

- ROME Félix, « Europe : 497 – Etats-Unis : 0 ! », *Recueil Dalloz* 2007, p 2521.

- SARDAIN Frédéric, « L'arrêt IMS Health : une révolution ? », *Recueil Dalloz* 2004, p 2366.

- SCHUMPETER Joseph, « Capitalisme, socialisme et démocratie », édition française, Payot, 1969, p 150.

- SEELEN Christopher, « What does it mean to be essential ? », *Market Law Review*, vol. 80, 1997, p 1177.

- STIGLER George, « The organisation of industrie », Richard D. Irwin 1968.

- STRATAKIS Alexandros, « A study on essential facility doctrine : a comparative approach under US and EU competition law and proposals to China's practise », *European Competition Law Review*, 2006, n°8.

- TEMPLE LANG John, « Defining legitimate competition : companies' duties to supply competitors and access to essential facilities », Fordham International Law Journal 1994, vol. 18, p 439.

- VANNINI Claire, « L'affaire Microsoft : le droit de la concurrence saisi par le politique », Questions d'Europe n°80, disponible sur le site de la fondation Robert SCHUMAN : www.robert-schuman.eu/question_europe.php?num=qe-80#ancre_11

- VOGEL Louis, « Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence », JCP édition générale 1994, n°6, p 73-78.

- VOGEL Louis, « L'économie, serviteur ou maître du droit ? », Mélanges offerts à André Decocq, Litec, 2004.

- VOGEL Louis, « Le juriste face à l'analyse économique », ateliers de la concurrence de la DGCCRF, disponible en ligne : www.dgccrf.bercy.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/analyse_eco2.htm