

## « *Essential Facilities* » : doctrine essentielle ou facilité d'expression ? Regards croisés sur les droits américain et européen de la concurrence

Olivier van der Haegen

Volume 39, numéro 2, 2009

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1027074ar>  
DOI : <https://doi.org/10.7202/1027074ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)  
2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

van der Haegen, O. (2009). « *Essential Facilities* » : doctrine essentielle ou facilité d'expression ? Regards croisés sur les droits américain et européen de la concurrence. *Revue générale de droit*, 39(2), 413–453.  
<https://doi.org/10.7202/1027074ar>

Résumé de l'article

L'étude porte sur la doctrine des « facilités » essentielles en droit de la concurrence. Selon la doctrine des « facilités » essentielles, une entreprise possédant une installation, un service ou une infrastructure importante et unique, peut être astreinte à donner accès à cette « facilité » à d'autres entreprises qui, sans pareil accès, ne sauraient exercer leurs activités sur le marché concerné. Le but du présent article est de broser un tableau général de la doctrine en comparant son application en droit américain et en droit européen de la concurrence. L'article examine les raisons qui ont conduit à l'élaboration de la doctrine et son application par la Cour suprême et les juridictions inférieures américaines, les conditions de son application aux États-Unis, ainsi que la place importante occupée par les cas impliquant des droits de propriété intellectuelle. L'auteur examine ensuite la doctrine à l'aune du droit européen, en attirant l'attention sur les différences principales entre les ordres juridiques, ainsi que sur les controverses soulevées par son application en Europe. L'auteur termine par la question de la nécessité et de la légitimité de la doctrine dans les deux ordres juridiques concernés.

---

**« Essential Facilities » :  
Doctrine essentielle  
ou facilité d'expression?  
Regards croisés sur les droits américain  
et européen de la concurrence**

**OLIVIER VAN DER HAEGEN**

Étudiant au Collège d'Europe, Bruges et ancien étudiant d'échange  
à l'Université d'Ottawa

**RÉSUMÉ**

*L'étude porte sur la doctrine des « facilités » essentielles en droit de la concurrence. Selon la doctrine des « facilités » essentielles, une entreprise possédant une installation, un service ou une infrastructure importante et unique, peut être astreinte à donner accès à cette « facilité » à d'autres entreprises qui, sans pareil accès, ne sauraient exercer leurs activités sur le marché concerné. Le but du présent article est de brosser un tableau général de la doctrine en comparant son application en droit américain et en droit européen de la concurrence. L'article examine les raisons qui ont conduit à l'élaboration de la doctrine et son application par la Cour suprême et les juridictions*

**ABSTRACT**

*This study deals with the essential facilities doctrine in competition law. The purpose of the doctrine is to impose upon an undertaking in possession of an important and unique facility a duty to give access to the facility to other undertakings which cannot pursue their own activity without such access. The article aims at comparing the highlights of the doctrine under US and EU competition law. It analyses how the doctrine emerged and has been applied by the Supreme Court and the lower courts in the United States, which conditions trigger the duty to give access under US law and the importance of the cases involving intellectual property rights. The author*

*inférieures américaines, les conditions de son application aux États-Unis, ainsi que la place importante occupée par les cas impliquant des droits de propriété intellectuelle. L'auteur examine ensuite la doctrine à l'aune du droit européen, en attirant l'attention sur les différences principales entre les ordres juridiques, ainsi que sur les controverses soulevées par son application en Europe. L'auteur termine par la question de la nécessité et de la légitimité de la doctrine dans les deux ordres juridiques concernés.*

**Mots-clés :** « *Facilités* » essentielles, concurrence, antitrust américain, article 2 de la Sherman Act, monopolisation, droit européen de la concurrence, article 82 du Traité CE, obligation de donner accès, refus de traiter avec ses concurrents, abus de position dominante, propriété intellectuelle.

*turns then to examine in the same way the doctrine under EU competition law, stressing the main differences with the US and the principal controversies raised by its application in Europe. The author concludes by addressing the question of the necessity and legitimacy of the doctrine under both legal systems.*

**Key-words :** *Essential facilities, Competition, US antitrust, Section 2 Sherman Act, Monopolization, European Competition Law, Section 82 of the EC Treaty, Duty to give access, Refusal to deal, Abuse of dominant position, Intellectual Property.*

---

## SOMMAIRE

Introduction.....	415
I. « <i>Essential facilities</i> » en droit américain.....	417
A. Les arrêts de la Cour suprême : des stylobates peu fiables...	417
B. Les juridictions inférieures : conceptrices de la « doctrine » ..	422

C.	L'examen des conditions requises par les juridictions inférieures.....	424
D.	Les droits de propriété intellectuelle : une application orthodoxe de la doctrine? .....	427
E.	Conclusions de la première division .....	429
II.	La doctrine des facilités essentielles en droit européen .....	430
A.	Les infrastructures matérielles.....	431
1.	Les décisions de la Commission européenne.....	431
2.	Les juridictions européennes .....	433
3.	L'examen des conditions requises .....	435
B.	Les droits de propriété intellectuelle : « le grand écart ».....	440
1.	La trilogie <i>Magill</i> — <i>IMS Health</i> — <i>Microsoft</i> .....	440
2.	Analyse de l'incorporation des droits de propriété intellectuelle dans la doctrine des facilités essentielles.....	446
III.	Comparaison des deux systèmes et regards sur la nécessité d'une « doctrine » .....	447
A.	Différence dans la conception de l'abus et l'analyse des marchés.....	447
B.	Comparaison des critères déterminant le caractère « essentiel » d'une installation .....	449
C.	Doctrine essentielle ou facilité d'expression?.....	450
	Conclusion .....	452

## INTRODUCTION

1. Il est des cas où une entreprise exploite, contrôle ou détient une installation, une infrastructure ou des services, appelés de manière générique « facilités », qui ne peuvent être recréées par des moyens raisonnables et dont l'accès est indispensable aux concurrents pour exercer leur activité sur le marché concerné. Face à ces situations, le droit de la concurrence s'est vu, de longue date, forcé de dénouer un véritable nœud gordien. En effet, il est généralement pro-concurrentiel de permettre à une entreprise détentrice d'une installation, construite ou acquise de manière régulière, d'en faire un

usage exclusif<sup>1</sup>. Pareil usage est le couronnement d'efforts accomplis par l'entreprise et, généralement, le résultat de son innovation. De même, il est habituellement pro-compétitif d'enjoindre aux concurrents de construire leur propre installation, si nécessaire pour assurer leur place sur un marché<sup>2</sup>. Dans certains cas toutefois, et pour diverses raisons, obliger l'entreprise détentrice à donner accès à son installation semble la seule solution pour inoculer un certain degré de concurrence dans un marché qui en manquerait. Des conditions et des critères ont donc été élaborés pour astreindre, dans des situations restrictives, le détenteur à pareille obligation, et le sanctionner en cas de non-respect. Il s'agit de la théorie ou de la doctrine dite des « *essential facilities* ».

2. Dans la présente étude, nous proposons de faire une analyse comparée de cette doctrine en droit américain et européen de la concurrence. Nous consacrerons la première division à l'examen du droit américain et le deuxième au droit européen. La théorie des « facilités » essentielles est hautement controversée, à la fois quant à son champ d'application, sa raison d'être, mais également quant à son existence en tant que « doctrine »<sup>3</sup>. Ces controverses furent exacerbées par son invocation dans des cas où l'installation était protégée par des droits de propriété intellectuelle. Nous examinerons cette question dans chacun des deux ordres juridiques. La troisième division tentera ensuite d'effectuer une certaine comparaison de la manière dont la doctrine est appliquée en droit américain et en droit européen. Il s'agira alors d'essayer

---

1. John TEMPLE LANG, « The Principle of Essential Facilities in European Community Competition Law — The Position Since *Bronner* », (2000) 1 *J. of Network Industries* 375.

2. *Ibid.*

3. Attirons l'attention du lecteur sur le fait que le mot « doctrine » sera utilisé tout au long de l'exposé dans son sens en common law. La terminologie ne sera donc pas employée pour décrire les commentaires et les évaluations analytiques du droit et de la jurisprudence par les auteurs et spécialistes. Le terme « *legal doctrine* » en common law est utilisé « as consisting of propositions and assertions about the legal norms, in relation to hypothetical future decisions ». Par « doctrine » on entend donc, en l'espèce, un schéma systématique et cohérent d'application du droit de la concurrence lorsqu'on est en présence d'une « facilité » supposée essentielle. In Vassilis HATZOPOULOS, « Refusal to Deal. The EC Essential Facilities Doctrine », dans Giuliano AMATO, Claus-Dieter EHLERMANN (dir.), *EC Competition Law. A Critical Assessment*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 361.

de répondre à la question : « *essential facilities* : doctrine essentielle ou facilité d'expression » ?

### I. « *ESSENTIAL FACILITIES* » EN DROIT AMÉRICAIN

3. La doctrine des « facilités » essentielles étant apparue d'abord dans le droit antitrust des États-Unis, il est légitime d'y consacrer la première partie de notre exposé. Dans la présente division, nous proposons d'examiner en premier lieu les arrêts de la Cour suprême. Ensuite, nous analyserons les décisions des juridictions inférieures et examinerons les conditions d'application de la doctrine. Enfin, nous consacrerons une dernière section à l'incorporation des droits de propriété intellectuelle dans la théorie des « *essential facilities* ».

#### A. LES ARRÊTS DE LA COUR SUPRÊME : DES STYLOBATES PEU FIABLES

4. Les spécialistes s'accordent à dire que c'est dans son arrêt *United States v. Terminal Railroad Association* de 1912 que la Cour suprême des États-Unis a posé les premiers jalons de la théorie des « facilités » essentielles<sup>4</sup>. Les entreprises défenderesses possédaient ensemble la majorité des voies ferrées conduisant à la ville de Saint-Louis et avaient acquis les seules infrastructures ferroviaires qui permettaient le passage du fleuve Mississippi. La Cour estima qu'il était de ce fait impossible pour une compagnie ferroviaire non membre de l'association d'organiser des trajets vers et depuis Saint-Louis sans utiliser les infrastructures des défendeurs. Ceux-ci furent astreints à donner accès aux voies à d'autres compagnies et à des conditions non discriminatoires<sup>5</sup>.

5. Depuis cet arrêt emblématique, la Cour suprême a appliqué à plusieurs reprises les principes dégagés dans l'affaire

---

4. *United States v. Terminal Railroad Associations of St. Louis*, (1912) 224 U.S. 383; Barry DOHERTY, « Just What Are Essential Facilities? », (2001) 38 *CML Rev.* 397, 398; Robert PITOFKY, Dona PATTERSON, Jonathan HOOKS, « The Essential Facilities Doctrine Under U.S. Antitrust Law », (2002-2003) 70 *Antitrust Law Journal* 443, 445.

5. *United States v. Terminal Railroad Associations of St. Louis*, *supra*, note 4, 407-408.

*Terminal Railroad Association*<sup>6</sup>. Avant d'examiner quelques-unes des grandes décisions qui ont suivi, il est important de noter que la théorie n'est pas née de manière autonome, isolée des règles du droit antitrust appliquées jusqu'alors. La doctrine fut articulée comme une exception à la règle primordiale selon laquelle une entreprise n'a pas d'obligation de traiter avec ses concurrents. Cette règle générale a été établie expressément par la Cour dans l'arrêt *United States v. Colgate & Co.*, en 1919<sup>7</sup>. Ainsi, comme l'expliquent P. Pitofsky, D. Patterson et J. Hooks : « the doctrine [of essential facilities] is one long-standing limitation on the general rule that a firm has no obligation to deal with its competitors »<sup>8</sup>.

6. La Cour suprême s'est ensuite prononcée sur la base des principes dégagés dans *Terminal Railroad Association* à l'occasion de l'affaire *Associated Press v. United States*<sup>9</sup>. *Associated Press (AP)*, une société rassemblant plusieurs entreprises de journaux, avait pour but de rechercher et de réunir les informations quotidiennes, pour ensuite les fournir aux différents membres. Les informations n'étaient pas accessibles aux non-membres. Les statuts de la société permettaient l'entrée de nouveaux membres (d'autres entreprises de journaux), mais les conditions d'entrée étaient plus strictes pour les entreprises concurrentes des membres fondateurs. La Cour estima que l'accès aux services d'AP était vital pour de nouveaux entrants sur le marché des journaux et que les restrictions résultant des statuts étaient contraires à la *Sherman Act*<sup>10</sup>. Particulièrement intéressante est l'explication selon laquelle : « [although] true in a very general sense that [an owner of property] can dispose of his property as he pleases, he cannot go beyond the exercise of this right, and by contracts or combinations, express or implied, unduly hinder

6. Notons d'ores et déjà que la Cour suprême, bien qu'appliquant ces principes, n'a jamais *expressis verbis* admis l'existence d'une théorie ou d'une doctrine des « essential facilities ». Nous y reviendrons.

7. *United States v. Colgate & Co.*, (1919) 250 U.S. 300, cité par B. DOHERTY, *loc. cit.*, note 4, 398 et par Csongor István NAGY, « Refusal to Deal and the Doctrine of Essential Facilities in US and EC Competition Law : A Comparative Perspective and a Proposal for a Workable Analytical Framework », (2007) 5 *E. L. Rev.* 664, 667.

8. R. PITOFSKY, D. PATTERSON, J. HOOKS, *loc. cit.*, note 4, 446.

9. *Associated Press v. United States*, (1945) 326 U.S. 1.

10. *Id.*, 17-18.

or obstruct the free and natural flow of commerce »<sup>11</sup>. L'affaire *AP* a été une des premières à dévoiler certains travers de la théorie des « facilités » essentielles. En effet, la société de recherche d'informations *AP* n'était pas la seule de son espèce et ne détenait pas un monopole. Il existait d'autres sociétés offrant des services similaires, de sorte qu'il était difficile de parler d'une infrastructure *essentielle*<sup>12</sup>.

7. Dans l'examen que nous faisons de l'évolution de la doctrine dans les jugements de la Cour suprême, une attention particulière doit être portée à l'arrêt *Otter Tail*<sup>13</sup>. C'est à l'occasion de cette affaire, impliquant une société livrant de l'électricité directement aux consommateurs, que la Cour s'est, pour la première fois, prononcée sur un « refus de fournir » par une entreprise *isolée*, n'agissant pas dans le cadre d'une association<sup>14</sup>. *Otter Tail* fut condamnée à la suite du refus qu'elle opposa à certaines municipalités de leur livrer de l'électricité afin que celles-ci puissent exercer elles-mêmes l'activité de distribution. En sus, la compagnie d'électricité n'acceptait pas de fournir accès à son réseau de câblage, de sorte que les municipalités ne pouvaient se faire distribuer de l'électricité par d'autres producteurs plus éloignés. *Otter Tail*, en agissant de la sorte, se rendait coupable d'une « monopolisation » ou, à tout le moins, d'un « essai de monopolisation », ce qui était la condition pour qu'elle tombe sous le coup de l'article 2 de la *Sherman Act*<sup>15</sup>.

8. Enfin, c'est en 1985 que la Cour suprême a, pour la première fois, essayé d'encadrer les principes dégagés dans les arrêts précités. L'entreprise ne fut pas couronnée de succès et l'arrêt *Aspen* apporta en réalité plus de confusion que d'éclaircissements. Les faits sont simples : une entreprise dominante

---

11. *Id.*, 15.

12. B. DOHERTY, *loc. cit.*, note 4, 400.

13. *Otter Tail Power Co. v. United States*, (1973) 410 U.S. 366.

14. B. DOHERTY, *loc. cit.*, note 4, 400.

15. Le deuxième article de la *Sherman Antitrust Act* du 2 juillet 1890 énonce que : « 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, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court ».

gérant trois stations de ski refusa de prolonger un contrat la liant à une entreprise gérant une quatrième station de ski, et mit ainsi fin à la possibilité d'un forfait jumelé pour les quatre stations<sup>16</sup>. Comme dans les cas précédents, la Cour n'a pas saisi cette occasion de se prononcer sur l'existence d'une doctrine des « facilités » essentielles et se borna à constater une « monopolisation » illégale. Toutefois, elle définit certaines conditions dans lesquelles un refus de contracter peut être condamné. Ainsi, quatre facteurs furent pris en compte : (i) la relation d'affaires préexistante entre les parties et à laquelle la défenderesse a mis fin, (ii) l'absence de justification objective au refus de contracter, preuve étant faite que les profits de la défenderesse seraient plus importants de par l'existence d'un forfait commun, (iii) le grand intérêt pour les consommateurs de bénéficier des réductions inhérentes à un tel forfait, (iv) la question de l'intention (« *the intent* ») d'acquérir un monopole<sup>17</sup>. On le constate, la Cour a essayé de baliser les cas dans lesquels un refus de fournir accès à son installation peut être considéré comme illégal. Néanmoins, il est très difficile de savoir si l'ensemble de ces facteurs additionnels sont nécessaires pour qu'il y ait condamnation ou s'il s'agit d'éléments utilisés par le juge comme « arguments de confort », propres au cas d'espèce.

9. À l'examen, ces quatre arrêts, qui sont constamment cités comme étant les premières applications de la doctrine des « facilités » essentielles par le juge suprême, ne sont pas riches d'enseignements, ni quant à l'étendue de la doctrine, ni quant à ses conditions d'application, ni même quant à son existence. Il en ressort certainement que « the “essential facilities” doctrine is not an independent cause of action, but rather a type of monopolization claim »<sup>18</sup>. Dans un arrêt récent, la Cour suprême a même été plus loin en affirmant expressément qu'elle n'avait jamais reconnu l'existence d'une doctrine des « facilités » essentielles<sup>19</sup>. Cette retentissante

16. *Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation*, (1985) 472 U.S. 585.

17. C.I. NAGY, *loc. cit.*, note 7, 671.

18. R. PITOFSKY, D. PATTERSON, J. HOOKS, *loc. cit.*, note 4, 447.

19. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko LLP*, (2004) 540 U.S. 398, 409.

affaire *Trinko*, jugée en janvier 2004, concernait l'opérateur historique de téléphonie *Verizon*, qui se voyait accusé par ses concurrents de ne pas suffisamment partager son réseau, sésame indispensable pour l'entrée sur le marché. Les relations liant les opérateurs de téléphonie aux États-Unis doivent être analysées sous l'égide de la *Telecommunications Act* de 1996. Selon cette réglementation, les opérateurs déjà présents sur le marché doivent partager leur réseau sur la base de tarifs d'accès raisonnables, et certaines portions du réseau de l'opérateur présent doivent être dégroupées (« *unbundled* »). *Verizon* fut condamné à des amendes et injonctions pour non-respect de ces règles. Un abonné des services de téléphonie mobile, défendu par le cabinet d'avocats *Trinko*, a assigné *Verizon* au motif que son comportement constituait également un abus de monopole contraire à l'article 2 de la *Sherman Act*. La Cour suprême rejeta cette argumentation, se fondant sur l'arrêt *Aspen*. En effet, aucune preuve n'était apportée que *Verizon* avait l'intention de monopoliser le marché par le seul fait de ne pas respecter strictement les tarifs. De plus, il ne pouvait s'agir, en l'espèce, d'une installation essentielle à laquelle les concurrents n'avaient pas accès, car l'accès était rendu obligatoire par la loi. La Cour jugea que : « *Verizon's alleged insufficient assistance in the provision of service to rivals is not a recognized antitrust claim [...]. This conclusion would be unchanged even if we consider to be established law the "essential facilities" doctrine crafted by some lower courts [...]. We find no need either to recognize it or to repudiate it here. It is sufficient for present purposes to note that indispensable requirement for invoking the doctrine is the unavailability of access to the "essential facilities"; where access exists, the doctrine serves no purpose* »<sup>20</sup>. Certains auteurs en ont conclu, se référant notamment à *Aspen*, que « cette fois, la Cour ne se contente pas de laisser [la doctrine] de côté comme elle avait pu le faire dans des arrêts précédents, elle exprime en effet de fortes réserves sur sa logique même ». Et ces auteurs de renchéir :

---

20. *Id.*, 410.

« l'affaire *Trinko* éteint tout espoir de voir la Cour suprême adopter un jour la théorie des « facilités essentielles »<sup>21</sup>.

10. L'analyse de ce dernier arrêt conduit à se demander pourquoi les spécialistes ont tant parlé et continuent à discourir d'une doctrine des « essential facilities »? En réalité, comme l'a exprimé la Cour suprême dans *Trinko*, ce sont les juridictions inférieures qui ont contribué à ce qu'une véritable doctrine voie le jour<sup>22</sup>. Et ce, malgré les circonspections du juge suprême.

### B. LES JURIDICTIONS INFÉRIEURES : CONCEPTRICES DE LA « DOCTRINE »

11. « The essential facilities doctrine imposes a liability when one firm, which controls an essential facility, denies a second firm reasonable price access to a product or service that the second firm must obtain in order to compete with the first »<sup>23</sup>. Voici une définition simple et épurée de la doctrine dont il est question, élaborée par la *Ninth Circuit Court*, dans l'affaire *Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.*, en 1991. Il faut cependant remonter jusqu'en 1977 pour trouver le premier usage de l'expression « essential facilities » dans la jurisprudence des juridictions inférieures<sup>24</sup>, et en 1983 pour un premier examen des conditions de son application<sup>25</sup>. Dans l'affaire *MCI Communications v. AT&T*, il a ainsi été jugé que quatre éléments étaient indispensables pour condamner une entreprise sur la base de la doctrine des « facilités » essentielles : (i) il existe une installation ou un service dont l'accès est essentiel pour entrer en concurrence avec le détenteur du monopole qui la contrôle; (ii) il est impossible pour un con-

21. Tad LIPSKY, « L'arrêt *Verizon Communications/Trinko* et l'avenir des relations des autorités de la concurrence US/UE », *Bulletin Latham & Watkins Global — Competition Highlights* [En ligne]. avril 2004, n° 3, 5 et 8. [http://www.lw.com/upload/pubContent/\\_pdf/pub1033\\_1.pdf](http://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub1033_1.pdf) (page consultée le 22 mars 2008).

22. « A series of Circuit and District Courts have further explained the rationale, defined the scope and identified the conditions for the application of the [...] Supreme Court decisions, thereby giving rise to a "doctrine". » *In V. HATZOPOULOS*, *op. cit.*, note 3, 335.

23. *Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.*, (9th Cir. 1991) 948 F. 2d 536, 542, cité par R. PITOFSKY, D. PATTERSON, J. HOOKS, *loc. cit.*, note 4, 446.

24. *Hecht v. Pro-Football*, (DC Cir. 1977) 570 F. 2d 982, 992-993.

25. *MCI Communications v. AT&T*, (7th Cir. 1983) 708 F. 2d 1081.

current de reproduire l'installation ou le service de manière raisonnable; (iii) une entreprise concurrente se voit refuser l'accès à cette installation ou ce service; (iv) l'installation ou le service est de nature à pouvoir être mis à disposition<sup>26</sup>. Certains auteurs ajoutent une cinquième condition, à savoir l'absence de justification technique ou commerciale légitime de refuser l'accès à l'installation<sup>27</sup>. Notons cependant que l'absence de justification technique ou commerciale recoupe, à tout le moins partiellement, le fait que l'installation ou le service soit de nature à pouvoir être mis à disposition.

12. La réunion de ces conditions cumulatives, égrenées systématiquement par les juridictions inférieures aux États-Unis, devrait avoir pour conséquence de limiter fortement l'application de la doctrine. P. Pitofsky, D. Patterson et J. Hooks estiment ainsi que « given the stringency of the widely-adopted requirements set forth in *MCI Communications*, U.S. courts rarely find liability under the essential facilities doctrine »<sup>28</sup>. Par contraste, il est intéressant de reprendre le phrasé caustique de P. Areeda : « The doctrine has been invoked in a variety of cases which put the meaning of "essential" to the limit : a rock impresario seeking admission to the local auditorium, a maker of "muscle building food" supplements demanding that a body building magazine accepts his ads [...], to say nothing about Berkley who wants to know the results of Kodak's research before Kodak markets its own innovations »<sup>29</sup>. On l'aura compris, face à la doctrine des « facilités » essentielles, les auteurs oscillent, avec un degré variable d'intensité, entre le doucereux statut de thuriféraire et la délectable position de contempteur.

13. À titre illustratif de l'attitude des juridictions inférieures, notons que dans l'affaire *Aspen*, la *Tenth Circuit Court of Appeal* avait expressément qualifié le forfait jumelé

---

26. *Id.*, 1132-1133.

27. C.I. NAGY, *op. cit.*, note 7, 673; Mélanie THILL-TAYARA, Cyrille COUADOU, « Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles », *Contrats, conc., consom.*, mai 1999, n° 5, 5. Ces auteurs européens consacrent la première partie de leur exposé à l'analyse de la jurisprudence américaine.

28. R. PITOFSKY, D. PATTERSON, J. HOOKS, *loc. cit.*, note 4, 450.

29. Phillip E. AREEDA, Herbert HOVENKAMP, « Essential Facilities : An Epithet in Need of Limiting Principles », cité par B. DOHERTY, *loc. cit.*, note 4, 443. Ajoutons toutefois que ces plaintes n'ont pas toutes été couronnées de succès.

pour les quatre stations de ski de « “facilité” essentielle » à laquelle le défendeur se voyait refuser l'accès. Le juge constata ainsi une intention de monopoliser sous la forme d'un comportement visant à conduire le concurrent à la faillite<sup>30</sup>. Comme nous l'avons vu ci-dessus, la Cour suprême a confirmé cette décision mais a refusé d'avaliser le concept de « “facilité” essentielle ».

### C. L'EXAMEN DES CONDITIONS REQUISES PAR LES JURIDICTIONS INFÉRIEURES

14. Jetons à présent un regard sur chacune des conditions nécessaires à l'application de la doctrine en droit américain. La première concerne l'existence d'une « facilité » essentielle détenue par une entreprise en monopole. Pour satisfaire cette condition, deux éléments sont requis. Il faut, tout d'abord, que l'entreprise détienne un *pouvoir monopolistique*. Il est intéressant de constater que les auteurs américains s'attardent peu à la définition du marché sur lequel l'entreprise doit détenir pareil pouvoir. En effet, en matière de « facilités » essentielles, dans la plus grande majorité des cas, deux marchés distincts sont en jeu. Il s'agit du marché principal, généralement celui de la « facilité » essentielle, et du marché dérivé, souvent celui pour lequel l'accès à la « facilité » est nécessaire<sup>31</sup>. Par exemple, l'affaire *Associated Press*, examinée ci-dessus, concernait le marché des sociétés collectrices d'informations (dont faisait partie la société AP) et le marché des journaux quotidiens (pour lequel l'accès à AP était considéré comme essentiel). Cependant, il est des cas où il est difficile de distinguer clairement deux marchés. Ainsi, si certains auteurs estiment que dans l'affaire *Aspen*, il faut différencier

---

30. « The multiday, multiarea ticket is an “essential facility” that the [...] [defendant] had a duty to market jointly with [...] [the plaintiff] and the refusal by the defendant, “considered together with its other conduct”, was to create a monopoly ». In *Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation*, *supra*, note 16, 599.

31. Comme l'a exposé V. HATZOPOULOS, dans la chaîne de production, l'installation peut se trouver en amont (« *upstream* ») par rapport au marché dérivé (l'accès à un port ou un chemin de fer pour le marché du transport), en aval (« *downstream* », le réseau pour le transport et la distribution d'électricité), ou en parallèle (le programme d'ordinateur breveté nécessaire pour exploiter un ordinateur). In V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, note 3, 351.

le marché du forfait jumelé et celui de la gestion de stations de ski, d'autres estiment qu'il s'agit d'un « *prima facie one-market case* », où la distinction entre les marchés est purement artificielle<sup>32</sup>. Nous reviendrons sur ces questions techniques, hautement controversées en droit européen. Notons seulement, à ce stade-ci de l'exposé, qu'il semble qu'en droit américain la « facilité » essentielle doive non seulement être contrôlée par une entreprise en monopole, mais qu'il faille également que l'entreprise à laquelle l'accès est réclamé ait un pouvoir de domination sur le marché dérivé<sup>33</sup>.

15. Le deuxième élément compris dans la première condition est que l'accès à l'installation soit *essentiel* pour qu'une entreprise puisse entrer ou rester en concurrence avec le détenteur du monopole qui la contrôle. La question de savoir si l'installation est *essentielle* doit être résolue, non pas en fonction des caractéristiques de l'installation ou du service, mais en fonction des effets provoqués par le refus<sup>34</sup>. En effet, il est exigé que « the denial of its use inflicts a severe handicap on potential market entrants »<sup>35</sup>. Ainsi, « a facility controlled by a single firm will be considered "essential" only if control of the facility carries with it the power to eliminate competition; [...] this element does not go so far to require that the restriction cause the party denied access to go out of business »<sup>36</sup>.

16. Ensuite, la deuxième condition, qui recoupe partiellement le deuxième élément de la première, veut que *le concurrent ne puisse pas reproduire l'infrastructure ou le service pour des raisons pratiques ou économiques*. Il ressort de cette condition que, quand bien même il serait physiquement possible de construire une infrastructure identique, le demandeur peut invoquer la doctrine des « facilités » essentielles en

---

32. C.I. NAGY, *loc. cit.*, note 7, 671.

33. V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, note 3, p. 351; Sergio BACHES OPI, « The Application of the Essential Facilities Doctrine to Intellectual Property Licensing in the European Union and The United States: Are Intellectual Property Rights Still Sacrosanct? », (2001) 11 *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 440. S. Baches Opi se réfère au jugement *Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.*, *supra*, note 23.

34. C.I. NAGY, *loc. cit.*, note 7, 673.

35. *Hecht v. Pro-Football*, *supra*, note 24, 992-993.

36. R. PITOFSKY, D. PATTERSON, J. HOOKS, *loc. cit.*, note 4, 449.

raison du fait qu'une telle construction appellerait des coûts si importants que ce ne serait pas raisonnable eu égard à la taille de l'investissement<sup>37</sup>.

17. Est également requis, en guise de troisième condition, que *l'entreprise demanderesse se soit vu refuser l'accès à la « facilité » essentielle*. La manière dont cette condition fut exprimée dans l'affaire *MCI Communications* peut porter à confusion. En effet, afin de tomber sous le coup de la doctrine, il est généralement admis qu'il suffit de prouver un refus implicite, ce qui englobe les cas où le détenteur offre l'accès à des conditions irraisonnables<sup>38</sup>. Cette règle doit cependant être tempérée au vu des développements de la Cour suprême dans la récente affaire *Trinko*.

18. Enfin, le fait que *l'installation doit être de nature à être mise à disposition*, la quatrième condition, est brandi par les partisans de la doctrine comme la preuve qu'elle comporte de solides garde-fous<sup>39</sup>. Il a été jugé que « the antitrust laws do not require that an essential facility be shared if such sharing would be impractical or would inhibit the defendant's ability to serve its customers adequately »<sup>40</sup>. P. Pitofsky, D. Patterson et J. Hooks examinent cette condition cumulativement avec les possibilités de justification offertes par la doctrine des « *essential facilities* » en droit américain, à savoir les raisons techniques et commerciales légitimes<sup>41</sup>. D'autres auteurs, comme C.I. Nagy, différencient les deux étapes<sup>42</sup>. Sans vouloir trancher cette controverse davantage formelle, attirons surtout l'attention sur le fait que même si *techniquement* l'installation serait de nature à pouvoir être partagée, il demeure des raisons *commerciales* qui peuvent légitimer un refus<sup>43</sup>.

37. C.I. NAGY, *loc. cit.*, note 7, 673.

38. *Ibid.*

39. R. PITOFSKY, D. PATTERSON, J. HOOKS, *loc. cit.*, note 4, 450.

40. *Hecht v. Pro-Football*, *supra*, note 24, 992-993.

41. R. PITOFSKY, D. PATTERSON, J. HOOKS, *loc. cit.*, note 4, 450.

42. C.I. NAGY, *loc. cit.*, note 7, 674. Voir aussi M. THILL-TAYARA, C. COUADOU, *loc. cit.*, note 27, 5.

43. Comme des raisons de sécurité, d'économie d'échelle ou même d'efficience. Voir S. BACHES OPI, *loc. cit.*, note 33, 441.

#### D. LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : UNE APPLICATION ORTHODOXE DE LA DOCTRINE?

19. C'est en raison de son application aux droits de propriété intellectuelle que la doctrine des « *essential facilities* » a fait couler beaucoup d'encre ces dernières années. Tant aux États-Unis qu'en Europe, des jugements ont énoncé que le fait de jouir d'un brevet sur une invention ou de bénéficier d'un droit d'auteur sur une œuvre constitue une installation à laquelle, si les autres conditions de la doctrine sont remplies, il faut donner accès afin de ne pas empêcher des concurrents d'entrer ou de demeurer sur un marché déterminé. Il est primordial, toutefois, de rappeler qu'un droit de propriété intellectuelle est, par définition, un droit de source légale, qui est censé conférer une exclusivité à son détenteur.

20. Il semble qu'aux États-Unis, les juridictions inférieures aient accordé peu d'importance à la particularité des droits de propriété intellectuelle. « When essential facilities claims have been raised in the context of assets protected by intellectual property laws — such as copyrighted databases or software — these courts have applied the essential facilities doctrine just as they have when the undisputed natural monopolies involved utilities, transportation facilities, or other physical assets »<sup>44</sup>. Ainsi, les juridictions inférieures ont appliqué la théorie, parmi d'autres cas, à un refus de donner accès à des recensements de numéros téléphoniques sur lesquels le défendeur prétendait détenir un droit d'auteur<sup>45</sup>, ou à un refus opposé par un concepteur d'ordinateurs de livrer, à des réparateurs indépendants, des programmes spéciaux diagnostiquant les dysfonctionnements<sup>46</sup>. Néanmoins, constatons qu'en fonction de la position que prennent les auteurs face à la doctrine des « *essential facilities* », le choix des décisions judiciaires prises en exemple se fait différemment. B. Doherty cite une décision dans laquelle il fut jugé que « where a patent or copyright has been lawfully acquired, subsequent

44. R. PITOFSKY, D. PATTERSON, J. HOOKS, *loc. cit.*, note 4, 453.

45. *BellSouth Adver. & Publ'g Corp. v. Donnelley Info. Publ'g, Inc.*, (S.D. Fla. 1988) 719 F. Supp. 1551, 1566.

46. *Serv. & Training, Inc. v. Data Gen. Corp.*, (D. Kan. 1990) 737 F. Supp. 610, 617-620.

conduct permissible under the patent or copyright laws cannot give rise to any liability under the antitrust laws »<sup>47</sup>.

21. Face aux atermoiements de la jurisprudence, les affaires *Kodak I* et *Kodak II* ont contribué, selon nous, à mettre un peu d'huile dans les rouages. Les faits étaient identiques dans les deux affaires. Kodak, fabricant de machines à photocopier et présent également sur le marché des services de photocopies, refusa de fournir des pièces de remplacement brevetées à ses concurrents sur le marché des services. Sans entrer dans les détails, retenons que dans *Kodak I*, la Cour suprême énonça uniquement que le pouvoir de domination obtenu par des avantages légaux, comme un brevet, pouvait être poursuivi sur la base du droit de la concurrence, lorsque le bénéficiaire d'un tel avantage utilisait sa domination sur un marché pour élargir son pouvoir sur un autre marché<sup>48</sup>. Dans *Kodak II*, les juridictions inférieures ont ensuite établi le système de présomption suivant : s'il est possible d'être poursuivi sur la base d'un refus de fournir un ouvrage ou une œuvre protégée par un droit de propriété intellectuelle, la volonté d'une entreprise en monopole d'exclure ses concurrents de l'utilisation de son ouvrage ou de son œuvre protégée doit être vue comme *une présomption* de justification commerciale légitime (« *legitimate business justification* »)<sup>49</sup>. En bout de course, Kodak fut sanctionné, la présomption de justification ayant été renversée par la preuve que l'intention de Kodak était purement et simplement d'éliminer toute concurrence sur le marché des services. Si cette décision tenta de concilier les droits de propriété intellectuelle avec le droit de la concurrence — en instaurant un régime de présomption de justification incorporé dans la doctrine classique des « *essential facilities* » —, elle fut cependant hautement critiquée. Il fut soulevé qu'il est inapproprié de se baser sur l'intention subjective du défendeur pour déterminer s'il y a eu renversement de la présomption, car « *in intellectual property cases,*

---

47. *In re Independent Service Organizations Antitrust Litigation*, (D. Kan. 1994) 989 F. Supp. 1131, 1134; B. DOHERTY, *loc. cit.*, note 4, 404.

48. *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc.*, (1992) 504 U.S. 451, 479.

49. *Kodak*, (9th Cir. 1997) 125 F.3d, 1219. Pour mémoire, notons que pareil système de présomption avait déjà été établi dans l'affaire *Data General*, (1st Cir. 1994) 36 F.3d, 1187.

the anticompetitive behavior or intent coincides with the specific subject matter of IPRs, namely, giving the holder the power to exclude competition »<sup>50</sup>.

## E. CONCLUSIONS DE LA PREMIÈRE DIVISION

**22.** Tout en réservant la troisième division de notre étude au commentaire critique de la doctrine des « *essential facilities* » (qui ne peut se faire qu'après avoir analysé sa réception en droit européen et les divergences entre les deux systèmes), nous aimerions dès à présent formuler certaines observations. Il est possible de lire, sous la plume de certains auteurs européens, que « la doctrine américaine des “*essential facilities*” [...] a été maintes fois consacrée » et que « les conditions posées à [son] exercice sont maintenant nettement définies »<sup>51</sup>. Nous espérons que l'analyse que nous avons faite dans cette division aura servi à attirer l'attention sur le fait qu'il s'agit d'un leurre dont les juristes européens doivent s'affranchir. La théorie des « facilités » essentielles, controversée en droit européen, l'est tout autant, sinon davantage, outre-Atlantique.

**23.** Sur le fond, il est important de retenir que les juridictions inférieures ont tenté de baliser la doctrine par l'instauration de quatre conditions nécessaires à son application, ainsi que par des mécanismes de justification. Ce schéma, bien que jamais accepté par la Cour suprême, a l'avantage d'augmenter la sécurité juridique. Le fait que la jurisprudence, pour contestable qu'elle soit à d'autres égards, ait réussi à faire s'imbriquer les droits de la propriété intellectuelle dans le cadre classique, est également important. Nous le verrons, le droit européen ne propose pas la même solution<sup>52</sup>.

**24.** Enfin, il ressort d'un examen approfondi de la jurisprudence qu'une fois les conditions d'application de la doctrine réunies, d'autres éléments connexes sont pris en compte avant qu'il soit conclu à une infraction. Ainsi, P. Pitofsky, D. Patterson et J. Hooks attirent l'attention sur le rôle crucial

50. S. BACHES OPI, *loc. cit.*, note 33, 487.

51. M. THILL-TAYARA, C. COUADOU, *loc. cit.*, note 27, 4.

52. Voir *infra*, la section B de cette division.

de l'intention (« *the intent* ») que les tribunaux recherchent dans le comportement des détenteurs d'infrastructures essentielles<sup>53</sup>. De la sorte, les condamnations sur la base de la doctrine s'accordent de manière plus aisée avec l'article 2 de la *Sherman Act*. C'est également ainsi que peuvent se comprendre les derniers arrêts de la Cour suprême, à savoir l'examen des facteurs supplémentaires justifiant la condamnation dans l'affaire *Aspen*, et le manque d'intention dans le cas de *Trinko*.

## II. LA DOCTRINE DES « FACILITÉS » ESSENTIELLES EN DROIT EUROPÉEN

25. La jurisprudence européenne se rapportant, de près ou de loin, à la théorie des « facilités » essentielles est foisonnante. Tout d'abord, parce que l'architecture institutionnelle spécifique de l'Union européenne, où des compétences de poursuite et de condamnation des infractions sont conférées à la Commission, explique que plusieurs instances peuvent se prononcer sur le droit de la concurrence. Il en résulte, nous le verrons, des différences d'interprétation non négligeables de la question que nous traitons. Ensuite, parce qu'étant donné les controverses sur le sujet, y compris sur ses frontières, il est difficile de déterminer quelles sont les décisions qui entrent dans le champ des « "facilités" essentielles » *stricto sensu*. Pour ces raisons, nous ne prétendons pas à un examen exhaustif de la théorie en droit européen. Notre volonté est, avant tout, d'aborder quelques décisions qui ont un impact sur notre comparaison avec le droit américain, ainsi que sur le développement de notre question transversale. Nous commencerons par un examen de la jurisprudence traitant des infrastructures matérielles, pour ensuite analyser, séparément, les cas touchant à la propriété intellectuelle.

---

53. R. PITOFSKY, D. PATTERSON, J. HOOKS, *loc. cit.*, note 4, 450-451.

## A. LES INFRASTRUCTURES MATÉRIELLES

### 1. Les décisions de la Commission européenne

26. Les décisions de la Commission européenne qui ont appliqué, explicitement ou implicitement, la doctrine des « facilités » essentielles en matière d'infrastructures matérielles, concernent principalement des installations ferroviaires, portuaires et aéroportuaires<sup>54</sup>. Ainsi, il est communément admis que la Commission appliqua pour la première fois *expressis verbis* la doctrine des « facilités » essentielles entre 1992 et 1993<sup>55</sup>. À cette époque, deux affaires concernant la même infrastructure portuaire ont été portées devant elle. Dans *B&I/Sealink*, la société Sealink possédait le port de Holyhead, en Écosse, et l'utilisait pour ses services de transport vers l'Irlande. Sealink décida de modifier ses horaires et obstrua ainsi le port durant les périodes de chargement et de déchargement de la société de transport concurrente<sup>56</sup>. Dans la seconde affaire, *Sea Containers/Stena Sealink*, le demandeur non présent sur le marché des services de transport réclamait accès au port, afin de pénétrer ledit marché<sup>57</sup>. La Commission jugea, dans le premier cas, que les concurrents sur le marché du transport devaient se voir fournir l'accès au port à des conditions non discriminatoires au regard de celles que le détenteur se réservait à lui-même<sup>58</sup>. Elle décida, dans la deuxième affaire, que la doctrine ne serait pas cantonnée au seul objectif d'égalité dans la fourniture de l'accès à des concurrents *présents* sur un marché, mais qu'elle œuvrerait également pour l'ouverture à de nouveaux entrants<sup>59</sup>. Il fut énoncé que se rendait coupable d'un abus de position dominante, « an undertaking which occupies

---

54. V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, note 3, 336.

55. *Id.*, 351; C.I. NAGY, *loc. cit.*, note 7, 675.

56. Décision de la Commission européenne du 11 juin 1992, *B&I/Stena Sealink*, citée par V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, note 3, 336.

57. Décision de la Commission européenne 94/19/EC du 21 décembre 1993, *Sea Containers/Stena Sealink*, § 9.

58. Décision de la Commission européenne du 11 juin 1992, *B&I/Stena Sealink*, citée par V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, note 3, 336.

59. *Ibid.*

a dominant position in the provision of an essential facility and itself uses that facility [...], and which refuses other companies access to that facility without objective justifications or grants access to competitors only in terms less favorable than those which it gives its own services »<sup>60</sup>. De la lecture de ces décisions, il ressort certainement que la Commission, au début des années 1990, a eu pour volonté de louvoyer dans le sillage des juridictions inférieures américaines.

**27.** Suivant le cap des décisions *Stena Sealink*, la Commission a appliqué la doctrine des « facilités » essentielles à de nombreuses reprises. À titre d'illustration, citons la décision *FAG-Flughafen Frankfurt/Main AG*, où la Commission a tenté d'éclaircir les justifications permettant à une entreprise de restreindre l'accès à son installation<sup>61</sup>. Il fut décidé qu'une entreprise ne pouvait se prévaloir des mesures étatiques lui octroyant un monopole d'exploitation d'un aéroport pour abuser de sa position dominante sur le marché de prestations de services d'assistance en piste<sup>62</sup>.

**28.** La Commission franchit un pas de plus dans sa décision *AFS/Aéroports de Paris*<sup>63</sup>. Cette fois, l'entreprise exploitante de l'aéroport de Paris n'était pas présente sur le marché dérivé des services de restauration et de ravitaillement. L'exécutif

---

60. Décision de la Commission européenne 94/19/EC du 21 décembre 1993, *Sea Containers/Stena Sealink*, § 66. L'abus de position dominante est sanctionné en droit européen par l'article 82 du traité CE qui énonce : « Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à : a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables; b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs; c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence; d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

61. Décision de la Commission européenne 98/190/EC du 14 janvier 1998, *Flughafen Frankfurt/Main AG*.

62. M. THILL-TAYARA, C. COUADOU, *loc. cit.*, note 27, 5.

63. Décision de la Commission européenne 98/513/EC du 11 juin 1998, *AFS/Aéroports de Paris*.

européen força l'entreprise gestionnaire à appliquer des tarifs non discriminatoires à toutes les entreprises sur le marché de la restauration dans l'enceinte aéroportuaire<sup>64</sup>.

29. En plus d'avoir été la première instance européenne à appliquer ces principes, la Commission demeure, avec les avocats généraux près la Cour de justice, la seule à avoir affirmé explicitement l'existence d'une doctrine des « facilités » essentielles en droit européen de la concurrence<sup>65</sup>. Toutefois, à la lumière des quelques exemples examinés ci-dessus, on constate que, pour confiante que soit la Commission en l'existence et le bien-fondé d'une doctrine, elle n'a que faiblement contribué à l'élaboration de ses conditions d'application<sup>66</sup>. De plus, il est éloquent de constater que si l'exécutif européen continue à appliquer la doctrine, il le fait de plus en plus sans la nommer<sup>67</sup>.

## 2. Les juridictions européennes

30. À l'instar de la Cour suprême des États-Unis, ni le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPI), ni la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), ont accepté expressément l'existence d'une doctrine des « facilités » essentielles<sup>68</sup>. À la lecture de la jurisprudence, il nous semble toutefois que les juges européens aient été davantage conquis par la théorie. En essayant de l'encadrer, ils ont fortement contribué à son expansion.

31. C'est dans l'arrêt *Bronner*, en 1998, que la CJCE a véritablement commencé à arbitrer le match des « facilités » essentielles qui se jouait depuis quelque temps sur la scène européenne. Même si l'arrêt *Magill*, dans le domaine de la propriété intellectuelle, est antérieur, les spécialistes s'accordent à dire que *Bronner* constitua un tournant majeur dans la

---

64. V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, note 3, 337.

65. *Id.*, p. 340 ; J. TEMPLE LANG, *loc. cit.*, note 1, 378.

66. Sébastien J. EVRARD, « Essential Facilities in the European Union : *Bronner* and Beyond », (2003-2004) 10 *Colum. J. Eur. L.* 505.

67. V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, note 3, 336.

68. *Id.*, p. 340 ; J. TEMPLE LANG, *loc. cit.*, note 1, 378 ; B. DOHERTY, *loc. cit.*, note 4, 405.

jurisprudence en la matière<sup>69</sup>. L'affaire concernait un éditeur de deux journaux autrichiens, Mediaprint, qui avait élaboré le seul système national de livraison à domicile de journaux quotidiens<sup>70</sup>. Les journaux de Mediaprint représentaient 46,8 % du marché autrichien des journaux quotidiens en termes de circulation, et 42,0 % en termes de revenus publicitaires<sup>71</sup>. Mediaprint refusa à un concurrent sur le marché des journaux, Oscar Bronner, engrangeant de bons résultats commerciaux, de lui fournir accès à son service de livraison<sup>72</sup>. Le juge national saisi du litige posa une question préjudicielle à la CJCE afin de savoir si Mediaprint se rendait coupable d'un abus de position dominante. La Cour de Luxembourg établit, à cette occasion, les conditions dans lesquelles un refus de donner accès à une installation ou une infrastructure essentielle pouvait être condamné au vu du droit de la concurrence. Le juge énonça que : « pour conclure à l'existence d'un abus au sens de l'article 86 CE [à présent, article 82 CE] dans une situation telle celle qui fait l'objet de la [...] question, [il faudrait] non seulement que le refus du service que constitue le portage à domicile soit de nature à éliminer toute concurrence sur le marché des quotidiens de la part du demandeur du service et ne puisse être objectivement justifié, mais également que le service en lui-même soit indispensable à l'exercice de l'activité de celui-ci, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel audit système de portage à domicile »<sup>73</sup>. En l'espèce, la Cour arriva à la conclusion qu'il n'existait pas d'obstacles techniques, réglementaires ou même économiques qui soient de nature à rendre impossible, ni même déraisonnablement difficile, pour un autre éditeur de quotidien, de créer son propre système de portage à domicile à l'échelle nationale<sup>74</sup>.

---

69. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux titres des analyses que J. TEMPLE LANG, *loc. cit.*, note 1, et S.J. EVRARD, *loc. cit.*, note 66, ont consacrées au sujet. Pour plus de développements sur les raisons qui expliquent que Bronner constitue un tournant radical, voir S.J. EVRARD, *loc. cit.*, note 66, 508.

70. CJCE C-7/97, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner v. Mediaprint*, pt. 7.

71. *Id.*, pt. 6.

72. S.J. EVRARD, *loc. cit.*, note 66, 506.

73. *Oscar Bronner v. Mediaprint*, *supra*, note 70, pt. 41.

74. *Id.*, pt. 44.

**32.** La décision *Bronner* est utilisée par tous les spécialistes comme référence quand il s'agit d'égrener les conditions d'application de la doctrine des « facilités » essentielles, à tout le moins en matière d'installations ou d'infrastructures matérielles<sup>75</sup>. Toutefois, dans son arrêt, la Cour ne s'est à aucun moment référée à une doctrine des « *essential facilities* »<sup>76</sup>. Quoi qu'il en soit, il ressort des principes édictés dans *Bronner* qu'il ne peut y avoir abus de la part du détenteur de l'installation que dans le cas où : (i) l'entreprise détentrice de l'installation est en position dominante; (ii) le refus de donner accès est de nature à éliminer la concurrence sur le marché concerné; (iii) l'accès est essentiel ou indispensable afin de continuer l'activité commerciale en question; (iv) l'accès est refusé, ou n'est autorisé que moyennant des conditions restrictives, sans justification raisonnable<sup>77</sup>. Chacune de ces conditions appelle commentaires.

### 3. L'examen des conditions requises

**33.** En droit européen, il est nécessaire que l'entreprise détentrice de l'installation essentielle soit en *position dominante*. La question de savoir sur quel marché cette dominance doit être prouvée est discutée. Les auteurs jugeant nécessaire de distinguer deux marchés, estiment généralement qu'il faut prouver un pouvoir sur chacun des marchés en cause<sup>78</sup>. La position dominante du détenteur de l'installation doit se présenter sur le marché de l'installation, mais il faut en outre, pour que le refus d'accès soit de nature à éliminer la concurrence, que le détenteur détienne un pouvoir sur le marché pour lequel l'accès est indispensable. Telle est l'opinion exprimée

---

75. Voir, entre autres, Ivo VAN BAEL, Jean-François BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 4th ed., The Hague, Kluwer Law International, 2005, 192; Lennart RITTER, W. David BRAUN, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, 3rd ed., The Hague, Kluwer Law International, 2005, 477.

76. Notons toutefois que l'avocat général M.F.G. Jacobs a, quant à lui, analysé et accepté *expressis verbis* l'existence d'une doctrine des « facilités » essentielles. Voir les conclusions de l'avocat général M.F.G. Jacobs dans l'affaire C-7/97, *Oscar Bronner v. Mediaprint*, (1998) E.C.R. I-7791.

77. L. RITTER, W.D. BRAUN, *op. cit.*, note 75, 477; J. TEMPLE LANG, *loc. cit.*, note 1, 376.

78. B. DOHERTY, *loc. cit.*, note 4, 425; voir aussi, mais avec plus de réserves, J. TEMPLE LANG, *loc. cit.*, note 1, 384.

par l'avocat général M.F.G. Jacobs dans *Bronner* : « [even if an undertaking prevents a rival from entering the market], such conduct will not have an adverse impact on consumers unless the dominant undertaking's final product is sufficiently insulated from competition to give it market power »<sup>79</sup>. J. Temple Lang, dont la plume fait indubitablement autorité dans ce domaine, explique que « the company must be dominant in both markets (or would be able to become so as a result of the refusal). If so, a refusal to supply which creates or strengthens that position is unlawful because (if access to the facility is indispensable) the refusal limits the production of a competitor, contrary to article 82 »<sup>80</sup>. Ainsi, la condition que l'entreprise détentrice de l'installation soit en position dominante, combinée à celle qui exige que le refus de fournir accès exclue la concurrence sur le marché, fait qu'il y aura abus « each time that dominance in the upstream market would also lead to dominance in the downstream market »<sup>81</sup>.

**34.** Certains auteurs établissent que cette exigence de dominance dans les deux marchés fut entérinée par le TPI dans l'affaire *Tiercé Ladbroke*<sup>82</sup>. Il s'agissait en effet d'un rare cas où l'accès à une installation était requis afin de permettre au demandeur de renforcer sa position sur un marché où le détenteur n'était pas présent<sup>83</sup>. En un mot, les faits étaient les suivants. Tiercé Ladbroke, une entreprise belge organisant des paris sur des courses de chevaux — courses qui ne peuvent se dérouler qu'en France — réclamait le droit de retransmettre les images télévisuelles des courses, lesquelles étaient bien sûr détenues par une entreprise française. Le tribunal refusa d'accéder à la demande de Tiercé Ladbroke<sup>84</sup>. B. Doherty estime que cette décision prouve le fait que, si l'entreprise détentrice du service (les images des courses) est

79. Conclusions de l'avocat général M.F.G. Jacobs dans l'affaire C-7/97, *Oscar Bronner v. Mediaprint*, (1998) E.C.R. I-7791, § 58; B. DOHERTY, *loc. cit.*, note 4, 425.

80. J. TEMPLE LANG, *loc. cit.*, note 1, 384.

81. V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, note 3, 350.

82. B. DOHERTY, *loc. cit.*, note 4, 424.

83. TPI T-504/93, 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke*, pt. 130. Cette affaire concernait la propriété intellectuelle, mais nous l'examinons dans cette section car elle contient des principes généraux relatifs à l'exigence de dominance sur le(s) marché(s).

84. *Id.*, pt. 134.

absente sur le marché dérivé (le marché des paris en Belgique), elle n'a pas d'obligation de fournir accès à son service<sup>85</sup>. Nous ne sommes pas d'accord avec cette analyse. En effet, si la doctrine des « facilités » essentielles ne fut pas appliquée en l'espèce, c'est parce que Tiercé Ladbroke était dominante sur le marché des paris en Belgique, de sorte que les images ne pouvaient être considérées comme *essentiels*. Nous nous rangeons du côté de J.S. Evrard pour dire que « the absence of a facility owner in the downstream market should not exclude the possibility that the refusal to deal distorts competition in the downstream market »<sup>86</sup>. Il est des cas où l'installation est utilisée dans le marché dérivé, mais pas par le détenteur de celle-ci, par exemple, un port détenu par une entreprise non présente sur le marché du transport mais utilisé, par d'autres, pour le transport<sup>87</sup>. Il se peut dès lors que le détenteur se rende coupable de pratiques anticoncurrentielles en ne donnant pas accès à de nouveaux entrants<sup>88</sup>.

**35.** On s'en aperçoit, devant la bigarrure des cas impliquant une installation essentielle, il est difficile d'établir une règle générale quant à l'exigence de pouvoir, ou même de présence, sur le(s) marché(s) en cause. La récente analyse de V. Hatzopoulos semble à cet égard salutaire. Il estime que la distinction de deux marchés est souvent artificielle et inutile, étant donné que le marché de l'installation est généralement d'importance économique mineure, ou qu'il ne peut être différencié économiquement du marché pour lequel l'installation est requise<sup>89</sup>. Ainsi, « what matters is that if the owner of the facility gave access to it to any competitor, the parties would compete into the same final market »<sup>90</sup>. L'auteur explique que « such a rule, simplistic as it may appear, is perfectly consistent with the policy reasons underlining the essential facilities doctrine, i.e., to preserve competition at each phase of production, whether defined as a separate market or not »<sup>91</sup>.

---

85. B. DOHERTY, *loc. cit.*, note 4, 424.

86. S.J. EVRARD, *loc. cit.*, note 66, 524.

87. *Ibid.*

88. *Ibid.*

89. V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, note 3, 351. Comparer *supra* la manière dont cette question fut abordée en droit américain.

90. *Id.*, 352.

91. *Ibid.*

**36.** Si la question de savoir sur quel marché le détenteur de l'installation doit être en position dominante, ou même être présent, est controversée, il ne fait pas de doute que le refus de donner accès doit être de nature à *éliminer* la concurrence. Le seul fait que la concurrence devienne plus ardue n'est pas suffisant<sup>92</sup>. Cependant, la jurisprudence européenne tend à accepter que « a sufficient substantial effect on competition » satisfasse la condition, de sorte qu'il ne faille pas une élimination totale<sup>93</sup>. En outre, il est important de noter qu'eu égard à l'objectif du droit de la concurrence — la protection des consommateurs et non des concurrents — la doctrine ne devrait pas s'appliquer lorsqu'un seul concurrent est éliminé et que le marché reste compétitif en son absence<sup>94</sup>. « The test therefore is whether refusal to supply *all competitors* in the position of the applicant would have a substantial effect on competition »<sup>95</sup>.

**37.** Quittons, à présent, le terrain abrupt de l'analyse de la dominance et des marchés, pour jeter un regard sur les autres conditions d'application de la doctrine en Europe. Parmi celles-ci figure l'exigence d'une « facilité » *essentielle*, comprise dans la stipulation plus générale d'un *accès essentiel ou indispensable afin de continuer l'activité en question*<sup>96</sup>. La Commission a défini le caractère essentiel d'une installation comme suit : « a facility is essential if without access there is, in practice, an insuperable barrier to entry for competitors of the dominant company, or if without access competitors would be subject to a serious, permanent and inescapable competitive handicap which would make their activities uneconomic »<sup>97</sup>. Le fait de savoir si la barrière à l'entrée ou au maintien de la concurrence est insurmontable s'analyse de

92. B. DOHERTY, *loc. cit.*, note 4, 425.

93. J. TEMPLE LANG, *loc. cit.*, note 1, 383. Cela se révèle surtout dans la jurisprudence en matière de propriété intellectuelle.

94. *Id.*, 383-384

95. *Id.*, 384. Les mots sont mis en exergue par nous. *Contra* : B. Doherty semble suggérer le contraire en écrivant que la doctrine requiert « the refusal to be likely to eliminate competition from an undertaking ». In B. DOHERTY, *loc. cit.*, note 4, 425.

96. Voir l'énumération des conditions sur la base de la décision *Oscar Bronner v. Mediaprint*, *supra*, note 70.

97. Report by the EC Commission in OECD/GD(96)113, cité par V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, note 3, 348.

manière abstraite, sans tenir compte des particularités de l'entreprise revendiquant l'accès<sup>98</sup>. Ce sont les obstacles techniques, économiques ou légaux, qui rendent impossible ou exagérément laborieuse la création d'une installation identique ou parallèle, qui doivent être pris en considération<sup>99</sup>. En résumé, l'installation doit être « unique », ou à tout le moins extrêmement difficile à dupliquer, et absolument nécessaire à toute entreprise désirant pénétrer le marché en cause, étant entendu que chaque substitut potentiel (même imparfait) doit être pris en considération<sup>100</sup>. Il nous semble, eu égard aux développements que nous y avons consacrés ci-dessus, que le critère de nécessité de l'installation soit plus sévère en droit européen qu'en droit américain. Nous y reviendrons.

**38.** Enfin, en guise de dernière condition, pour qu'il y ait effectivement condamnation, *l'accès doit être refusé ou ne doit être autorisé que moyennant des conditions restrictives et sans justification raisonnable*. Comme aux États-Unis, et de manière logique, un accès à des conditions discriminatoires est condamnable au même titre que le refus de donner accès. L'accès devrait être fourni aux concurrents à des conditions identiques à celles dont bénéficie le détenteur lui-même. Toutefois, ce test peut s'avérer difficile à appliquer en cas de forte intégration verticale des activités du détenteur<sup>101</sup>.

**39.** En termes de *justifications*, le schéma décrit par J. Temple Lang est le plus adéquat : si un détenteur quelconque de l'installation essentielle, n'ayant aucun intérêt ou avantage dans une activité ou opération dérivée de l'installation, aurait un intérêt légitime à refuser l'accès, le véritable détenteur doit être autorisé à le faire<sup>102</sup>. Ainsi, par *justifications raisonnables*, la jurisprudence européenne entend *notamment* le fait que la fourniture de l'accès réduirait l'efficacité ou la valeur de l'installation, serait contraire à l'amélioration ou à l'expansion de l'installation, ou provoquerait la congestion de la structure en cause<sup>103</sup>.

---

98. *Ibid.*

99. S.J. EVRARD, *loc. cit.*, note 66, 521.

100. V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, note 3, 348-349.

101. *Id.*, 357.

102. J. TEMPLE LANG, *loc. cit.*, note 1, 385.

103. *Id.*, 386.

## B. LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : « LE GRAND ÉCART »

40. Comme nous l'avons noté ci-dessus, le droit européen de la concurrence a été confronté au même dilemme que le droit antitrust américain en ce qui concerne la délicate incorporation des droits de propriété intellectuelle dans la théorie des « facilités » essentielles. Nous analysons isolément les cas relatifs à la propriété intellectuelle, car nous estimons que la jurisprudence européenne, sous le couvert d'une apparente orthodoxie, a opéré un « grand écart » dans son application de la théorie classique en la matière. Y ont contribué, dans les rôles principaux et par ordre d'apparition : l'arrêt *Magill*, l'arrêt *IMS-Health* et l'arrêt *Microsoft*.

### 1. La trilogie *Magill* — *IMS Health* — *Microsoft*

41. L'affaire *Magill*, jugée en 1995, concernait des grilles horaire d'émissions de télévision en Irlande<sup>104</sup>. Au moment où le litige a éclaté, il n'existait pas de guide hebdomadaire général couvrant les principales chaînes irlandaises. Chaque chaîne publiait son propre programme, de sorte que les consommateurs devaient soit se procurer plusieurs guides, soit se référer à un journal d'actualité ne proposant les émissions que sur une base quotidienne. *Magill TV Guide* essaya de lancer un guide hebdomadaire couvrant les principales chaînes, mais se vit refuser l'accès aux programmations de la RTE, de l'IPT et de la BBC. Ces chaînes justifiaient leur refus par l'existence d'un droit d'auteur sur les grilles<sup>105</sup>. La CJCE, après avoir énoncé le principe selon lequel la position dominante ne pouvait résulter de la seule détention d'un droit de propriété intellectuelle, édicta 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 »<sup>106</sup>. Toutefois, *in casu*, les juges de Luxembourg ont estimé qu'il y avait eu abus de position dominante de la part des

---

104. CJCE C-241 et 242/91, 6 avril 1995, *Radio Telefis Eireann v. Commission*.

105. *Id.*, pt. 25.

106. *Id.*, pt. 49.

chaînes de télévision car, en refusant l'accès à leurs programmations, (i) elles se réservaient un marché dérivé et excluaient toute concurrence sur celui-ci, (ii) rendant impossible l'émergence d'un « nouveau produit » pour lequel une demande existait sur le marché, (iii) et ce, sans justifications objectives<sup>107</sup>. Ainsi, sans nommer expressément la doctrine des « facilités » essentielles, la Cour a jugé que dans des « circonstances exceptionnelles », l'accès devait être fourni à certains biens ou services, quand bien même ceux-ci seraient protégés par des droits de propriété intellectuelle. Parmi ces « circonstances exceptionnelles », la condition de la barrière à l'émergence d'un « nouveau produit » doit surtout retenir notre attention. Cette condition inédite, spécifique à l'application de la théorie des « facilités » essentielles en matière de propriété intellectuelle, provoque, selon nous, un changement radical dans l'application de la doctrine. En effet, à aucun moment, en matière d'installations matérielles, la jurisprudence n'avait requis pareil élément. L'issue des affaires *Stena Sealink* ou *Bronner* aurait été toute autre.

42. Si l'arrêt *Magill* a pu être qualifié de « révolution »<sup>108</sup>, de « séisme »<sup>109</sup> ou « gros de menaces »<sup>110</sup> par les chantres de la propriété intellectuelle, il est important de noter, avec M. Vivant, que l'abus, ici, consistait en une rétention indue d'informations, que la Cour qualifia elle-même de « brutes », alors que le droit d'auteur devrait porter sur la forme et non sur la substance de l'information<sup>111</sup>. Certains auteurs estiment que la Cour de Luxembourg, en agissant de manière certes iconoclaste mais pragmatique, a effectué un tri nécessaire entre ce qui mérite véritablement la protection du droit d'auteur et ce qui la revendique indûment, séparant ainsi « le bon grain de l'ivraie »<sup>112</sup>. Toutefois, il est permis de se

107. Les conditions énoncées dans l'arrêt *Magill* ont été « défrichées » de la sorte par V. HATZOPOULOS. In V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, note 3, 340.

108. Bernard EDELMAN, « L'arrêt *Magill* : une révolution? », *D.*, 1996, 119 (à propos de l'arrêt de la CJCE du 6 avril 1995).

109. *Ibid.*

110. Michel VIVANT, « La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante (à propos de l'arrêt *Magill* de la Cour de Justice) », *JCP*, 1995, n° 47, 449.

111. *Ibid.*

112. B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 108, 125.

demander si tel est bien le rôle de la CJCE et si elle n'empiète pas ainsi de manière trop importante sur ce qui reste une compétence des États membres.

43. Quoi qu'il en soit, le schéma particulier adopté dans l'affaire *Magill* fut approfondi et clarifié dans l'arrêt *IMS Health* de 2004<sup>113</sup>. En simplifiant les faits, retenons que la société américaine *IMS Health* fournissait aux laboratoires pharmaceutiques allemands des statistiques relatives à la prescription de médicaments. Les études étaient formatées selon une structure particulière, composée de « modules », chaque module représentant une région géographique donnée. La structure avait été élaborée en collaboration avec les laboratoires et les pharmacies, de sorte qu'elle était devenue un « modèle-type ». NDC, une société concurrente, tenta de pénétrer le marché allemand de la fourniture de statistiques pharmaceutiques en utilisant une structure copiant celle d'*IMS Health*. La société américaine s'y opposant en revendiquant son droit d'auteur, le *Landgericht* de Francfort demanda à la CJCE de statuer à titre préjudiciel sur l'existence d'un abus de position dominante causé par le refus de fournir accès à la structure protégée. La Cour de Luxembourg réitéra plus clairement les trois conditions énoncées dans *Magill*. Ainsi, le refus de donner accès à une installation ou un service protégé par un droit de propriété intellectuelle constitue un abus de position dominante uniquement lorsque les « circonstances exceptionnelles » sont réunies *cumulativement*<sup>114</sup>. Ce caractère cumulatif avait été mis en doute, notamment par la Commission<sup>115</sup>. Ainsi, outre le fait que le refus doit être de nature à exclure toute concurrence sur le marché et qu'il ne doit pas être objectivement justifiable, il doit également empêcher l'apparition d'un produit ou d'un

---

113. CJCE C-418/01, 29 avril 2004, *IMS Health* v. *NDC Health*.

114. Attirons l'attention sur le fait que la Commission, saisie en parallèle de cette affaire, avait, sur le seul fondement de la théorie des « facilités » essentielles, estimé nécessaire d'ordonner la licence obligatoire, avant même de statuer sur un abus et faisant fi des circonstances exceptionnelles. La Cour, fort heureusement, ne suivit pas cette démarche. Voir Frédéric SARDAIN, « L'arrêt *IMS Health* : une (r)évolution? », *D.*, 2004, 2368.

115. *Ibid.*

service nouveau sur le marché dérivé, pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs<sup>116</sup>.

44. La Cour, fidèle à la mécanique des questions préjudicielles, ne s'est pas prononcée quant à l'existence d'un produit nouveau proposé par NDC, se contentant d'énoncer que « le refus ne peut être considéré comme abusif que dans les cas où l'entreprise qui a demandé la licence n'entend pas se limiter, en substance, à reproduire des produits ou des services qui sont déjà offerts sur le marché dérivé par le titulaire du droit de propriété intellectuelle »<sup>117</sup>. En revanche, la CJCE a consacré une part importante de son arrêt à la détermination des éléments devant être pris en compte pour conclure au caractère *essentiel* de l'installation, de sorte que certains auteurs estiment qu'il s'agit d'une consécration, certaine bien qu'implicite, de la doctrine<sup>118</sup>. Il fut jugé que le degré de participation de l'industrie pharmaceutique à la conception de la structure protégée, ainsi que les coûts déraisonnables qui seraient provoqués par la création d'une nouvelle structure, étaient autant de facteurs qui rendaient l'installation indispensable<sup>119</sup>.

45. En résumé, l'arrêt *IMS Health* fut accueilli favorablement par les défenseurs de la propriété intellectuelle; les éclaircissements quant aux garde-fous à l'application de la théorie des « facilités » essentielles dans leur domaine eurent un effet lénifiant sur les ecchymoses apparues à la suite de *Magill*. L'espoir d'une guérison totale fut cependant hypothéqué par le très médiatique arrêt *Microsoft*, rendu en septembre 2007 par le TPI<sup>120</sup>.

46. En ne retenant que le volet afférent à notre sujet, les faits peuvent être résumés comme suit : Microsoft a élaboré un système d'exploitation pour serveurs de groupes de travail, soit un système d'exploitation qui offre de manière

---

116. *IMS Health v. NDC Health*, *supra*, note 113, pt. 38.

117. *Id.*, pt. 49.

118. V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, note 3, 340.

119. *IMS Health v. NDC Health*, *supra*, note 113, pt. 29; Voir Doris L'HÉNORET MARCELLESI, « Les infrastructures essentielles dans le secteur des nouvelles technologies », *Gaz. Pal.*, 2005, 2458.

120. TPI T-201/04, 17 septembre 2007, *Microsoft v. Commission*.

intégrée, entre autres, les services de partage de fichiers et d'imprimantes. Ce réseau pour groupes de travail Windows s'appuie sur une architecture d'interconnexions et d'interactions. Microsoft fut condamnée par la Commission du fait de son refus de fournir à ses concurrents des renseignements sur le fonctionnement de ce réseau, afin de permettre une meilleure interopérabilité<sup>121</sup>. Le tribunal, saisi de la demande d'annulation de la décision de la Commission, a pris pour prémisses que les renseignements devant être divulgués étaient couverts par un droit de propriété intellectuelle (certains étant protégés par un brevet, d'autres par un droit d'auteur). Ainsi, le juge communautaire devait décider si les renseignements étaient essentiels aux concurrents, et si le refus de fournir ceux-ci, bien que protégés par un droit de propriété intellectuelle, constituait un abus. Il est éloquent d'attirer une fois de plus l'attention sur le fait qu'on ne retrouve à aucun moment, dans l'arrêt, une référence à la théorie des « facilités » essentielles<sup>122</sup>. Le tribunal a cependant, et contrairement à la Commission, appliqué un schéma d'analyse identique à celui des arrêts *Magill* et *IMS Health*. L'arrêt précise, à juste titre, que la condition du « produit nouveau » n'avait été requise par la Cour que dans la jurisprudence relative à la propriété intellectuelle<sup>123</sup>.

47. Si les conditions furent énoncées de manière identique aux affaires précédentes, l'arrêt *Microsoft* innova dans la manière dont elles furent appliquées. Tout d'abord, en ce qui concerne la condition d'élimination de la concurrence, le tribunal a jugé que Microsoft, en écrasante dominance sur le marché principal des systèmes d'exploitation pour ordinateurs clients, était aussi en dominance sur le marché litigieux des systèmes de groupes de travail. Toutefois, les juges ont cru bon de préciser qu'il ne serait même pas nécessaire de repérer une position dominante sur ce deuxième

---

121. Pour une explication plus exhaustive et technique des faits en cause, voir Laurence IDOT, « L'arrêt *Microsoft* : simple adaptation ou nouvelle interprétation de l'article 82 CE? », *Europe*, décembre 2007, n° 12, 6.

122. *Id.*, 7.

123. *Microsoft v. Commission*, *supra*, note 120, pt. 331.

marché, puisque la position quasi-monopolistique de Microsoft sur le marché des systèmes d'exploitation pour ordinateurs clients lui permettait de jouir d'un effet de levier sur le marché des groupes de travail<sup>124</sup>. Ensuite, le tribunal a été très « innovant » dans ses développements relatifs à la condition du « produit nouveau ». Microsoft alléguait, à juste titre selon nous, que les concurrents n'avaient à aucun moment prouvé leur volonté d'offrir pareille nouveauté. Le TPI édicta que l'exigence du « produit nouveau » avait été formulée, par la jurisprudence antérieure, dans le cadre d'un abus condamné par la section b) de l'alinéa 2 de l'article 82, soit le fait de « limiter la production, les débouchés, ou le développement technique au préjudice des consommateurs ». Or, le tribunal indiqua que l'apparition d'un produit nouveau ne saurait être le seul paramètre permettant de décider que le refus de donner accès à des renseignements protégés par un droit de propriété intellectuelle était abusif. La condition est celle du *préjudice aux consommateurs*, ce qui est satisfait par une limitation du « développement technique », quand bien même il n'y aurait pas de limitation de « la production » ou « des débouchés »<sup>125</sup>. On le voit, dans l'arrêt *Microsoft*, les barages élaborés par la jurisprudence précédente s'écroulent. En conclusion, le TPI escamote largement la condition du « produit nouveau », et la remplace par un test d'impact négatif sur l'innovation par les concurrents<sup>126</sup>. Pour savoir s'il y a abus, il suffirait donc de vérifier si le refus de fournir accès à une installation protégée par un droit de propriété intellectuelle implique une difficulté plus grande pour les concurrents d'innover. Nous estimons cette solution incohérente. Elle abandonne le système primordial de la « mise en balance » entre, d'une part, l'effet qu'aurait un refus de fournir sur l'innovation des tiers et, d'autre part, les conséquences qu'aurait une obligation de fournir sur l'incitation à

---

124. *Id.*, pt. 559.

125. *Id.*, pt. 643 à 647.

126. Cette expression, et l'idée sous-jacente, est nourrie d'une conférence tenue par Denis WAELBROECK le 2 octobre 2007 à l'Université Libre de Bruxelles, intitulée : « L'arrêt *Microsoft* : splendeurs et misères de l'article 82? ».

innover de l'entreprise dominante<sup>127</sup>. Alors? L'arrêt *Microsoft*? Dans la trilogie, ce serait peut-être le retour du « truand », après que le « bon » ait terrassé « la brute ».

## 2. Analyse de l'incorporation des droits de propriété intellectuelle dans la doctrine des « facilités » essentielles

48. Comme énoncé ci-dessus, nous estimons important d'attirer l'attention sur la nécessité d'analyser distinctement les critères et conditions d'application de la doctrine des « facilités » essentielles lorsqu'elle touche à la propriété intellectuelle. Nous soutenons cette thèse, bien que l'arrêt *Microsoft*, en diluant la condition du « produit nouveau », puisse être lu comme la démentant. Un schéma particulier se justifie d'après nous par le fait, déjà exposé ci-dessus, qu'un droit de propriété intellectuelle est, par définition, exclusif, de source légale et visant à protéger son détenteur contre une certaine utilisation de son œuvre ou invention. Sans les critères spécifiques, telle l'exigence de « circonstances exceptionnelles » qui comprend celle du « produit nouveau », la jurisprudence de la CJCE, en imposant un système s'apparentant aux « licences obligatoires », pourrait s'analyser comme nageant à contre-courant de cet objectif inhérent à la protection des œuvres de l'esprit, réduisant à tort le droit de propriété intellectuelle à un « droit à rémunération »<sup>128</sup>. La grille d'analyse inédite adoptée par la Cour dans l'arrêt *Magill* et clarifiée dans l'arrêt *IMS Health* cherche à éviter ce travers. Cependant, cette séparation conduit à mettre plus fortement en doute l'existence d'une doctrine homogène des « essential facilities ».

49. Enfin, rappelons notre conclusion énoncée dans notre première division, selon laquelle le droit américain gagne en sécurité juridique par l'imbrication qu'il propose des droits de propriété intellectuelle dans le schéma classique, imbrication

127. *Contra* : L. IDOT, *loc. cit.*, note 121, 9. Cette auteure estime que la démarche du TPI doit être approuvée, mais ne le justifie qu'au regard de la situation particulière de *Microsoft*. Le tribunal formule toutefois les principes de manière générale, de sorte que cet arrêt servira indubitablement de référence pour toute entreprise requérant l'accès à une « facilité » protégée par un droit de propriété intellectuelle.

128. F. SARDAIN, *loc. cit.*, note 114, 2368.

réussie grâce au système de présomptions de justification<sup>129</sup>. Par cette solution, opérant en quelque sorte un renversement du fardeau de la preuve, le droit antitrust américain tente de préserver la particularité des installations protégées par des droits de propriété intellectuelle. Toutefois, il semble que ce système aboutira plus systématiquement à la conclusion que l'accès doit être fourni, la condition du « produit nouveau » étant, selon nous, plus difficile à remplir<sup>130</sup>. En résumé, la bonne imbrication que nous avons soulignée, si elle augmente la sécurité juridique, peut s'avérer moins protectrice des titulaires de droits de propriété intellectuelle. Mais cette comparaison doit être relativisée en raison des différences substantielles qui existent entre l'abus de position dominante de l'article 82 CE et le « *monopolization or attempt to monopolize* » de la *Sherman Act*. Ces différences sont analysées dans la dernière division, relative à certains éléments comparatifs de la doctrine dans les deux ordres juridiques (en sus des comparaisons déjà effectuées dans la présente division), et surtout à la détermination de sa nécessité.

### III. COMPARAISON DES DEUX SYSTÈMES ET REGARDS SUR LA NÉCESSITÉ D'UNE « DOCTRINE »

#### A. DIFFÉRENCE DANS LA CONCEPTION DE L'ABUS ET L'ANALYSE DES MARCHÉS

50. La différence majeure entre le droit antitrust américain et le droit européen de la concurrence relève de la conception de « l'abus ». En effet, et en simplifiant à dessein, le droit européen tend à sanctionner, en plus des actes *d'exclusion*, également certaines formes *d'exploitation* d'un pouvoir sur le marché<sup>131</sup>. Le droit américain ne reconnaît pas le préjudice lié à une *exploitation* particulière d'un pouvoir, et une entreprise ne sera pas sanctionnée pour l'exploitation d'un monopole qu'elle a acquis légalement et régulièrement<sup>132</sup>. La

129. Voir *supra*, les sections D et E de la division I de la présente étude.

130. Pour autant, contrairement à ce qui a été jugé dans l'arrêt *Microsoft*, que cette condition soit effectivement appliquée.

131. C.I. NAGY, *loc. cit.*, note 7, 666.

132. *Id.*, note 131; T. LIPSKY, *loc. cit.*, note 21, 5.

*Sherman Act* ne vise que l'action de « *monopolization* » et d'« *attempt to monopolize* ». L'article 82 CE quant à lui interdit expressément « le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante ».

51. C.I. Nagy a récemment expliqué quelles étaient les conséquences qu'il fallait tirer de cette différence en termes d'« *essential facilities* ». Et ce, bien sûr, au-delà du fait que le droit américain utilise comme prémisse un pouvoir dit « monopolistique », là où le concept européen est celui de « position dominante ». L'auteur a plaidé pour une différenciation des cas où le refus de fournir concernait les « concurrents directs » du détenteur, et ceux qui n'affectaient que des utilisateurs non concurrents, soit des utilisateurs potentiels de l'installation désirant entrer ou demeurer sur un autre marché<sup>133</sup>. En acceptant cette différenciation, il ressort que tant en droit américain qu'en droit européen, le refus de fournir accès à ses « concurrents directs », si les autres conditions de la doctrine sont remplies, sera sanctionné. Par contre, vu les différences dans la notion d'abus exposées ci-dessus, si le refus ne touche pas les « concurrents directs » du détenteur, des résultats distincts peuvent surgir. Aux États-Unis, il semble que ce refus particulier ne sera sanctionné « only if the monopolist gains a competitive advantage as a result of its control over the facility and of making it conditional on a particular behavior, this involves that the monopolist supplies its customers only on the condition that they do not deal with its actual or potential competitors »<sup>134</sup>. En droit européen, par contre, le refus de donner accès à des utilisateurs non concurrents sera plus systématiquement condamné : « as regards refusal to deal with non-competitors, in EC competition law, there is a *de facto* general duty to supply, i.e. an undertaking in a dominant position has to supply the services or products that the market consists of »<sup>135</sup>.

---

133. C.I. NAGY, *loc. cit.*, note 7, 665.

134. *Id.*, 672.

135. *Id.*, 682.

## B. COMPARAISON DES CRITÈRES DÉTERMINANT LE CARACTÈRE « ESSENTIEL » D'UNE INSTALLATION

52. Comme nous l'avons noté ci-dessus, l'exigence selon laquelle l'installation doit être *essentielle* paraît plus sévère en droit européen qu'en droit américain. Ainsi, l'avocat général M.F.G. Jacobs, dans sa célèbre opinion concernant l'affaire *Bronner*, a énoncé : « the duplication of the facility is impossible or extremely difficult owing to physical, geographical or legal constraints or is highly undesirable for reasons of public policy »<sup>136</sup>. Il a poursuivi en affirmant que « if cost was invoked as an obstacle, the cost barrier would have to be one which deterred a rival even as big as the present owner »<sup>137</sup>. Par contraste, l'arrêt *Hecht v. Pro-football*, illustrant la position des juridictions inférieures américaines, a retenu que « to be essential a facility need not be indispensable; it is sufficient if duplication of the facility would be economically unfeasible and if denial of its use inflicts a severe handicap on potential market entrants »<sup>138</sup>. Nous estimons toutefois que cette différence, pour substantielle qu'elle puisse paraître à la lecture de ces énonciations, doit être relativisée en raison des attermoissements de la jurisprudence et des controverses qui existent à l'intérieur de chacun des deux ordres juridiques en cause. Le droit de la concurrence est un droit éminemment factuel, de sorte que l'application de ces critères variera plus fortement eu égard aux faits de la cause qu'en référence à des phrases abstraites édictées dans des cas pouvant servir de précédents.

53. Les conditions d'application de la doctrine aux États-Unis et en Europe semblent difficilement comparables étant donné les différences importantes dans la manière dont elles ont été énoncées au sein même de chacun des deux ordres juridiques, en fonction de la période et des autorités devant se prononcer à leur sujet. À ceci s'ajoute le fait que, comme nous

---

136. Conclusions de l'avocat général M.F.G. Jacobs dans l'affaire C-7/97, *Oscar Bronner v. Mediaprint*, (1998) E.C.R. I-7791, § 65. Voir, pour la même conclusion, C.I. NAGY, *loc. cit.*, note 7, 682.

137. Ainsi paraphrasé par B. DOHERTY, *loc. cit.*, note 4, 424. Voir Les conclusions de l'avocat général M.F.G. Jacobs dans l'affaire C-7/97, *Oscar Bronner v. Mediaprint*, (1998) E.C.R. I-7791, § 68.

138. *Hecht v. Pro-Football*, *supra*, note 24, 992-993.

l'avons démontré, les cas concernant les droits de propriété intellectuelle doivent être distingués. Au moment où la doctrine est débattue tant en droit américain qu'en droit européen, il est primordial de constater que l'absence de solution convergente mène à une réelle impasse du droit de la concurrence dans ce domaine, en raison du caractère international des comportements adoptés par les entreprises, spécialement dans les secteurs de haute technologie<sup>139</sup>.

### C. DOCTRINE ESSENTIELLE OU FACILITÉ D'EXPRESSION?

**54.** La doctrine des « *essential facilities* » ne constitue aucunement un fondement autonome de condamnation du droit de la concurrence. Classiquement, elle s'insère dans les abus sanctionnés par l'article 2 de la *Sherman Act*, côté américain, et dans les différentes sections de l'article 82 du Traité CE, en Europe<sup>140</sup>. De ce fait, les juridictions suprêmes des deux ordres juridiques en cause n'ont jamais eu besoin de se référer expressément à une doctrine des « *essential facilities* » pour condamner une entreprise détentrice de l'installation. Les décisions de ces juridictions appliquent toutefois une grille d'analyse particulière dans les cas concernant une « facilité » essentielle. Si les auteurs parlent de « doctrine », il s'agit donc de pointer l'existence d'un schéma qui permet de conclure de façon plus « mécanique » et « systématique » à des abus dans ces cas particuliers. Est-ce à dire qu'il s'agit d'une simple commodité de langage?

**55.** En droit européen, il est permis d'en douter. Sur la base des écrits de V. Hatzopoulos, nous aimerions indiquer que les règles traditionnelles du droit de la concurrence sont appliquées différemment en présence de « facilités » essentielles. Premièrement, la présence de ces dernières affecte nécessairement *la définition du pouvoir sur un marché déterminé*.

---

139. T. LIPSKY, *loc. cit.*, note 21, 8.

140. Même si la doctrine des « facilités » essentielles peut également être invoquée sous le coup de l'article premier de la *Sherman Act* ou de l'article 81 CE, nous avons délibérément ciblé l'entièreté de notre exposé sur les attitudes unilatérales, où l'application de la doctrine est bien plus fréquente et classique. Pour une analyse de son application à des cas d'ententes entre entreprises, voir J. TEMPLE LANG, *loc. cit.*, note 1, 392.

Le détenteur d'une installation essentielle sera très rapidement considéré comme dominant sur le marché concerné par l'installation, de sorte que des analyses détaillées des parts de marché, telles qu'habituellement effectuées dans les cas d'abus de position dominante, ne seront pas nécessaires<sup>141</sup>. De plus, l'application de la doctrine établit un certain *renversement du fardeau de la preuve* par rapport aux cas d'infractions classiques à l'article 82 CE. Alors que c'est normalement au concurrent lésé de prouver l'abus, ce sera, en l'espèce, au détenteur de l'installation de prouver que son refus est objectivement justifié<sup>142</sup>. Enfin, les cas de refus de fournir ou de contracter n'impliquant pas de « facilité » essentielle et qui sont jugés contraires à l'article 82 CE seront interdits, de sorte que l'entreprise ayant refusé devra seulement fournir ou contracter. Dans le cas d'installations essentielles, le détenteur peut demander une *rémunération raisonnable en contrepartie de l'octroi d'accès*<sup>143</sup>. En plus de cette triple mutation que connaissent les règles classiques, le fait que la Commission et les avocats généraux aient fait explicitement référence à la doctrine, et surtout que la CJCE et le TPI aient solidement contribué à l'élaboration de conditions et de critères connus comme étant ceux gouvernant la doctrine des « facilités » essentielles, montre qu'on ne peut la réduire à un simple « luxe d'expression ».

**56.** En droit américain, le récent arrêt *Trinko* rendu par la Cour suprême a certainement eu l'effet « d'une douche froide » sur les partisans de la doctrine en tant que schéma particulier et distinctif parmi les abus relevés dans la *Sherman Act*. Contrairement à la situation européenne, le juge suprême y a énoncé d'*explicites* réserves. Le principal grief opposé par la Cour suprême à une doctrine des « facilités » essentielles est la crainte que les cours et tribunaux ne soient pas correctement et suffisamment armés pour déterminer les modalités, notamment en termes de prix, selon lesquelles un accès devra

---

141. Voir, par exemple, les développements de la Cour concernant la position dominante de *Bronner* sur le marché des « services de portage à domicile », où la Cour a conclu à la dominance sans avoir égard à l'existence des « substituts ». In V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, note 3, p. 362.

142. *Ibid.*

143. *Ibid.*

être fourni ou une licence obligatoire concédée. L'arrêt *Trinko* semble conférer, dans ce domaine, une supériorité institutionnelle aux instances administratives, qui seraient seules compétentes pour y donner une réponse détaillée et dans des délais raisonnables<sup>144</sup>. Cette crainte, fondée, peut en elle-même expliquer le caractère frileux adopté par le juge suprême quand il s'agit d'entériner une véritable doctrine. Toutefois, la saisine des cours et tribunaux dans des cas relatifs à des « facilités » essentielles va se perpétuer, et probablement s'accroître. Or, de par la manière moins détaillée dont l'abus est défini dans la *Sherman Act*, l'existence de règles précises permettant d'obliger, dans certains cas limités, un détenteur d'une installation essentielle de fournir accès à ses concurrents, semble nécessaire. Le fait que le droit des États-Unis ne condamne pas expressément certaines façons d'*exploiter* un monopole, contrairement au droit européen, justifie selon nous un cadre clair qui permette de baliser l'abus dont peut se rendre coupable le détenteur d'une installation<sup>145</sup>.

## CONCLUSION

**57.** En définitive, nous estimons que dans les deux ordres juridiques examinés, tant l'existence que la raison d'être d'une « doctrine », entendue comme un schéma systématique et homogène d'application du droit de la concurrence lorsqu'on est en présence d'une « facilité » dite essentielle, doivent être approuvées<sup>146</sup>. Nous arrivons à une telle conclusion, en droit

144. T. LIPSKY, *loc. cit.*, note 21, 8.

145. Si les abus établis dans la jurisprudence européenne des « facilités » essentielles peuvent être peu ou prou liés aux différentes sections de l'article 82 CE [les limitations à la production, aux débouchés ou au développement technique (b), ou encore les cas de discriminations (c)], il n'en va pas de même en droit américain. Le fait que la jurisprudence américaine relative aux installations contienne des développements en matière d'*intention* — alors même que cette intention n'est, de l'avis unanime des auteurs, pas une condition indispensable — témoigne d'après nous de ce manque de précision dans la description des abus. Pour le caractère non indispensable de la recherche d'intention, voir R. PITOFSKY, D. PATTERSON, J. HOOKS, *loc. cit.*, note 4, 450; C.I. NAGY, *loc. cit.*, note 7, 667.

146. Si la même doctrine peut être utilisée pour qualifier le schéma applicable en matière de propriété intellectuelle, il est toutefois primordial de singulariser les conditions de son application dans ce domaine.

européen, sur la base de la mutation que connaissent les règles classiques du droit de la concurrence en présence d'une infrastructure essentielle, et de l'assise dont jouit la doctrine dans la jurisprudence; alors qu'en droit américain, malgré l'opposition de la Cour suprême, sa légitimité nous semble venir de la souplesse offerte par le libellé de la *Sherman Act*. Est-ce à dire que la doctrine est claire et appliquée logiquement? Certainement pas. « La vérité pure et simple est très rarement pure et jamais simple », disait Oscar Wilde. Affirmer l'existence et une certaine légitimité de la doctrine est un premier pas... sur une route qui reste longue<sup>147</sup>.

Olivier van der Haegen  
Avenue Maréchal Ney, 20  
B-1180 Bruxelles Belgique  
Tél. : 0032.474.644.8820  
olivier.vanderhaegen@coleurope.eu

---

147. Étude rédigée en mars 2008 au cours d'un séjour d'échange Mercator à l'Université d'Ottawa (Sections droit civil et common law) — à jour jusqu'à cette date.