

**LES POLITIQUES DE CONCURRENCE
SONT-ELLES RÉDUCTIBLES À DE LA THÉORIE
ÉCONOMIQUE APPLIQUÉE ?
RÉFLEXIONS AUTOUR DE L'AFFAIRE MICROSOFT¹**

Par

Marc Deschamps

Université de Nice Sophia-Antipolis – GREDEG – CNRS

Frédéric Marty

*CNRS – GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis
OFCE – Institut d'Études Politiques de Paris*

Pour de nombreux auteurs, le droit de la concurrence constitue une branche appliquée de la théorie économique (voir Th. Kirat, [1998]). Les liens entre analyse économique du droit et droit de la concurrence existent non seulement au travers des instruments utilisés par les autorités de concurrence mais aussi du fait de l'histoire même de la *Law and Economics* [Kirat et Marty, 2007]. En effet, l'analyse économique des politiques de concurrence se situe à la source de la seconde fondation de la *Law and Economics* au sein de l'Université de Chicago dans l'immédiat après-guerre [Coase, 1993]. Après avoir publié *La route de la servitude* aux Presses Universitaires de Chicago [Hayek, 1944], Hayek se vit proposer par le Volker Fund de Kansas City de coordonner une initiative en faveur de la promotion du libéralisme. Outre la fondation de la Société du Mont Pèlerin, le programme "A Free Market Study" conduisit à la création dans le cadre de la *Law School* de Chicago d'un cours d'économie au sein du cursus de droit, en l'occurrence un cours d'analyse économique des politiques publiques et de l'antitrust. Ce ne fut que progressivement que la *Law and Economics* étendit son programme de recherche au-delà des politiques de concurrence et de la régulation des monopoles vers le droit "non" strictement économique, à l'instar des règles de responsabilité ou du droit de la propriété intellectuelle [Kirat, 2003]. Au-delà de ce lien originel, l'analyse économique joue un rôle déterminant dans les politiques de concurrence, par exemple en matière de caractérisation des délits ou de définition de "sanctions optimales" permettant à la fois de sanctionner ceux-ci *ex post* ou de dissuader *ex ante* les firmes de les mettre en œuvre [Combe, 2006].

En fait, la théorie économique ne se borne pas à fournir des règles incitatives aux autorités de la concurrence ; elle tend à devenir, de part et d'autre de l'Atlantique, l'un des principaux fondements des politiques de la concurrence elles-

¹ Nous tenons à remercier tout particulièrement J-Y. Chérot ainsi que E. Elabd et J. Pillot pour leur aide et leurs commentaires. Nous adressons de la même façon nos remerciements à C. Savard-Chambard, P. Bernhard, P. Reis, S. Béal et L. Boy pour leurs relectures et conseils sur une première version de ce texte. Nous restons toutefois seuls responsables des omissions, imprécisions et erreurs qui pourraient subsister.

mêmes. La convergence vers des analyses concurrentielles fondées sur la théorie économique est, en effet, considéré comme un vecteur déterminant pour garantir à la fois l'efficacité des décisions et une réelle sécurité juridique [Marty, 2007b]. Ce rôle est "salué" par un célèbre article de synthèse sur les évolutions de la législation antitrust américaine le long du vingtième siècle, publié par deux des meilleurs spécialistes du domaine, W. Kovacic et C. Shapiro [1999]. Ceux-ci concluent leur article en relevant que le recours croissant aux outils de la science économique aurait conduit à deux apports majeurs en matière de conception et de mise en œuvre de politiques de concurrence. Le premier tient à la démonstration de la supériorité des mécanismes de marché en matière d'allocation efficace des ressources. Le second est de fournir aux juges des outils leur permettant de rendre des décisions robustes, en d'autres termes de renforcer la sécurité juridique des opérateurs économiques en fondant leurs décisions sur des tests économiques objectifs et fiables.

Initiée aux États-Unis dès 1976 avec le Hart-Scott-Rodino Act, le mouvement vers des politiques de concurrence de plus en plus fondées sur des critères économiques a progressivement gagné l'Union européenne, notamment à la suite d'annulations, par le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (TPICE), de décisions de la Commission en matière de contrôle des concentrations, sur la base "d'erreurs manifestes d'appréciations" en matière de raisonnement économique (Marty, [2007a]). Ainsi, la modernisation des règles de concurrence applicables au contrôle des concentrations en 2004 s'inscrit pleinement dans une logique de renforcement la sécurité juridique des firmes au travers d'un appui croissant sur des tests économiques. Comme le relève le rapport de l'OCDE sur la politique de concurrence européenne, publié en 2005, "La législation de la concurrence dans l'Union Européenne est dans une situation transitoire avec des politiques antitrust, concernant les fusions et les aides d'État, fondées de manière croissante sur des considérations économiques et de marché. La modernisation des concepts inscrit l'analyse de fond dans un format gérable tout en rendant ses fondements économiques plus explicites" (Wise, [2005]). De la même façon, dans son rapport 2005 sur les politiques de concurrence, la Commission européenne [2006] insiste sur le fait que "les enquêtes menées par la DG Concurrence tendent également à s'appuyer sur des recherches de plus en plus approfondies. L'accent est mis sur la détermination de préoccupations en matières de concurrence reposant sur une analyse économique fiable et solidement fondée en faits". Pour citer un dernier exemple, lequel sera au centre de notre article, Ch. Montet [2008], dans son analyse des fondements économiques de la décision du TPICE dans l'affaire Microsoft, insiste sur le changement d'approche des autorités européennes en matière de caractérisation des abus dominantes. À une ancienne approche qui aurait mené à sanctionner de façon quasi automatique une firme dominante sur un marché donné qui aurait délibérément mis en place des obstacles à une concurrence par les mérites sur un marché dérivé aurait succédé une "analyse de plus en plus fouillée du bilan économique de chaque cas, l'accent étant mis sur les conséquences pour le bien-être des consommateurs".

Les politiques de concurrence, parce qu'elles exigent de nombreuses compétences, semblent souvent n'être conçues que comme une somme de questions techniques. En effet, comme le relève A. Jeanmeaud [1990], le droit de la concurrence n'a au final que peu de choses à voir avec un régime de règles déontiques. Il procède, en fait, d'un processus de construction réflexive des règles au travers du règlement des contentieux. À ce titre, l'influence de l'analyse économique dans la décision des autorités de la concurrence est telle qu'il apparaît pour certains,

comme le note Th. Kirat [1998], que "le droit de la concurrence est, de fait, une branche appliquée de la théorie économique". Il en va d'ailleurs de même pour l'ancien Premier Président de la Cour de Cassation, G. Canivet [2005], pour lequel les "notions souples" du droit de la concurrence "ont érigé directement des notions économiques en concepts juridiques". Il apparaît ainsi, pour certains, que sur ces questions, tous les êtres humains, à partir du moment où ils sont rationnels, devraient inéluctablement aboutir aux mêmes conclusions. De ce fait, l'analyse économique fournirait une réponse scientifique unique et optimale à chaque question, et toute difficulté proviendrait d'une mauvaise mise en œuvre. La solution à une éventuelle divergence consisterait alors simplement à démontrer où résident les erreurs et à les corriger.

Cependant, il convient de s'interroger si un tel recours croissant à l'analyse économique permet d'aboutir sur des décisions à la fois "efficaces" et "prévisibles" mais aussi consistantes de part et d'autre de l'Atlantique. Or, l'arrêt du TPICE du 17 septembre 2007 dans l'affaire Microsoft, dossier emblématique et stratégique s'il en est, témoigne d'une très nette divergence d'appréciation entre les autorités de la concurrence européennes et américaines. Nous nous interrogerons, dans le cadre de cet article, sur les origines d'une telle différence de vue, laquelle peut apparaître d'autant plus surprenante que les deux autorités de la concurrence ont adopté des approches résolument fondées sur l'analyse économique. Celle-ci est-elle liée à une mauvaise application de la théorie par l'une d'entre-elles ou à une incapacité de la théorie économique à fournir une règle de décision efficace ? S'il s'agit de la seconde solution pourrait-on considérer qu'il ne s'agit comme le considèrent E. Mackaay et S. Rousseau [2008] d'une insuffisance "provisoire"² ou au contraire d'une impossibilité définitive de fournir une règle permettant de fournir une réponse unique à de telles problématiques ? De la même façon, peut-on même considérer comme souhaitable que la théorie économique puisse à terme fournir un tel type de règle ?

Pour répondre à ces questions, nous présenterons dans une première partie l'affaire Microsoft telle qu'elle a été traitée par les autorités de la concurrence américaine et européenne, avant de nous attacher en seconde partie à l'utilisation de la théorie des facilités essentielles par la Commission européenne pour expliquer les divergences transatlantiques. Enfin, en guise de conclusion nous nous interrogerons sur le sens que pourrait revêtir une politique de la concurrence fondée sur les prescriptions de la théorie économique.

I. L'affaire Microsoft : Les différences d'approches entre les autorités de concurrence américaines et européennes

Au-delà du fait que Microsoft est depuis longtemps l'une des entreprises ayant l'une des plus fortes capitalisations boursières et que presque chacun d'entre nous utilise chaque jour les produits vendus par cette firme, l'affaire Microsoft est exceptionnelle. En effet, si son caractère singulier sur le plan économique provient du rôle central qu'occupe cette firme dans les secteurs des nouvelles technologies,

² "Dans l'ensemble, les droits de propriété intellectuelle constituent un domaine où l'analyse économique du droit peut exercer son rôle décapant pour focaliser l'attention sur les véritables enjeux. Elle ne semble pas parvenue cependant à articuler un test qui nous permettrait de déterminer avec assurance la structure optimale de ces droits. Invitation aux chercheurs en quête d'un prix Nobel..." [p. 325, § 1156].

elle représente également une véritable “saga judiciaire” des deux côtés de l’Atlantique.

A. Microsoft face à l’antitrust américain

Aux États-Unis³, la FTC (Federal Trade Commission) entama en 1990 une enquête sur les pratiques de licence de logiciels aux fabricants d’ordinateur personnel pour déterminer si une pratique de forclusion⁴ avait été mise en œuvre. L’action était notamment portée par le grief d’une possible collusion avec IBM. Après investigations, la FTC conclut que Microsoft n’avait pas utilisé de pratiques déloyales et que le marché était au final caractérisé par une concurrence extrêmement vigoureuse. Toutefois, dès 1993, A. Bingaman, à la tête de l’Antitrust Division du DoJ (Department of Justice), décida de rouvrir une enquête portant sur les logiciels de système d’exploitation et en particulier sur les pratiques mises en œuvre par Microsoft. À nouveau, l’action n’arriva pas à son terme à la suite d’un accord à l’amiable (*consent decree*)⁵ entre la firme et les autorités, au terme duquel celle-ci acceptait notamment de limiter ses accords de licence avec les équipementiers, et en particulier, acceptait de ne plus lier systématiquement les licences de son système d’exploitation aux licences de ses autres produits (restait seulement la possibilité, à la demande des clients, de les intégrer).

À la suite du développement de l’utilisation d’Internet, une nouvelle phase de la “saga Microsoft” commença. Constatant l’apparition du logiciel Mosaic, mais surtout l’ascension fulgurante du logiciel de navigation Navigator, développé par Netscape, Microsoft saisit l’importance stratégique du marché des navigateurs Internet. Après le refus opposé par Netscape à un accord de coopération, Microsoft décida de produire et d’intégrer gratuitement son propre logiciel de navigation, Internet Explorer, à son système d’exploitation Windows et ce faisant de l’imposer aux équipementiers. La Division Antitrust du DoJ, sur requête de Netscape, décida alors d’enquêter à nouveau sur les agissements de Microsoft accusant cette dernière de violer la transaction conclue auparavant. Le juge Th. Jackson reçut la demande du gouvernement, mais sa décision fut largement infirmée par la Cour d’appel du District de Columbia qui considéra que Microsoft avait démontré que la combinaison du logiciel de navigation et du système d’exploitation offrait une fonctionnalité qui ne serait pas disponible sans l’intégration des produits.

Toutefois, l’affaire rebondit presque aussitôt, puisqu’en 1998 la Division Antitrust du DOJ accompagnée de vingt États et du District de Columbia engagea une action judiciaire à l’encontre de Microsoft en soutenant qu’il y avait en la matière une double violation du Sherman Act. La première tenait à des pratiques visant à établir un monopole sur le marché des systèmes d’exploitation. La seconde résidait dans une tentative de *monopolisation* sur le marché des navigateurs sur Internet. Selon les autorités, la menace qui résultait du langage Java et de Netscape Navigator sur Microsoft incita ce dernier à mettre en œuvre des comportements anticoncurrentiels (partage de marché, stratégie de prédation, tentative d’exclusion de

³ Outre les références directes aux institutions en charge de la politique de la concurrence aux États-Unis, notre présentation de la “saga Microsoft” aux États-Unis d’Amérique s’appuie principalement sur les articles de G. Stolyarov [2007] et J.-Y. De Cara [2008].

⁴ Pour une appréhension de la notion de forclusion du marché on se reportera à E. Combe [2005, pp 248-261].

⁵ Cette transaction, bien que rejetée dans un premier temps par le juge S. Sporkin qui la trouve trop complaisante pour Microsoft, sera reconnue en appel par le juge Th. Jackson.

concurrents sur le marché des logiciels, intégration de Windows 98). Le juge Th. Jackson, constatant différentes violations du droit Antitrust et l’échec de la médiation organisée sous l’égide de R. Posner, se prononça alors en 2000 pour le plus fort remède structurel disponible : la scission de l’entreprise en deux entités (l’une pour les systèmes d’exploitation d’ordinateurs personnels, l’autre pour les logiciels d’application) sur le modèle du démantèlement d’AT&T en 1982⁶. Jackson précisa néanmoins que la firme resterait en l’état tant que toutes les voies de recours n’auraient pas été épuisées. Après un renvoi par la Cour Suprême fédérale, la Cour d’appel du District de Columbia critiqua sèchement le comportement et les déclarations hors cours du juge Th. Jackson et décida à l’unanimité d’annuler la décision de démantèlement. En conséquence, elle réforma profondément le jugement en substituant l’application de la règle de raison à l’interdiction *per se* des ventes liées. Elle considéra néanmoins que Microsoft s’était rendu coupable de violation de la section 2 du Sherman Act en cherchant par des pratiques illicites à consolider son pouvoir de marché et renvoya l’affaire devant la juge C. Kollar-Kotelly. Une transaction fut, au final, négociée en 2002⁷. Dans le cadre de celle-ci la Division Antitrust du DoJ a spécifié les obligations de Microsoft, notamment en matière d’interopérabilité. Microsoft s’est notamment engagé à divulguer ses interfaces “middleware” de façon à permettre aux firmes concurrentes de créer des produits concurrents à certaines fonctions intégrées des produits de Microsoft. De la même façon, la divulgation des protocoles serveur vise à s’assurer que Microsoft n’utilise pas son monopole dans le domaine des systèmes d’exploitation pour limiter la concurrence sur les serveurs. Des procédures de contrôle du respect des engagements étaient prévues dans le cadre de cette transaction, au travers notamment de la nomination d’experts indépendants et d’une obligation de contrôle de la part des États fédérés. Si la transaction mit fin à la procédure, même si certains États fédérés et, plus tard, deux associations professionnelles tentèrent d’obtenir une révision, voire une annulation, de l’accord.

B. Le traitement de l’affaire Microsoft au niveau de l’Union européenne

Au niveau de l’Union européenne, l’affaire Microsoft a en fait dépassé tous les standards usuels des dossiers traitant d’abus de position dominante. En effet, comme le souligne R. Garcia-Valdecasas [2008], juge au TPICE dans cette affaire, ce cas est à bien des égards hors normes. Ainsi il s’agit cumulativement, au niveau du TPICE, de “l’affaire la plus médiatique” que le Tribunal ait eu à connaître depuis sa création en 1989, de l’enquête “la plus laborieuse et la plus profonde jamais faite en matière d’abus de position dominante”, de “plusieurs milliers de pages de mémoires et d’innombrables annexes d’une grande complexité technique”, d’une affaire ayant nécessité un délibéré de plus d’un an, et d’un arrêt de 300 pages et de 1080 considérants.

⁶ Le démantèlement de firmes utilisé comme remède structurel en matière de politiques de concurrence n’est guère l’apanage des États-Unis. En septembre 2007, dans le cadre du Troisième Paquet Énergie, la Commission européenne a ouvert cette possibilité pour réaliser une séparation définitive entre les activités de transport et de production et de distribution électrique (*unbundling*). De façon encore plus récente, la Competition Commission britannique a proposé, le 20 août 2008, le démantèlement de BAA plc, gestionnaire de sept des plus importants aéroports britanniques (Donnedieu de Vabres- Tranić, [2008]).

⁷ Voir le communiqué du 2 novembre 2001 (http://www.usdoj.gov/opa/pr/2001/November/01_at_569.html).

L'affaire⁸ commence en 2000 sur la base d'informations communiquées par des utilisateurs finals, des PME du secteur informatique et des concurrents de Microsoft, qui souhaitent tous rester anonymes. La DG concurrence, sous la direction de M. Monti, décide de demander formellement à Microsoft, au titre de l'article 11 du Règlement 17/62, de lui communiquer des renseignements concernant les nouvelles caractéristiques techniques de Windows 2000 sous un délai de quatre semaines. Ces renseignements ayant, selon le communiqué du 10 février 2000 (IP/00/141) de la DG Concurrence, pour objet de "permettre à la Commission de vérifier les informations selon lesquelles Microsoft a conçu Windows 2000 de manière à tirer profit, sur les marchés des systèmes d'exploitation pour serveurs, et au-delà, sur celui, florissant, du commerce électronique, de la position dominante dont l'entreprise jouit dans les systèmes d'exploitation pour PC". En effet, selon les informations qu'a reçues à cette époque la Commission, "Microsoft, à l'occasion de la commercialisation de Windows 2000, aurait lié son système d'exploitation pour PC à ses propres logiciels pour serveurs et à d'autres logiciels Microsoft (aussi appelés "middleware" ou logiciels personnalisés, qui offrent des fonctions permettant d'améliorer l'efficacité des systèmes d'exploitation client/serveur, notamment le "back office" ou des tâches de sécurité) de telle façon que seuls les produits de Microsoft soient parfaitement compatibles entre eux. Les concurrents de Microsoft, qui n'ont pas accès à ces interfaces, en subiraient, selon ces informations, de graves désavantages concurrentiels qui permettraient en définitive à Microsoft d'étendre la position dominante dont elle jouit sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC aux marchés, étroitement liés à celui-ci, des logiciels pour systèmes d'exploitation de serveurs et du "middleware" au travers de la mise en œuvre d'une stratégie de levier. Toujours selon ces informations, les clients seraient *de facto* obligés d'acquiescer Windows 2000 pour serveurs s'ils souhaitent exploiter à fond les fonctions propres à Windows 2000 pour PC". À cette occasion, la Commission prend soin de distinguer cette procédure de celle engagée aux États-Unis⁹.

Suite à cela et au dépôt préalable en 1998 d'une plainte de Sun Microsystems, la Commission, sur l'initiative de M. Monti, a transmis à Microsoft, le 3 août 2000, une communication des griefs. Celle-ci soupçonne la firme "d'utiliser sa position dominante dans le domaine des systèmes d'exploitation de micro-ordinateurs pour tenter de contrôler également des logiciels pour serveurs" (Communiqué IP/00/906). La DG concurrence explique à cette occasion que : "Microsoft détient environ 95 % du marché des systèmes d'exploitation (OS) pour micro-ordinateurs où il jouit d'une position dominante pratiquement incontestée. D'où sa demande que l'interopérabilité soit garantie pour permettre une réelle

⁸ Il s'agit là en fait d'un nouvel épisode, car comme le note la Commission, celle-ci a déjà eu auparavant à traiter des affaires dans lesquelles Microsoft était impliquée (accords de licence conclus par Microsoft à des fabricants de PC, affaire Santa Cruz contre Microsoft, accords conclus entre Microsoft et des fournisseurs de services Internet, ou encore Micro Leader contre Microsoft). Elle note ainsi que : "Il convient de distinguer la procédure engagée aux États-Unis et la première étape d'un examen provisoire des allégations dont la Commission a été saisie. L'objet de la procédure américaine et celui des allégations en question sont différents. Les allégations que la Commission a maintenant décidé d'examiner plus en détail portent principalement sur le fait que Microsoft tente d'étendre la position dominante qui est la sienne sur un marché (celui des systèmes d'exploitation pour PC) à d'autres marchés, tandis que la procédure engagée aux États-Unis porte principalement sur les mesures prises par Microsoft pour maintenir sa position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC" (mis en italique par nous).

concurrence"¹⁰. À cette occasion, soulignant l'aspect crucial de cette affaire, M. Monti déclara ainsi que : "La Commission se réjouit de tous progrès et innovations véritables dans le domaine de l'informatique, quels qu'en soient leurs auteurs, comme étant extrêmement positifs pour le secteur et pour les consommateurs en général. La protection efficace des droits d'auteur et des brevets est cruciale pour le progrès technique. Mais la Commission ne tolérera pas qu'une position dominante sur un marché donné soit étendue à des marchés voisins en s'appuyant sur des pratiques anticoncurrentielles et sous prétexte de protéger ses droits d'auteur. Toutes les entreprises qui souhaitent être présentes dans l'Union européenne doivent respecter ses règles de concurrence et je suis déterminé à appliquer ce principe de manière rigoureuse".

Procédant de manière peu usuelle, M. Monti fit, concernant cette affaire, une déclaration le 18 mars 2004 (IP/04/365) au terme de laquelle il expliqua qu'en dépit de "l'attitude constructive et [de] l'esprit de coopération dont Microsoft a fait preuve au cours des semaines passées" tout comme "du degré élevé de professionnalisme des membres de l'équipe Microsoft, à tous les niveaux", il n'avait pas été possible d'aboutir à un accord. Il indiquait alors que "la meilleure solution consiste [alors] à adopter une décision qui créera un précédent fort" puisque "nous avons en effet tout particulièrement besoin d'un précédent qui définisse clairement les principes qui devront, à l'avenir, guider le comportement de toute entreprise détenant une position dominante aussi forte sur le marché".

La Commission conclut alors le 24 mars 2004 (IP/04/382), que Microsoft avait "enfreint les règles de concurrence communautaires en abusant de son quasi-monopole sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC afin de restreindre la concurrence sur les marchés des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail et des lecteurs multimédias". Elle décida en conséquence, puisque ce comportement illicite n'avait pas encore cessé, d'ordonner à Microsoft de "divulguer à ses concurrents, dans un délai de 120 jours, les informations sur les interfaces nécessaires pour que leurs produits puissent dialoguer avec le système d'exploitation Windows" et dans un délai de 90 jours de "proposer aux équipementiers (et aux utilisateurs finals) une version de son système d'exploitation Windows qui ne comprenne pas le lecteur Windows Media". Elle infligea à Microsoft dans le même temps une amende record de 497 millions d'euros pour avoir abusé de son pouvoir de marché dans l'UE. Il importe de souligner que la Commission précisait que "*dans la mesure où certaines informations concernées pourraient être couvertes par des droits de propriété intellectuelle valables dans l'Espace économique européen, Microsoft pourrait prétendre à une rémunération, qui doit demeurer raisonnable et non-discriminatoire.* La divulgation ne concerne que la documentation sur les interfaces, et non le code source Windows, qui n'est pas nécessaire au développement de produits interopérables" (mis en italique par nous). Fait exceptionnel, la Commission indiquait qu'elle nommerait un mandataire pour assurer la mise en œuvre efficace et dans les délais prescrits par sa décision.

¹⁰ "Or cette interopérabilité n'est effective que si les logiciels pour PC et pour serveurs peuvent communiquer au moyen de liens, dits "interfaces". Pour être en mesure de concevoir des logiciels pour serveurs capables de communiquer avec le client ordinateur Windows, les concurrents de Microsoft doivent connaître les informations relatives à l'interface - des informations techniques, voire certaines parties du code source de Windows. Sans logiciels interopérants, et vu la puissance écrasante de Microsoft sur le marché des logiciels pour PC, les utilisateurs de Windows pour PC en réseau seraient *de facto* obligés d'utiliser des logiciels pour serveurs Windows s'ils souhaitaient obtenir une interopérabilité totale" (Communiqué IP/00/906).

Ayant fait appel de la décision rendue par la Commission, notamment en ce qui concerne les mesures correctrices, le TPICE eu à se prononcer sur cette affaire. Celui-ci, dans un arrêt rendu le 17 septembre 2007 confirma pour l'essentiel la décision rendue par la Commission concernant l'abus de position dominante de Microsoft, tant sur le volet des ventes liées que sur celui de l'interopérabilité¹¹. Sur ce dernier volet, le Tribunal considère tout d'abord que le refus de fournir les informations relatives aux protocoles d'interface pose un problème spécifique dans la mesure où Microsoft est en position dominante. Sa jurisprudence, en effet, conduit à pouvoir considérer, dans certaines circonstances, qu'un refus de contracter de la part d'une entreprise en position dominante peut être constitutif d'un abus (alors qu'en principe les entreprises demeurent libres de choisir leurs partenaires commerciaux). Dans le cas d'espèce, le Tribunal considère que la Commission n'a pas commis d'erreur en considérant que ces circonstances particulières étaient bien réunies (le refus doit porter sur un actif indispensable à l'exercice d'une activité sur un marché connexe, il est de nature à exclure toute concurrence effective sur ce dernier et fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs).

Face à ces deux analyses divergentes de part et d'autre de l'Atlantique des comportements mis en œuvre par Microsoft deux positions semblent possibles.

La première consiste à soutenir que soit les États-Unis, soit l'Union européenne, se trompent dans leur analyse et commettent donc une erreur. C'est ainsi que dès le lendemain de la décision du TPICE, T. Barnett, le directeur de l'Antitrust Division du DOJ, publia un communiqué de presse où il déclarait que : "Nous sommes [...] préoccupés par l'application unilatérale par le Tribunal de Première Instance (communautaire) qui, plutôt que d'aider les consommateurs, pourrait avoir la conséquence malheureuse de les défavoriser en entravant l'innovation et en décourageant la concurrence. Aux États-Unis, les règles de l'antitrust sont appliquées pour protéger les consommateurs en protégeant la concurrence, et non les concurrents. En l'absence d'une atteinte avérée aux consommateurs, toutes les firmes, y compris les entreprises en position dominante, sont encouragées à se concurrencer vigoureusement. Les tribunaux américains reconnaissent les bénéfices potentiels pour les consommateurs quand une firme, même en position de leadership, prend unilatéralement la décision d'investir, par exemple en ajoutant des fonctionnalités à ses produits ou en octroyant des licences d'exploitation à des rivaux, ou en refusant de le faire", accusant ainsi l'Europe de ne pas favoriser la concurrence mais au contraire de porter assistance à des entreprises mises en difficultés par cette dernière.

La seconde position, qui est celle que nous défendons, consiste au contraire à soutenir que cette profonde divergence ne résulte pas d'une plus ou moins grande habileté à comprendre une situation à partir d'une analyse économique, mais d'une vraie différence quant à la conception de ce qu'est la politique de concurrence. En effet, si l'on fait abstraction de la question des ventes liées¹², et que l'on perçoive l'affaire Microsoft comme une affaire de licence obligatoire, de prédation ou

¹¹ Il annula cependant les éléments de la décision qui concernait la désignation d'un mandataire indépendant dans la mesure où ils "ne trouvent pas de fondement juridique en droit communautaire".

¹² Sur ce point on pourra se reporter à L. Idot [2005].

d'activation de la théorie des infrastructures essentielles¹³, la différence majeure entre l'Europe et les États-Unis nous semble reposer sur le fait que dans un cas la politique de la concurrence veille au niveau et à l'intensité de la concurrence, alors que dans l'autre la politique de la concurrence vise aux conditions d'existence de la concurrence. On retrouverait ici, d'une certaine façon, la divergence que l'on a pu constater dans les libéralisations des industries de réseaux.

Ainsi, loin de considérer que les États-Unis jouerait systématiquement un rôle d'éclaireur, voir de leader, dans le domaine de la politique de la concurrence, il nous semble que la principale leçon à tirer de la "saga" Microsoft repose sur le fait qu'il s'agit de *politique*, au sens premier du terme, c'est-à-dire de choix et non de règles¹⁴.

II. Les divergences de part et d'autre de l'Atlantique proviennent-elles de l'utilisation de la théorie des facilités essentielles¹⁵ ?

Comprendre la position des autorités de la concurrence européennes dans l'affaire Microsoft, ainsi que les vifs débats que celle-ci a suscité de part et d'autre de l'Atlantique, suppose, à notre sens, de revenir sur la jurisprudence concurrentielle communautaire en matière de théorie des facilités essentielles et son application à des actifs intangibles, tels les droits de propriété intellectuelle.

A. Un concept largement adopté en Europe

Une facilité essentielle désigne une ressource, détenue par une firme dominante, qui s'avère indispensable pour permettre à ses concurrents d'exercer leur activité sur le marché pertinent et qui est impossible à reproduire par des moyens raisonnables (financiers, techniques et temporels). Dès lors que l'instance juge une infrastructure comme étant "essentielle", elle peut obliger le titulaire de la facilité à ouvrir l'accès à celle-ci dans des conditions raisonnables pour garantir la contestabilité du marché¹⁶. En d'autres termes, le refus d'accès a pour effet d'évincer le concurrent du marché. La théorie des facilités essentielles, initialement utilisée en matière de régulation des infrastructures de réseaux, a été peu à peu appliquée, par les politiques de concurrence communautaires, vers les actifs intangibles.

En effet, les premières applications en droit communautaire de la notion en matière d'infrastructures remonte à la décision B&I / Sealink de 1992. La jurisprudence européenne en matière d'éviction d'un concurrent de ressources essentielles à son activité a en fait initialement porté sur des comportements de forclusion en matière de fournitures de matières premières. Il s'agissait de cas de refus d'approvisionnement ou d'approvisionnements réalisés dans des conditions discriminatoires¹⁷. Pour les facilités essentielles proprement dites, la jurisprudence

¹³ La question semble débattue tant chez les économistes que chez les juristes comme le démontre notamment la dernière livraison de *la Revue Lamy de la concurrence* [2008] qui consacre près de 60 pages à des analyses et commentaires.

¹⁴ Pour la présentation et l'articulation de cette distinction dans le cadre de la BCE (Banque Centrale Européenne) nous renvoyons à J.-P. Fitoussi [2002].

¹⁵ Pour des analyses plus détaillées sur ce point on se reportera à F. Marty et J. Pilot [2009a] [2009b] dont nous reprenons certains éléments.

¹⁶ Décision n° 98/190 de la Commission européenne du 14 janvier 1998, JOCE n° L72, 11 mars 1998.

¹⁷ Par exemple, CJCE, 6 mars 1974, ICI Spa et Commercial Solvents / Commission ; affaires jointes 6 et 7/73.

communautaire a progressivement dégagé un ensemble de critères permettant de concilier le renforcement de la contestabilité du marché avec le respect des droits de propriété de l'opérateur concerné (M-A. Frison-Roche et M-S. Payet [2006]). Premièrement, l'infrastructure doit être entre les mains d'un opérateur doté d'une puissance économique. Deuxièmement, l'accès à la facilité concernée doit être indispensable à l'exercice de la concurrence. Troisièmement, il doit être raisonnablement impossible de reproduire la facilité en question dans des conditions économiquement acceptables. À ce titre, le cas Bronner (demande d'accès au réseau de distribution mis en place par un quotidien concurrent) montre qu'il ne s'agit que de contournements déraisonnablement coûteux. Un accès obligatoire ne peut être accordé sur la seule base que les substituts sont économiquement moins avantageux¹⁸.

L'activation de cette théorie dans l'affaire Microsoft¹⁹ s'inscrit dans cette dynamique jurisprudentielle et fait plus particulièrement suite à deux précédents, les affaires Magill en 1995²⁰ et IMS Health en 2004²¹. Dans les deux cas, les autorités de la concurrence européennes ont contraint le détenteur de droits de propriété intellectuelle à accorder une licence obligatoire²². Dans l'affaire *Magill*, la CJCE a jugé que le refus opposé par les chaînes de télévisions irlandaises de communiquer leurs grilles de programmes à la société Magill, laquelle souhaitait éditer un guide hebdomadaire regroupant les programmes des six chaînes nationales, constituait un abus de position dominante au sens de l'article 82 du Traité. En l'espèce, les chaînes considéraient qu'elles étaient propriétaires des informations relatives à leurs grilles de programmation et à ce titre qu'elles n'avaient pas à transmettre ces dernières à un tiers. Le juge a considéré que l'information protégée constituait une facilité essentielle en ce sens qu'elle était indispensable à la société Magill TV Guide Ltd. pour mettre sur le marché un produit différencié (un guide généraliste) susceptible d'apporter une plus-value aux consommateurs. Pour la CJCE, les chaînes de télévision avaient abusé de leur position dominante sur un marché amont pour entraver l'apparition d'une nouvelle offre, non directement concurrente des leurs sur un marché aval. En d'autres termes, le refus d'une entreprise titulaire d'un droit d'auteur de donner accès à un produit ou à un service indispensable pour exercer une activité déterminée constitue un abus de position dominante dès lors que ce refus est à la fois injustifié, de nature à exclure toute concurrence sur des marchés dérivés et empêche l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle²³.

¹⁸ CJCE, 26 novembre 1998, Oscar Bronner GmbH, aff C-7/97.

¹⁹ Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes, Arrêt du 17 septembre 2007, affaire T-201/04, Microsoft Corporation / Commission.

²⁰ Arrêts C-241/91 P et C-242/91 P. Radio Telefís Éireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission des communautés européennes, 6 avril 1995.

²¹ Arrêt C-418/01 du 29 avril 2004 relative à l'affaire IMS. Health GmbH et a. c / N.D.C. Health GmbH.

²² Le recours à la théorie des facilités essentielles fait bien évidemment débats et ce de façon d'autant plus vive que celle-ci concerne des droits de propriété intellectuelle. Si le recours à cette théorie apparaît comme sous-jacent dans l'affaire *Magill* et beaucoup explicite dans la décision de la Commission du 3 juillet 2001 relative à l'affaire IMS (ainsi d'ailleurs que dans la décision Bronner), la CJCE, dans son arrêt du 29 avril 2004 revient à l'exigence des "circonstances exceptionnelles" dégagées de l'arrêt *Magill* pour caractériser un abus et ensuite seulement ordonner une licence obligatoire [Sardain, 2004].

²³ Un refus d'octroi de licence d'une entreprise en position dominante ne constitue pas en lui-même un abus (CJCE, Volvo c. Veng, aff 238/87, 5 octobre 1998).

Accorder une licence obligatoire pour un produit nouveau pourrait venir corriger un effet pervers des droits de propriété intellectuelle qui serait de donner à son détenteur un outil de blocage de l'ensemble des innovations de suite qui pourraient s'inscrire dans la continuité de son innovation initiale. Ainsi, l'introduction du critère d'un produit nouveau pouvait apparaître comme un garde-fou contre d'éventuelles stratégies de parasitisme menées par des firmes souhaitant mettre sur le marché des produits "clonant" ceux de l'entreprise détentrice des DPI (voir C. Prieto [2004]). Comme le note cependant F. Sardain [2004], le critère de l'apparition du produit nouveau "que le titulaire de droit n'offre pas" est assez ambigu dans l'arrêt IMS dans la mesure où ce dernier intervient lui-même sur le marché dérivé. Il est en effet possible de se demander "si un produit divergeant seulement par quelques spécificités par rapport au produit initial, mais lui demeurant substituable, ne pourrait pas être considéré comme 'nouveau'".

Or, l'arrêt IMS vint remettre en cause cette condition. En l'espèce, IMS avait construit une base de données sur les ventes des pharmacies allemandes sur la base d'une structure modulaire s'appuyant sur les codes postaux, laquelle devint rapidement le standard du marché²⁴. La société NDC, nouvelle entrante, décida de ce fait d'opter pour une base de données s'appuyant sur la même structure. L'entreprise IMS, titulaire des droits sur cette dernière, répliqua par un refus de vente de sa base de données protégée par le droit d'auteur. La jurisprudence *Magill* n'avait *a priori* aucune raison de s'appliquer dans la mesure où NDC proposait un produit en tout point équivalent à celui d'IMS. Or, les autorités de la concurrence appliquèrent la théorie des facilités essentielles comme elles l'auraient fait en matière d'ouverture à la concurrence des réseaux de service public, en considérant que le détenteur de l'infrastructure devait permettre l'accès à des concurrents pour rendre possible la compétition. Comme la structure basée sur les codes postaux était devenue le standard sur le marché allemand, un refus de licence empêchait *de facto* l'entrée de tout nouveau compétiteur sur le marché. Le refus devait, à ce titre, être considéré comme un abus de position dominante. L'arrêt *IMS* a donc conduit à un glissement de l'application la notion de facilité essentielle en faveur de firmes opérant sur le même marché. En ce sens, il marque un approfondissement de la logique de l'arrêt *Magill* qui se "limitait" à donner la possibilité à des firmes de demander une licence obligatoire pour offrir une offre nouvelle sur un marché connexe à celui du titulaire du DPI.

La décision de la Commission dans l'affaire Microsoft en 2004, tend à étendre encore le champ d'application de la théorie des facilités essentielles en ce sens que peut désormais être retenu le préjudice subi par le consommateur du fait de l'immobilisme technique pouvant résulter du refus de fourniture²⁵. La stratégie de levier dont Microsoft se serait rendu coupable selon la Commission avait pour objet d'étendre la position dominante détenue par la firme sur le marché des SE pour PC à celui des SE pour serveurs. Cette stratégie est d'autant plus contestable que Microsoft, après avoir dans un premier temps très largement diffusé les informations relatives aux interfaces de son SE, a par la suite progressivement restreint l'accès au

²⁴ IMS fournit des statistiques sur les prescriptions de médicaments aux laboratoires pharmaceutiques. La structure modulaire adoptée par IMS avait été élaborée dès 1969, conjointement avec les laboratoires et avait fait l'objet d'un transfert gratuit aux pharmacies, ce qui en faisait le *standard du marché* (Sardain [2004]).

²⁵ Dans le cadre de l'arrêt Microsoft, une ambiguïté demeure également quant à l'utilisation par le TPICE de la théorie des facilités essentielles ou du test des circonstances exceptionnelles issu des jurisprudences *Magill* et *IMS* pour caractériser l'abus de position dominante (Montet, [2008]).

fur et à mesure que Windows NT gagnait des parts de marché. Cette pratique est assimilable à une stratégie de prédation puisque Microsoft a renoncé, à court terme, à des revenus liés aux royalties afin d'encourager les développeurs tiers à concevoir des applications pour son propre SE – augmentant la qualité de celui-ci du point de vue de l'utilisateur, et donc la part de marché de MS – sachant qu'à terme, les pertes consenties pourront être récupérées via le pouvoir de monopole acquis sur les SE serveurs. Il s'agit donc d'un investissement en pouvoir de marché dans l'espace et dans le temps (sur ce point voir F. Lévêque [2007]). En effet, refuser l'accès à un actif donné à l'occasion d'une première demande ou mettre un terme à une fourniture n'est pas neutre du point de vue économique, dans la mesure où le second cas peut s'apparenter à une stratégie de hold-up qui va venir altérer la dynamique innovatrice en dissuadant les agents à réaliser des investissements productifs.

Les barrières à l'entrée propres à ce type d'industrie et, plus particulièrement, la stratégie de levier depuis le marché des SE pour PC – sur lequel MS détient une position quasi-monopolistique – exposée *supra* ont été invoqués par la Commission pour retenir la position dominante de Microsoft, alors même que la firme de Redmond ne contrôlait que 60% du marché des SE pour serveurs de travail. Dans la mesure où Windows était appelé à également devenir le standard de ce marché, la Commission a donc considéré les protocoles d'interface comme nécessaires à la viabilité de toute offre alternative. Autrement dit, la stratégie de Microsoft induisait un risque d'élimination de la concurrence assez significatif pour justifier un partage des protocoles d'interface entre les acteurs de ce marché. La Commission a donc considéré que les pratiques de Microsoft avaient lésé le consommateur tant au niveau des prix que de la liberté de choix ou encore du ralentissement du rythme de développement des nouvelles fonctionnalités. Pour celle-ci, le refus de Microsoft était donc bien de nature à empêcher ses concurrents de "développer des versions plus avancées de leurs propres produits". Une telle approche, qui tend à s'éloigner du test du nouveau produit suggéré par l'arrêt Magill, rappelle que le progrès technique ne se traduit pas forcément par l'apparition d'un bien ou service inédit mais peut également relever d'une évolution continue des produits. En effet, dans le cas de Microsoft, la condition de nouveauté semble devenir hypothétique. Il s'agirait de ne pas priver les concurrents d'une chance d'innover. Même si après une licence obligatoire les produits devenaient identiques, ils seraient appelés à terme à diverger du fait des trajectoires technologiques propres à chaque firme.

Nous avons vu que le TPICE, dans son arrêt du 17 septembre 2007, a, en grande partie, confirmé la décision de la Commission. Celui-ci a considéré que, tout comme l'absence de justification objective au refus de licence, les trois critères, issus des jurisprudences Magill et IMS, qui permettent de conclure à une attitude constitutive d'un abus de position dominante étaient réunis dans le cas d'espèce. Selon le Tribunal, les pratiques de Microsoft ont renforcé sa position au détriment de ses concurrents. L'interopérabilité devient, dans ce cadre, une condition nécessaire à la préservation d'un processus concurrentiel sur le marché en question. En d'autres termes, la pérennité d'une structure de concurrence effective était remise en cause par les agissements de Microsoft. La firme de Redmond n'étant pas parvenue à convaincre le TPICE de l'impact négatif qu'une divulgation des informations relatives aux interfaces pourrait avoir sur ses incitations à innover, le juge a donc considéré que le refus de fourniture était constitutif d'une exploitation abusive de position dominante dans la mesure où il limite le développement technique au

détriment des consommateurs (article 82 – 2b du Traité), quand bien même aucun nouveau produit n'était en cause.

Pour l'économiste, la politique de protection de la propriété intellectuelle a incontestablement une double nature. Il s'agit, en premier lieu, d'inciter les investisseurs à encourir les coûts et les risques liés à l'innovation en leur offrant une perspective de rémunération. Il s'agit, en second lieu, d'encourager dans le même temps la diffusion des connaissances dans l'économie pour favoriser les innovations de suite et de prévenir la duplication inutile des investissements de recherche-développement. Il convient donc de ne pas accorder une protection excessive par l'intermédiaire des droits de propriété intellectuelle. En effet, une firme excessivement protégée par ses DPI peut entraver les innovations de ses concurrents et imposer des restrictions déraisonnables à la concurrence. À ce titre, un premier filtre efficace contre les abus liés aux droits de propriété intellectuelle peut résider dans les contrôles opérés lors du dépôt, afin de prévenir des droits sur des éléments triviaux ou des protections excessives. Pour le juriste, le caractère incitatif de la propriété intellectuelle peut apparaître comme second par rapport à la diffusion des connaissances permise par celle-ci. Le droit exclusif n'est dans ce cadre qu'une contrepartie. Cette vision peut expliquer le principe des licences obligatoires imposées dès lors que la fonction première des DPI n'est pas réalisée (diffusion de la connaissance). Par exemple, un détenteur d'un droit de propriété intellectuelle qui n'exploite pas ou pas suffisamment son innovation peut se voir obligé d'accorder des licences. Il s'agit donc de ne pas entraver les innovations de suite.

B. Une notion des plus controversées dans son pays d'origine : Les États-Unis

La position américaine en matière de politiques de concurrence appliquées aux droits de propriété intellectuelle, déjà exposée dans des *guidelines* communes à la FTC et à l'Antitrust Division du DoJ en 1995, a fait l'objet d'une nouvelle publication commune aux deux agences en charge de l'application du droit de la concurrence en avril 2007. Elle constitue également l'un des domaines de discussion de l'Antitrust Modernization Commission. L'ensemble de ces travaux traduit non une inflexion de la position américaine mais bien au contraire un renforcement des options déjà adoptées. La principale question demeure cependant liée à l'impact sur la concurrence de droits de propriété légitimes. La protection assurée par les DPI, qui repose sur une exclusivité, donc un certain pouvoir de monopole, crée-t-elle une entrave au processus de concurrence ? Pour l'antitrust américain, les débats des décennies passées, caractéristiques d'une "antitrust period in wilderness" (H. Hovenkamp [2008]) sont clos ; un ensemble de principes clairs guide dorénavant l'action des deux agences en matière de politiques de concurrence appliquées aux DPI.

Le premier principe tient au fait que la détention d'un droit de propriété intellectuelle ne signifie pas en elle-même que la firme dispose d'un pouvoir de marché²⁶. Cette position est en fait conforme aux *guidelines* de 1995²⁷ (FTC & DOJ [1995]) et à la position européenne. Des biens et services concurrents sur le marché

²⁶ Pour la Cour Suprême "a patent does not necessarily confer market power". *Illinois Tool Works Inc v Independent Ink*, US Supreme Court, 547 US 28, 2006.

²⁷ "The agencies will not presume that a patent, copyright or trade secret necessarily confers market power upon its owner" (§ 2.2).

peuvent en effet reposer sur d'autres technologies que ceux de la firme détentrice de DPI. Il n'en demeure pas moins que la situation peut s'avérer bien plus complexe lorsque la technologie protégée par un DPI devient un standard du marché, comme l'a illustré en Europe le cas IMS. Dès lors, le pouvoir de marché de la firme ne peut plus être considéré comme transitoire et contestable par de nouveaux entrants.

Le deuxième principe réside dans le fait que même si le produit (ou la technologie) couvert par un droit de propriété intellectuelle occupe une place dominante sur le marché, la détention de ce dernier ne crée pas en elle-même une présomption de violation des règles de concurrence. Cette position est en fait conforme à la jurisprudence concurrentielle américaine au-delà de la seule propriété intellectuelle. Dans le cadre de la synthèse post-Chicago, la position dominante ne pose pas problème en elle-même à partir du moment où le marché est contestable. Dans sa décision *Trinko* (2004), la Cour Suprême a précisé à nouveau que non seulement une situation de monopole ne contrevenait pas en elle-même au Sherman Act mais que, de plus, le fait de pratiquer des prix de monopole n'avait pas à être sanctionné par l'antitrust, "unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct". En d'autres termes, il faut apporter la preuve d'une stratégie d'éviction de la concurrence. Or, plus les politiques de concurrence ambitionnent de devenir *fact-intensive*, plus la question des intentions devient difficile à prendre en considération, comme en témoignent par exemple les difficultés rencontrées pour caractériser des politiques de prédation.

Le troisième principe est directement lié aux différents transatlantiques sur les licences obligatoires. Il stipule que les poursuites antitrust pour refus de contracter avec des concurrents ne constituent que de rares exceptions. En effet, aux États-Unis comme en Europe, une firme est libre de contracter ou non avec un concurrent et de déterminer librement les termes d'un éventuel contrat. Dans sa décision *Colgate* (1919), la Cour Suprême écrivait déjà que le Sherman Act "does not restrict the long recognized right of [a] trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise [its] own independent discretion as to parties whom [it] will deal"²⁸. Cette position a été confirmée dans la décision *Trinko* (2004) dans le cadre de laquelle la Cour dénonce l'"uncertain virtue of forced sharing" et considère qu'obliger une firme à partager la source de son avantage compétitif avec ses concurrents s'avère être "in some tension with the underlying purpose of antitrust law". Ce dernier principe revêt un sens encore plus marqué en matière de propriété intellectuelle que le droit d'exclusion apparaît comme l'un des fondements de celle-ci.

En fait, le débat américain autour de l'activation de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle s'est structuré autour de la décision de la Cour d'Appel du 9^{ème} circuit dans l'affaire *Kodak* en 1997²⁹. Dans le cadre de cette affaire, qui n'a pas fait jurisprudence, un refus de licence a été sanctionné sur la base du Sherman Act dans la mesure où le juge a considéré que celle-ci s'inscrivait dans une stratégie d'éviction de la concurrence. La controverse théorique américaine porte notamment dans le cas d'espèce sur la notion d'intention d'éviction de la concurrence, laquelle crée une certaine insécurité juridique pour les firmes du fait de sa subjectivité. Pour la FTC et le DOJ [2007], "Kodak presents a standard that is out of the step with the modern focus of antitrust, which is on objective economic

²⁸ United States v Colgate and Co, US Supreme Court, 250 US 300, 1919.

²⁹ Image Technical Services Inc v Eastman Kodak Co, 125F 3d 1195 (9th cir., 1997).

evidence". En effet, l'antitrust américain revendique une démarche fondée sur un raisonnement économique mené à partir des effets observés et non sur des déductions quant aux motivations sous-jacentes des firmes³⁰.

Les réticences états-uniennes quant aux licences obligatoires sont d'autant plus fortes que le droit d'exclure les tiers du bénéfice d'une innovation protégée constitue l'une des caractéristiques essentielles des DPI³¹. Il apparaît donc que tant la décision *Trinko* de 2004 que les travaux communs de la FTC et du DOJ sur l'application de la théorie des facilités essentielles aux DPI de 2007 traduisent la volonté de laisser la décision de la Cour d'appel du 9^{ème} circuit de 1997 dans l'affaire *Kodak* faire figure de seul et unique cas de licence obligatoire en faveur d'un rival³². Si certains contributeurs aux travaux de la FTC et de l'Antitrust Division du DOJ admettent qu'un refus de licence peut faire l'objet de sanctions au titre de la section 2 du Sherman Act, la position des autorités de la concurrence s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence pour considérer que l'application de la théorie des facilités essentielles en faveur de firmes rivales, en particulier en matière de DPI ne constituent qu'une très rare exception dans la pratique américaine : "The agencies also conclude that antitrust liability for mere unilateral, unconditional refusals to license patents will not play a meaningful part in the interface between patent rights and antitrust protection" (FTC & DOJ [2007]). En d'autres termes, les autorités de la concurrence réitèrent leurs vives réticences à sanctionner des refus de contacter quand bien même l'entreprise en cause est en situation de monopole sur le marché pertinent. Ces réticences sont encore plus fortes en matière de droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où pour ces dernières, l'exclusivité est au cœur de la protection de la propriété intellectuelle. Selon un angle d'analyse purement économique, la protection des incitations pour le premier innovateur prime sur l'encouragement des innovations de suite ou sur la diffusion de l'information dans la Société.

Il convient en outre de souligner que dans le cadre des décisions européennes *IMS* et *Microsoft*, l'obligation de donner accès à une facilité essentielle a concerné des firmes agissant sur le même marché que l'entreprise dominante. Ceci constitue un indéniable glissement dans la jurisprudence européenne par rapport à l'affaire *Magill*. En effet, la théorie des facilités essentielles appliquée aux droits de propriété intellectuelle semble reprendre dans ces deux cas la logique qui est la sienne en matière de régulation des industries de réseaux. Dans ce cas, la firme détenant un actif essentiel à la compétition par le seul fait qu'elle est l'héritière d'un monopole légal se voit obligée de permettre l'accès au marché à des concurrents directs³³.

³⁰ The agencies "focus is upon the effect of [the] conduct, not upon the intent behind it" (United States v Microsoft Corp, 253 F 3d 34, 59, DC Circ. 2001).

³¹ "The essence of a patent grant is the right to exclude other from profiting by the patented innovation".

Dawson Chem. Co v Rohm & Haas Co, 448US176, 215, 1980.

³² Une affaire impliquant en 1999 Intel avait initialement pour fondement la théorie des facilités essentielles. La Cour d'Appel a annulé une première décision, défavorable à Intel en considérant qu'Intel et Intergraph (le plaignant) n'étaient pas concurrents sur quelque marché pertinent que ce soit...

3 F. Supp. 2d 1255 (N.D. Ala. 1998), vacated, 195 F.3d 1346, 1367 (Fed. Cir. 1999).

³³ Notons que dans le cadre d'*IMS*, la CJCE a considéré qu'il appartenait à la juridiction nationale d'apprécier la nouveauté et d'établir la possibilité d'une concurrence sur un marché dérivé. Le critère de la nouveauté, non utilisé par la Commission dans sa décision du 3 juillet 2001, est conçu par la CJCE sous l'angle de la nouveauté potentielle : un produit même basé sur la même structure modulaire peut potentiellement rendre un service différent.

Comme sa position dominante n'est pas liée à ses mérites passés l'obligation faite en faveur des concurrents peut ne pas apparaître comme totalement illégitime. Cependant, si la position est liée aux investissements passés, l'obligation faite à l'entreprise en faveur de concurrents directs peut s'analyser en termes de "régulation asymétrique". Dans la logique européenne, attendu les responsabilités particulières qui incombent à l'entreprise dominante dans le cadre communautaire, une obligation d'accès à une facilité essentielle contrôlée par cette dernière peut apparaître comme légitime. Même si une licence obligatoire met en cause tant les droits de propriété et la liberté de contracter de l'entreprise, il apparaît aux yeux des juges communautaires que celle-ci est indispensable au maintien d'une concurrence effective sur le marché. Une telle obligation va bien évidemment jouer sur les incitations à innover tant de la firme concernée que des entreprises candidates à l'accès, comme l'ont relevé les autorités de la concurrence américaines (DoJ & FTC [2007]). L'équilibre entre ces différents effets économiques va alors être étroitement relié au niveau de la redevance déterminé par le juge. Ainsi, dans l'affaire Microsoft, nous pouvons résolument penser qu'un niveau de redevance fixé à hauteur de 0,4% des produits licenciés plutôt qu'à hauteur des 5,95% initialement réclamés par la défenderesse n'a pas eu les mêmes effets sur les incitations à innover de toutes les parties concernées. Il appartient dès lors au juge de trouver une tarification qui soit raisonnable, *i.e.* qui soit fixé à un niveau pour lequel l'éventuelle diminution des incitations à innover du licencié soit plus que compensée par l'augmentation des incitations à innover des licenciés. Or, tant le montant de cette dernière que la légitimité de l'obligation de licence doivent être radicalement différents selon que la facilité essentielle a été acquise suite à des investissements significatifs et risqués réalisés par l'entreprise, comme c'est le cas pour Microsoft, ou qu'elle a été simplement le fruit d'un avantage de premier arrivant ayant pu s'approprier un "bien public", comme cela fut le cas pour IMS, avec une structure de base de données reposant sur les codes postaux. À ce titre, le juge ne peut, à notre sens, que rarement faire l'économie de l'examen de la validité des DPI ainsi que de l'effort nécessaire consenti par la firme pour innover puisqu'il convient de "constituer une sorte de contre-pouvoir aux offices des brevets" selon l'expression de J. Tirole [2005], dont les conditions d'acceptation peuvent parfois paraître "longitudinales" de part et d'autre de l'Atlantique.

Au-delà même de la question du niveau de la redevance, l'antitrust américain ne peut accepter, de par sa logique propre, de telles obligations. Comme le note P. Behrens [2006], "responsability for competition" in the context of essential facilities doctrine therefore does not imply that the firm who as won the race in its own market is punished by an obligation to help the losers". En effet, dans la décision Trinko (2004), la Cour Suprême soulignait que sanctionner certains refus allait bien au-delà de la répression de pratiques anticoncurrentielles et pouvait dans certains cas revenir à demander à une firme de porter assistance à ses rivaux. La critique de Th. Barnett [2007] illustre à notre sens l'opposition des démarches américaines et européennes en matière de traitement des firmes en position dominante. Autant les deux politiques de concurrences se caractérisent par de nombreux points de convergence de part et d'autre de l'Atlantique, notamment quant à leur utilisation de critères économiques, autant les choix "politiques" initiaux demeurent irréductibles dans le domaine de la dominance. Comme nous l'avons vu l'Antitrust américain ne vise pas (ou plus, serions nous tentés d'écrire en songeant aux précédents AT&T de 1982 et Standard Oil de 1911) à mettre en cause les monopoles. Il vise à prévenir les comportements contribuant à figer cette position par des moyens anticoncurrentiels ou à l'étendre via des stratégies de levier à des

marchés connexes. Cependant, comme le note E. Fox [2006], les politiques de concurrence européenne et américaine font face à deux risques symétriques, du fait même de leurs cadres théoriques sous-jacents, aussi dangereux l'un que l'autre pour la préservation à long terme du processus de concurrence. Les politiques européennes risquent de protéger de façon indue des concurrents inefficaces quand les politiques états-uniennes risquent de consolider un monopole et de garantir durablement ses rentes, avec les risques que ceci pourrait induire sur la dynamique d'innovation à long terme de l'économie et donc son potentiel de croissance, comme peut l'illustrer le débat entre historiens des faits économiques quant aux effets sur la croissance britannique du XIX^{ème} siècle de la protection accordée à J. Watt.

Cependant, le rythme même d'innovation dans la branche et les turbulences technologiques peuvent contribuer à réduire un tel risque, comme pourrait en attester la remise en cause des positions de Microsoft par Google. Du fait de l'évolution technologique, un secteur stratégique aujourd'hui peut effectivement être contesté le lendemain. Du fait du développement des firmes du secteur de l'Internet dix dernières années, la question se pose désormais de savoir si le contrôle quasi-monopolistique des SE constitue toujours un enjeu majeur alors même que la maîtrise des voies de communication et des applications liées à Internet cristallise désormais toutes les attentions. Ainsi peut-on voir comment l'évolution des technologies peut venir contester des monopoles établis tout simplement en créant de nouvelles opportunités de marché venant supplanter les marchés traditionnels, au moins en réduisant la dimension stratégique liée à leur maîtrise (Montet, [2008]). Enfin, notons que la même logique prévaut sur le marché de la retransmission télévisée des matches de Ligue 1 en France puisque Canal +, le diffuseur historique, a vu son monopole contesté par Orange dès lors que le mode de retransmission satellitaire s'est vu concurrencé par l'amélioration de la technique ADSL et sa propagation sur le territoire français.

On constate donc au final que derrière l'apparence d'un droit unique, basé ici sur la théorie des infrastructures essentielles, se cache plutôt des éléments d'un droit commun³⁴ qui s'active et se limite de façon différente des deux côtés de l'Atlantique. Il apparaît, en effet, que quand bien même l'analyse économique est à même d'aider la décision du juge en matière concurrentielle, notamment en le dotant d'outils d'évaluation venant éventuellement conforter un faisceau d'indices, elle ne saurait s'imposer à celle-ci. La théorie économique n'est pas apte à fournir une règle de décision incontestable permettant au juge de prendre une décision "scientifiquement optimale". D'une part, la théorie économique de la concurrence dérivée de la "synthèse post-Chicago" [Fischer, 1989] ne constitue pas une théorie générale mais un ensemble d'évaluations réalisées au cas par cas et n'offrant de ce fait qu'une collection d'exemples voire de "fables" [Rubinstein, 2006]. D'autre part, l'ambition de fournir par la seule théorie économique une solution valable en toute situation, et pouvant faire abstraction des autres dimensions de la décision du juge ou du législateur, constitue une dérive de la science économique en général et de l'analyse économique du droit en particulier.

R. Coase [1978] remarquait que c'est la concurrence entre disciplines qui trace les frontières des différents domaines scientifiques et qu'en la matière les

³⁴ Voir dans ce même volume, notre article "L'analyse économique peut-elle et doit-elle fonder une théorie du droit ?".

économistes font de plus en plus d'incursions en dehors de leur domaine originel. En d'autres termes, l'analyse économique tend à élargir ses frontières pour éventuellement inclure à terme les "disciplines contiguës", c'est-à-dire les autres sciences sociales. L'économiste cependant n'aurait pas la capacité de traiter de tous les phénomènes sociaux, mais seulement de ceux ayant un rôle pertinent dans le fonctionnement du système économique. De plus, elle ne saurait être considérée comme une science naturelle qu'il est possible (et souhaitable) d'appliquer *urbi et orbi*. En effet, comme souligne J. Buchanan : "L'économie politique est artificielle ; elle a été construite par les choix humains, que ceux-ci aient ou pas eu un objectif au sens structurel [...] Par comparaison et par contraste, il serait erroné d'utiliser le mot "réformer" en référence au monde naturel en dépit de nos grandes avancées dans notre compréhension scientifique" [1991, p. 15]. Cette analyse le conduit alors à une critique sévère de l'AED puisque dans une recension d'un ouvrage de R. Posner il n'hésite pas à affirmer qu'il s'agit là, dans le meilleur des cas, de "bonne économie" (au sens de la théorie économique), mais également de "mauvais droit".

Ainsi, il nous semble que sa critique serait encore plus radicale concernant l'idée que l'analyse économique pourrait fournir une théorie scientifique du droit de la concurrence en ceci que le rôle spécifique de l'économiste n'est pas "de fournir des moyens pour faire de "meilleurs choix" [...]" [Buchanan, 1964, p.221]. L'exemple de la divergence de vue entre les autorités de la concurrence de part et d'autre de l'Atlantique quant à la question des licences obligatoires dans l'affaire Microsoft témoigne que les règles économiques ne peuvent à elles-seules déterminer la décision du juge. Cette dernière ne peut en aucun cas être pré-déterminée par un ensemble de règles que celles-ci soient de nature juridique (dans une optique formaliste) ou directement dérivées de la théorie économique³⁵.

En effet, la théorie économique ne permet pas de fournir une grille d'analyse efficace des décisions prises par les différentes instances. Même lorsqu'il semble y avoir un consensus sur l'outil théorique approprié pour traiter certaines situations, demeure à notre sens la question cruciale de son interprétation et de sa mise en œuvre politique. Nous retrouverons donc en ce sens l'analyse de Th. Kirat [1998] pour lequel le droit de la concurrence est "un processus de construction, toujours recommencé, de construction de règles notamment dans le déroulement même des processus juridictionnels, suivant des méthodes elles-mêmes évolutives". En effet, le droit de la concurrence ne saurait être réductible aux textes de lois eux-mêmes, fussent-ils déterminés par la théorie économique. En effet, ceux-ci sont interprétés ou retraduits avec une grande souplesse par la jurisprudence pour chaque cas d'espèce. Dans la mesure où la décision du juge ne saurait reposer sur la mise en œuvre d'un algorithme permettant de déterminer une solution optimale à partir d'une règle économique valable en tout lieu et en tout temps, des décisions divergentes peuvent s'expliquer non par des erreurs dans l'application de la dite règle mais, à notre sens, comme l'expression d'un choix de nature politique.

Alors que l'analyse économique du droit qui tire ses racines, via J. Commons voire R. Posner, du *Legal Realism* américain (et donc de la philosophie pragmatiste (Kirat, [2005])) qui se construit autour de la contestation de l'approche formaliste, elle tend par certains égards à se rapprocher progressivement de l'esprit de cette dernière. L'économiste "pragmatiste", suivant en

³⁵ Voir D. Danet [1993].

ceci le juge O. Holmes [1881], devrait se méfier d'une logique ramenant le droit à l'application de règles pré-déterminées. Par exemple, l'approche moderne de l'économie de la concurrence s'écarte des indicateurs de structures pour s'attacher dans le cadre d'analyses au cas par cas de la réalité des incitations qui s'exercent sur les acteurs du marché. La décision de justice ne saurait donc revenir à l'application d'une règle *algorithmique*. Elle n'est pas plus contenue dans les textes de lois. Elle dépend en grande partie des perceptions du juge quant à aux besoins et demandes de l'environnement social [Trevisio, 2007] et donc de considérations de nature politique, notamment sur ce que doit être une concurrence "libre et non faussée". Pour les réalistes, la loi ne pourra jamais être réduite à un ensemble de règles mais doit être considérée comme un processus. Ce faisant elle se caractérisera toujours *ex ante* par l'indétermination des décisions [Erget, 2007]. Le dépassement par l'analyse économique du droit du positivisme posnérien initial pour s'engager dans des perspectives normatives, voire proposer de fonder une théorie du droit [Chérot, 2008] pourrait être expliqué de différentes façons. Celles-ci pourraient se distribuer selon un continuum allant d'une tentative de réponses aux critiques habituelles formulées à l'encontre des analyses positives (incapacité de fournir des résultats généraux ou des prescriptions), à l'instrumentalisation de la science économique par des juristes soucieux de conforter leurs préjugés en matière d'interprétation des textes par des arguments d'autorité [Jamin, 2005], en passant éventuellement par des tentations *scientistes* [Hayek, 1952].