



Par **François LÉVÊQUE**

Professeur à l'École des mines de Paris, Professeur visiteur à la Faculté de droit de l'Université de Californie à Berkeley

La décision du TPICE contre Microsoft : où est passée l'économie?

La décision de la Commission européenne contre Microsoft a suscité de nombreuses discussions chez les économistes. Elle s'appuie en effet en partie sur des arguments et notions dérivés de l'analyse économique (par exemple, les conséquences du refus de licence sur l'innovation, incitations). À l'inverse, la décision du Tribunal de première instance fait peu de cas des raisonnements économiques. L'article illustre ce contraste par l'examen de l'arrêt du Tribunal de première instance concernant l'interopérabilité.

RLC 966

TPICE, 17 sept. 2007, aff. T-201/04, Microsoft c/Commission

L'arrêt du Tribunal de première instance contre *Microsoft* était très attendu des parties mais aussi des juristes académiques. Comment le jugement ferait-il progresser la doctrine, notamment en matière de prise en compte du droit de la propriété intellectuelle? Cette attente a été déçue car les juges se sont attachés aux faits et à la jurisprudence établie. L'économiste, quelles que soient ses faveurs pour l'une ou l'autre partie, partage cette déception. La décision du TPICE n'éclaire que faiblement l'application des concepts et de la démarche économique dans le droit de la concurrence. Pour l'illustrer nous nous limiterons ici au cas de l'interopérabilité. Nous aborderons successivement le sort particulier réservé à la propriété intellectuelle et la prise en compte des incitations à innover.

I. – LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : UNE FACILITÉ ESSENTIELLE DIFFÉRENTE?

Microsoft a été condamné par la Commission européenne pour avoir refusé de fournir des informations à ses concurrents développant des systèmes d'exploitation pour serveur de groupe de travail. Ces informations portent sur l'interface de Windows; selon Microsoft, elles sont couvertes par des secrets commerciaux et protégées par des brevets et des droits d'auteur. Sans ces informations, les systèmes d'exploitation pour serveur ne peuvent pas communiquer de façon satisfaisante avec les PC équipés de Windows. Cette absence d'interopérabilité est un handicap pour les concurrents puisqu'un serveur de groupe de travail doit nécessairement dialoguer avec les PC et que ceux-ci fonctionnent pour plus de 90 % d'entre eux sous Windows (Déc. comm. CE, 24 mars 2004, aff. COMP/C-3/37.792, *Microsoft*), la Commission européenne n'exclut pas la présence de titres de propriété intellectuelle; elle évoque à plusieurs reprises la jurisprudence *Magill*. Celle-ci requiert notamment que le refus de fourniture d'informations protégées par un droit d'auteur empêche les consommateurs de bénéficier d'un produit nouveau.

A. – Un test plus strict

Cette exigence occupe une place centrale car elle est spécifique du refus de licence par rapport au cas plus général du refus de vente. Une entreprise dominante qui empêche ses concurrents d'accéder à un de ses actifs enfreint l'article 82

du Traité si son produit ou service est indispensable, si son refus élimine la concurrence et s'il n'est pas objectivement justifié. Dès lors que cet actif est protégé par des droits de propriété intellectuelle, l'autorité de concurrence doit de plus démontrer que le refus empêche l'apparition de nouveaux produits. En d'autres termes, le test de preuve est plus exigeant pour un refus de licence que pour un refus de fournir ordinaire. Cette différence permet d'éviter d'examiner le bien-fondé et la portée des droits de propriété intellectuelle impliqués dans les affaires européennes de concurrence. En admettant d'emblée qu'ils puissent être présents, l'autorité de la concurrence et le juge se placent dans le cas le plus favorable à l'accusé. Il n'est alors nul besoin de vérifier la validité et l'étendue des droits de propriété invoqués par ce dernier (cf. encadré, p. 23). Ce raccourci est d'autant plus commode que l'examen des droits de propriété intellectuelle est laborieux et que le Traité n'accorde pas de compétence à la Commission européenne et à la Cour de Luxembourg en matière de brevets et de droits d'auteur.

Faire comme si des droits de propriété intellectuelle étaient présents soulève deux contradictions pratiques ainsi qu'un problème économique de fond. En premier lieu, on peut se demander si le test le moins exigeant est d'une quelconque utilité. Les droits de propriété intellectuelle sont aujourd'hui partout répandus. Il est par exemple vraisemblable que l'accès à une infrastructure physique telle qu'un réseau électrique ou de téléphone mette en jeu des droits de propriété intellectuelle. Les réseaux sont en effet pilotés par des systèmes informatiques complexes utilisant des logiciels qui peuvent être protégés. Les entreprises dominantes soupçonnées de refus de fourniture ne seront-elles pas tentées de faire valoir des brevets ou des droits d'auteur afin de bénéficier du test qui leur est le plus favorable? En second lieu, faire l'économie de l'examen des droits de propriété au stade de l'instruction ne procure qu'un gain partiel. Si le refus de fourniture d'information est condamné, l'obligation d'accès sera imposée comme remède. Mais si les informations sont protégées, l'entreprise dominante peut réclamer des redevances. Leur montant dépend crucialement de la validité et de la portée des brevets. Si les brevets ne sont pas valables, ou si leurs revendications ne couvrent pas les informations qui doivent être transmises aux concurrents, la licence obligatoire doit être accordée gratuitement. D'un point de vue économique, la redevance doit tenir compte de la probabilité d'invalidation et de non-infrac-

Le choix d'un test plus exigeant

Dans son arrêt du 17 septembre 2007, le Tribunal de première instance se prononce pour le test le plus favorable à Microsoft :

« Le Tribunal considère qu'il n'est pas utile ici de décider la question [des droits de propriété intellectuelle] pour résoudre le présent cas » (§ 283).

« La Commission soutient que, selon la jurisprudence, bien que les entreprises soient [...] libres de choisir leurs partenaires d'affaires, en certaines circonstances un refus de vente par une entreprise en position dominante peut constituer un abus de position dominante [...]. Elle maintient que le cas présent répond à une série de circonstances exceptionnelles qui montrent que le refus de vente de Microsoft était un abus, même dans l'hypothèse la plus stricte – et donc celle qui est la plus favorable à Microsoft – qui considère que ce refus est assimilable à un refus d'offrir à un tiers une licence relative à des droits de propriété intellectuelle » (§ 107).

« Le Tribunal note que la circonstance d'un refus empêchant l'apparition d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle de la part des consommateurs se trouve uniquement dans la jurisprudence sur l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle » (§ 334)

« Les arguments que Microsoft déduit de la présence qu'il allègue de droits de propriété intellectuelle ne peuvent pas en tant que tels affecter la légalité de la décision contestée. La Commission n'a pas pris position sur les mérites de ces arguments mais a adopté sa décision en supposant que Microsoft était capable de faire valoir de tels droits dans le cas présent. En d'autres termes, la Commission a tenu pour prémisses que [...] le comportement en jeu dans le cas présent pourrait ne pas être un simple refus d'accès à un produit ou un service indispensable à l'exercice de l'activité spécifique mais un refus de licence de droits de propriété intellectuelle, et donc a choisi le test légal le plus strict, et donc le plus favorable à Microsoft » (§ 284).

(Traduction de l'auteur)

tion du brevet. Si les droits de propriété intellectuelle allégués par le défendeur ne sont pas examinés par l'autorité de concurrence, cette dernière, en toute rigueur, ne peut pas se prononcer sur le montant de la licence obligatoire. Sa détermination relève alors du seul rapport de force entre l'autorité de concurrence et le propriétaire des brevets ou des droits d'auteurs. Observons, par exemple, que la Commission et Microsoft n'ont pas réussi à trouver un terrain d'entente avant la décision finale du Tribunal de première instance, et que, grâce à elle, la Commission a obtenu de Microsoft un montant de la licence égal à 7 % de la somme initialement réclamée (Communiqué Comm. CE, n° IP/07/1567, 22 oct. 2007).

B. – Une forme de propriété sortant de l'ordinaire ?

Au-delà de ces considérations pratiques, la mise en œuvre d'un test plus sévère pour forcer l'accès à des actifs de propriété intellectuelle soulève la question de la différence de nature entre le brevet (ou le droit d'auteur) et les autres droits de propriété. Qu'est-ce qui justifierait de traiter la propriété intellectuelle différemment ?

D'un point de vue économique, aucune raison convaincante ne semble pouvoir être invoquée. Comme tous les droits de propriété, la propriété intellectuelle permet aux agents économiques d'investir. S'il se révèle profitable, ils sont assurés de pouvoir bénéficier du produit de leur investissement. Peut importe qu'il s'agisse de dépenses de recherche et développement ou de sommes consacrées à la construction d'une usine. Rendre l'accès à un actif obligatoire *ex post* comporte donc le risque de réduire, voire de dissuader, l'investissement *ex ante*. C'est l'inconvénient couramment souligné de l'application de la doctrine dites des facilités essentielles (Temple Lang 2005). Ce risque est-il plus grand, ou ses conséquences plus dommageables, dans le cas des actifs immatériels ? Seule une réponse positive impliquerait qu'un test plus sévère soit requis. Or, rien n'est moins sûr. En premier lieu, il n'y a pas de raison de penser que l'acquisition d'une propriété intellectuelle soit plus méritante que d'autres. Disposer d'un brevet d'une grande valeur peut aussi être le fruit du hasard (par exemple, invention for-

tuite). Il n'existe pas d'éléments empiriques solides permettant d'avancer que la propriété intellectuelle est plus souvent acquise par le mérite que d'autres titres de propriété et qu'il convient donc d'être moins enclin d'en forcer l'accès. En second lieu, la protection par brevet n'est qu'un des incitants de l'effort d'innovation ; elle n'est qu'un des nombreux moyens qui permettent aux entreprises de recouper leurs investissements de R & D. Par exemple, l'avantage d'être le premier à innover et le secret jouent également ce rôle. Selon divers travaux économétriques la protection du brevet n'explique que 5 à 20 % des dépenses de R & D en fonction des secteurs (Lévéque et Ménière, 2006). En d'autres termes, la propriété intellectuelle n'est pas une condition *sine qua non* de l'investissement dans des actifs immatériels. La menace de

la licence obligatoire fait sans aucun doute peser un risque de diminution des investissements en R & D, mais rien ne permet d'affirmer que cet effet est plus grand ou dommageable que pour les investissements matériels.

Contrairement aux autres formes de propriété, la propriété intellectuelle n'est pas permanente. Mais cette caractéristique ne justifie pas un test plus exigeant pour l'ensemble des droits de propriété intellectuelle. Elle pourrait seulement le justifier dans le cas du brevet selon le raisonnement suivant. D'un point de vue économique, un test de preuve strict limite le risque de faux-positifs, c'est-à-dire d'entreprises injustement condamnées. Cette erreur est souvent considérée comme plus dommageable que celle qui conduit à laisser filer des coupables. Le marché ne finit-il pas de toute manière par éroder les positions dominantes qui n'ont pas été sanctionnées ? Cela paraît encore plus évident dans le cas du brevet car la durée de sa protection est limitée à 20 ans. En d'autres termes, un monopole reposant sur un brevet serait moins inexpugnable dans le temps qu'un monopole reposant sur d'autres actifs ; en conséquence, l'attention devrait encore moins se porter sur le risque de faux négatifs. L'équilibre à trouver entre les deux types d'erreurs jouerait donc en faveur d'un test plus exigeant. Ce raisonnement ne peut cependant pas s'étendre au droit d'auteur car sa durée est beaucoup plus longue, de l'ordre de la centaine d'années.

En conclusion, l'introduction d'un test plus strict dans l'application de la doctrine des facilités essentielles lorsque celles-ci reposent sur des titres de propriété intellectuelle ne s'impose pas d'un point de vue économique.

II. – L'ARTICLE 82 (B) ET LES INCITATIONS À INNOVER

Dans sa décision contre Microsoft, la Commission européenne s'est efforcée de vérifier les conditions requises par le test *Magill*. Mais elle s'en est également détachée. Pour elle, les circonstances exceptionnelles pouvant justifier une licence obligatoire ne se limitent pas à celles de la jurisprudence (§ 557 et >

§ 558). Elle s'est en outre efforcée d'évaluer les effets de l'obligation de licence sur les incitations globales à innover dans l'industrie. Le Tribunal n'a pas suivi cette approche novatrice de la Commission. Pour l'économiste, elle contenait pourtant des notions et des approches familières et prometteuses.

A. – Quelles circonstances exceptionnelles ?

La décision de la Commission contre Microsoft a été prise quelques semaines avant que la Cour de justice européenne se prononce à propos d'IMS Health (CJCE, 29 avr. 2004, aff. C-418/01, IMS Health, Rec. CJCE, I, p. 5039). Dans cette affaire, la condition du nouveau produit joue un rôle central car le plaignant, NDC, cherchait à dupliquer le service offert par IMS. Le débat entre juristes faisait alors rage pour savoir s'il convenait de donner une interprétation restrictive (par exemple, un produit est nouveau s'il offre une fonctionnalité supplémentaire) ou large (par exemple, un produit offert avec une couleur différente est nouveau) ? À défaut de connaître la position de la Cour sur le critère de nouveauté, la Commission a déplacé l'analyse d'un examen explicite et formel de la nouveauté vers la mise en évidence d'un dommage au consommateur et d'un frein au développement technique. Ce basculement réjouit l'économiste car le critère de nouveauté manque de fondation économique solide (Lévêque, 2004; Ridyard, 2004). Le Tribunal de première instance a en partie suivi la Commission. D'un côté, il rappelle bien que l'empêchement de l'apparition d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs fait partie des circonstances exceptionnelles (§ 322) ; il examine les arguments des parties concernant ce critère (§ 621 à § 642) ; et il conclut que l'empêchement de l'apparition d'un nouveau produit est bien présent dans le cas d'espèce (§ 665). D'un autre côté, le TPICE indique explicitement que la mise en évidence d'une réduction du développement technique au préjudice des consommateurs revient à établir que le critère est rempli. « *Le Tribunal conclut de toutes les considérations qui précèdent que le résultat de la Commission relatif à l'effet du refus de Microsoft qui limite le développement technique au détriment des consommateurs au sens de l'article 82 (b) du Traité n'est pas manifestement incorrect. Le Tribunal trouve donc que la circonstance relative à l'apparition d'un nouveau produit est présente* » (§ 665).

En sus des conditions Magill, la Commission invoque plusieurs circonstances particulières à la conduite de Microsoft (les circonstances additionnelles ont évolué tout au long de la procédure. Dans sa décision, la Commission en avance deux : l'appartenance du refus de Microsoft à un mode de conduite général (§ 577) et la cessation de fourniture (§ 584). Au cours de l'audition telle que rapportée par le TPICE (§ 317), la Commission a pointé une série différente regroupant trois circonstances : l'interopérabilité ; l'exercice d'un effet de levier ; la cessation de fourniture).

L'une d'elle est que le refus de fourniture des informations en matière d'interopérabilité marque un changement de comportement de l'entreprise par rapport au passé (§ 578 à 584). Microsoft a cessé de communiquer ces informations à Sun Microsystems lors du passage de Windows NT à Windows 2000. Ne pas offrir l'accès à un input pour la première fois ou mettre un terme à la fourniture de l'input introduit une différence essentielle d'un point de vue économique (Shapiro, 2005). Le second cas peut en effet s'apparenter à un hold-up. Une fois que l'entreprise cliente a réalisé des investissements spécifiques et irréversibles autour de l'intrant, la cessation de fourniture risque de les lui faire perdre. S'il n'est pas empêché, un tel opportunisme de la part de l'entreprise dominante réduit les investissements et l'innovation (Lévêque, 2007). Par ailleurs, dans le cas d'une cessation de fourniture, une question naturelle vient à se poser : qu'est-ce qui a changé dans l'environnement ou l'organisation de l'entreprise pour expliquer le changement de stratégie ? L'entreprise dominante et l'autorité de concurrence disposent d'une base de faits bien plus étendue que dans le cas d'un refus de vente initial. Le passé offre un scénario contrefactuel pour mettre en évidence ou écarter l'abus. Cet avantage vaut également pour l'établissement des remèdes : les conditions d'accès passées peuvent offrir un utile décalque pour élaborer les conditions de l'accès rendu obligatoire, en particulier les redevances. Notons que la cessation de fourniture est une caractéristique clef déjà signalée dans la jurisprudence tant américaine qu'euro-péenne, notamment à travers *Aspen Skiing* et *Commercial Solvents*.

Dans sa décision contre Microsoft, le Tribunal de première instance n'a pas été amené à faire de commentaires sur cette circonstance de cessation de fourniture. L'application du test *Magill/IMS Health* a suffi à elle seule à donner raison à la Commission contre Microsoft : « *À la lumière des facteurs précédents, le Tribunal considère qu'il est approprié, avant toute chose, d'examiner si les circonstances identifiées dans Magill et IMS Health [...] sont présentes dans le cas d'espèce. C'est uniquement dans le cas où l'une ou plusieurs de ces circonstances ne sont pas réunies que le Tribunal est conduit à*

L'analyse économique de la propriété intellectuelle en deux leçons

La première leçon d'un cours d'économie de la propriété intellectuelle (cf. Lévêque F. et Ménière Y., 2004) rappelle que celle-ci permet de rendre l'information excluible. Il devient possible de faire payer les consommateurs pour son usage ; ce qui permet au créateur et aux inventeurs d'espérer recouper leurs investissements. La leçon suivante aborde les imperfections de la propriété intellectuelle. L'une, bien connue, est que la mise en œuvre du droit est coûteuse. Par conséquent, l'exclusion d'usage de ceux qui ne payent pas n'est pas toujours bien assurée (par exemple, le piratage musical via Internet). L'autre imperfection, moins souvent citée, est que dans certaines circonstances le droit de la propriété intellectuelle freine l'innovation au lieu de la favoriser. C'est le cas lorsque les innovations dépendent les unes des autres. Prenons par exemple une invention initiale 1 au coût c_1 et de valeur v_1 et une invention 2 qui améliore la première et dont le coût et la valeur s'élevaient respectivement à c_2 et v_2 . Supposons que : $v_1 - c_1 < 0$ mais que $v_1 + v_2 - c_1 - c_2 > 0$. En d'autres termes, les deux inventions doivent voir le jour car elles procurent un gain net de richesse, mais si le premier inventeur n'est pas sûr d'obtenir que le second lui verse une partie de son profit, il ne mettra pas au point son invention car elle lui rapportera alors moins qu'elle ne lui coûte. Supposons donc qu'il détienne un brevet suffisamment large pour que le brevet du second inventeur empiète sur le sien. Le premier inventeur peut alors espérer percevoir une partie du gain du second. Mais c'est au tour de ce dernier de ne plus avoir intérêt à innover. Son brevet dépendant du premier, il risque de se faire déposséder de l'essentiel de son gain. Du coup, il n'investit pas et le premier non plus. Idéalement, les droits de propriété intellectuelle doivent être découpés et attribués de telle sorte que toutes les innovations successives puissent être développées. En d'autres termes les incitations à innover de l'un ne doivent pas détruire celles de l'autre. Le bilan du brevet en matière d'innovations doit rester positif sur l'ensemble de la chaîne d'innovation.

examiner les circonstances particulières invoquées par la Commission » (§ 336). Le TPICE ne s'étant pas prononcé sur la cessation de fourniture (à l'exception d'une allusion au § 702), la doctrine n'a donc pas ici progressé.

B. – Prise en compte *a minima* des incitations à innover

Le Tribunal de première instance a en revanche explicitement rejeté ce qui apparaissait à certains comme un nouveau test : montrer que la licence rendue obligatoire diminue moins les incitations à innover du détenteur des droits de propriété intellectuelle qu'il n'augmente celles des concurrents qui bénéficient désormais de l'accès aux informations protégées. Dans sa décision la Commission avance en effet que « *tout bien considéré, l'incidence négative éventuelle que l'imposition d'une obligation de fournir les informations en cause aurait sur les incitations de Microsoft à innover est compensée par ses effets positifs sur le niveau d'innovation dans l'ensemble du secteur (y compris Microsoft)* » (§ 783). Le TPICE écarte l'idée qu'il s'agit d'un nouveau test (§ 704) que la Commission aurait mis en œuvre afin de démontrer que le refus de licence pouvait objectivement se justifier (§ 709). D'un point de vue économique, la prise en compte des incitations à innover et l'établissement d'un bilan de la licence obligatoire sur celles-ci sont pourtant des initiatives qui méritent d'être considérées. La lecture économique tant du droit de la propriété intellectuelle (cf. encadré p. 24) que de l'article 82 (b) concernant la limitation du développement technique conduit en effet à centrer l'analyse sur les incitations.

La microéconomie établit que le développement technique dépend du niveau des incitations à innover. Lorsque ce dernier s'élève un plus grand nombre d'innovations verra le jour. Mettre en évidence qu'une pratique a pour effet de réduire les incitations à innover offre ainsi un test direct pour vérifier que cette pratique est contraire à l'article 82 (b). Que la diminution des incitations dans l'ensemble de l'industrie en cas de licence forcée soit une condition nécessaire à l'établissement du caractère anticoncurrentiel d'un refus de fourniture d'information est donc une proposition économiquement pertinente. Bien entendu, la question de la mise en œuvre pratique d'un tel test se pose. Il n'est pas aisé, y compris pour un économiste spécialiste de l'innovation, de réaliser un bilan des incitations à innover selon qu'une licence de propriété intellectuelle est offerte ou non. Il faut évaluer l'effet sur les incitations du détenteur de droits, puis l'effet sur les licenciés, et enfin – et surtout –, être capable de mettre en balance ces deux effets. Les méthodes disponibles peuvent apparaître aujourd'hui trop balbutiantes pour adopter un tel test. Il faut noter cependant qu'il est plus rigoureux, sans être forcément plus difficile d'application, que le critère du nouveau produit. Il est en particulier relativement simple de mise en œuvre lorsque le détenteur de droit de propriété intellectuelle ne voit pas baisser son niveau d'incitations à innover en cas de licence obligatoire. Ce cas est d'ailleurs celui dans lequel la Commission se place dans sa décision contre Microsoft. Elle conclut en effet son examen de l'objection de Microsoft concernant la copie de son système d'exploitation à l'identique par « [1] *l est douteux que l'obligation de fournir dans la présente affaire aurait un impact négatif effet négatif sur les incitations de Microsoft à in-*

nover » (§ 729). Il suffit alors dans ce cas de montrer que les licenciés verraient en revanche leurs incitations à innover s'élever pour établir que les incitations augmentent globalement dans l'industrie.

Notons que Tribunal de première instance laisse à l'entreprise dominante la possibilité de justifier objectivement son refus de licence en montrant que le refus de licence conduit à des effets sur ses incitations à innover qui contrebalanceraient les autres circonstances exceptionnelles présentes (cf. § 708). Par cette prise en compte *a minima*, le TPICE laisse la porte ouverte à la poursuite des réflexions économiques et juridiques sur les incitations à innover.

C. – Cesser de faire l'autruche devant les redevances

En cas d'ouverture forcée à la propriété intellectuelle de l'entreprise dominante, ses incitations à innover ainsi que celles des licenciés dépendent du niveau des royalties. Intuitivement, on comprend que si l'autorité de concurrence impose une redevance nulle, ou proche de zéro, l'entreprise dominante sera moins incitée à innover que si le montant est au contraire élevé. La situation est inverse pour les concurrents car le montant de la licence est un coût qui gonfle celui de la R & D.

Cette évidence pour un économiste ne

semble partagée ni par la Commission, ni par les juges. Alors même que l'ordre de grandeur grossier du montant de la redevance n'était pas encore connu, la Commission avance dans sa décision de 2004 avoir démontré que la licence obligatoire n'aura pas d'effets négatifs sur les incitations à innover de Microsoft tandis qu'ils seront positifs pour les concurrents. Le TPICE lui donne raison sur l'absence de preuve apportée par Microsoft sur l'effet négatif d'une licence forcée : « *Le Tribunal trouve, comme la Commission l'a correctement analysé, que Microsoft n'a pas suffisamment établi que s'il lui était demandé de livrer l'information sur l'interopérabilité il aurait subi un impact négatif significatif sur ses incitations à innover* ». Nul doute pourtant que cet impact n'est pas le même selon que les redevances s'élèvent à 5,95 % du montant des produits des licenciés – montant initialement proposé par Microsoft – ou à 0,4 % – montant obtenu par la Commission à l'issue de la décision du TPICE ! D'autant que finalement les développeurs de logiciel libre pourront aussi accéder aux informations de Microsoft en payant une somme forfaitaire de 10 000 euros (Communiqué Comm. CE n° IP/07/1567, préc.). La prise en compte *a minima* des incitations à innover par le TPICE achoppe également sur le problème précédent. Sans connaître le niveau de la redevance en cas de licence forcée, on ne peut se prononcer en toute rigueur sur les effets de cette licence sur les incitations à innover de l'entreprise dominante. Il n'est donc pas possible d'échapper à la question du niveau de redevance, que l'on penche pour la position minimaliste du Tribunal ou pour la mise en balance des incitations comme nouvel élément du test.

Notons que la formulation générale retenue pour les remèdes de licence forcée selon des termes raisonnables et non discriminatoires n'offre pas actuellement une réponse satisfaisante. La jurisprudence européenne est quasi-inexistante et les travaux d'économie sur les licences RAND (pour « *Reasonable And Non Discriminatory* ») sont encore peu développés (cf. Lévêque F., 2007). Mener une évaluation des effets incita-

Le TPICE laisse la porte ouverte à la poursuite des réflexions économiques et juridiques sur les incitations à innover.

tifs en sachant seulement que le montant de la licence doit être raisonnable n'est pas très éclairant pour les parties tant qu'une estimation de la valeur économique du brevet et de sa probabilité de validité n'a pas été réalisée. Comme une telle étude risque d'être longue et coûteuse, il convient cependant de ne l'entamer que si l'autorité de concurrence dispose déjà de solides arguments contre le refus de licence de l'entreprise dominante. À ce stade, il est de toute façon nécessaire de commencer à spécifier les remèdes. C'est seulement si le test des incitations – qu'il soit minimal, ou étendu – est négatif que le travail sur la valeur et la validité des droits de propriété aura été inutile. En tout état de cause, du point de vue économique, la Commission européenne ne peut pas éviter à un moment ou un autre d'examiner les droits de propriété intellectuelle pour établir qu'un refus de licence enfreint l'article 82 (b). Le recours à un test plus strict et le cantonnement de l'examen des incitations à innover pour

Références bibliographiques

- Lévêque F. (2007), La normalisation et le droit de la concurrence face au hold-up, RLC 2007/12, n° 883.
- Lévêque F. (2004), Innovation, leveraging and essential facilities : Interoperability licensing in the EU Microsoft case, *World Competition*, 28 (1) p. 71-91.
- Lévêque F. et Ménière Y., Patents and Innovation : Friends or Foes? Cerna, disponible à : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=958830
- Lévêque F. et Ménière Y. (2004), Économie de la propriété intellectuelle, Coll. Repères, éd. La Découverte.

l'entreprise dominante à l'analyse des justifications objectives du refus de licence peuvent apparaître juridiquement pertinents. Ils laissent l'économiste dubitatif.

Jusqu'aux derniers jours de la seconde quinzaine de mars 2004, Mario Monti et Steve Balmer ont discuté d'une transaction éventuelle. Elle aurait permis d'éviter la suite de la procédure et ainsi de réduire les coûts du litige. Mais cet avantage de la transaction est parfois contrebalancé par un effet négatif : elle coupe l'herbe sous le pied aux éventuelles clarifications et évolutions de jurisprudence que le cas pouvait offrir. L'absence d'accord entre la Commission et Microsoft laissait espérer que le Tribunal de première instance apporte un éclairage nouveau, décisif et convaincant sur les circonstances exceptionnelles entourant un refus de licence abusif. Ce n'est pas le cas à mes yeux d'économiste. Mais une telle déception de nature académique n'est bien sûr que très secondaire. Le souci du juge ne doit pas avant toute chose être guidé par le souci de faire évoluer la jurisprudence. ♦

- Ridyard D., (2004), Compulsory access under EC competition law – a new doctrine of « *convenient facilities* » and the Case for price regulation, *ECLR*, 11, p. 669-773.
- Ritter C. (2005), Refusal to deal and « *essential facilities* » : Does intellectual property require special deference compared to tangible property?, *World Competition*, 28 (3) p. 281-298.
- Shapiro C. (2005), Exclusionary conduct Testimony before the Antitrust Modernization Commission, sept. 29, disponible à : <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/amcexclusion.pdf>
- Temple Lang J. (2005), The application of the essential facility doctrine to intellectual property rights under European competition law, in *Antitrust, Patents and Copyright*, sous la direction de Lévêque F. et Shelanski H., Edward Elgar Publisher, p. 56-84.

PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

ENTENTES HORIZONTALES

RLC 967

Le groupement des cartes bancaires a enfreint l'article 81

Le Groupement des cartes bancaires restreint la concurrence en faisant payer des droits élevés à ceux de ses membres susceptibles d'émettre des cartes à des prix compétitifs.

Communiqué Comm. CE n° IP/07/1522, 17 oct. 2007

Le Groupement des cartes bancaires (le « *Groupement* ») gère le système de paiements par carte « *CB* ». Il réunit près de 150 membres. En 2002, il décide l'application de droits tarifaires qu'il notifie à la Commission européenne pour obtenir une validation de sa part (procédure du règlement n° 17/62 du 6 févr. 1962, précédant le règlement n° 1/2003 du 16 déc. 2002). Onze grandes banques françaises étaient à l'origine de ces mesures : la Fédération nationale du Crédit Agricole, le Crédit Lyonnais, le Crédit Mutuel, le Crédit Industriel et Commercial, la Société Générale, le Crédit du Nord, la BNP-Paribas, la Banque Fédérale des Banques Populaires,

les Caisses d'Épargne, la Poste et le Crédit Commercial de France. Les droits tarifaires en cause visaient à rendre plus onéreuses les conditions d'adhésion au Groupement des membres nouveaux ou récents qui ne faisaient qu'émettre des cartes sans affilier de commerçants ni installer de distributeurs de billets, comme les banques appartenant aux groupes de la grande distribution (Carrefour et Auchan par exemple), ou les banques par internet qui ne disposent pas et n'ont pas vocation à disposer d'un réseau d'agences leur permettant d'affilier suffisamment de commerçants. Les surcoûts sont significatifs (plus de 11 euros par carte) et, partant, dissuasifs.

La Commission considère que ces mesures tarifaires sont restrictives de concurrence par objet : elles portent atteinte à l'avantage concurrentiel de certaines banques, c'était d'ailleurs l'objectif poursuivi (les documents obtenus par la Commission le démontrent). Elles sont également restrictives de concurrence par les effets qu'elles ont engendrés sur le marché : les nouveaux entrants n'ont pas pu émettre de cartes aux prix inférieurs qu'ils compaient pratiquer et n'ont pas émis autant de cartes qu'ils l'escomptaient. De plus, les principales banques n'ont pas baissé leurs prix en réponse à la pression concurrentielle des nouveaux entrants.

Les justifications avancées par le Groupement sont rejetées. Il était tout d'abord allégué de la nécessité d'empêcher les nouveaux venus de « *parasiter* » les investissements consentis depuis de nombreuses années par les principales banques françaises. La Commission a considéré que la preuve de ce parasitisme, sa nature et son ampleur ne lui étaient pas démontrées. Il était ensuite invoqué un