

# Sus à l'abus de position dominante

Les démêlés actuels de Microsoft avec la Commission européenne illustrent les implications croissantes du droit de la concurrence dans le secteur de l'informatique. En France, le Conseil de la concurrence dispose de large pouvoirs pour faire cesser les pratiques des opérateurs accusés d'avoir abusé de leur position dominante. Explications !

Les logiciels et bases de données, même s'ils sont protégés par des droits exclusifs de propriété intellectuelle, n'échappent pas au droit de la concurrence. Ce dernier a notamment pour objet de prévenir et sanctionner certains comportements qui ne sont pas illicites en soi, mais qui le deviennent lorsqu'ils émanent d'entreprises occupant une position dominante sur un marché. Par exemple, des pratiques de ventes liées ou de refus de vente entre professionnels ne sont plus prohibées en elles-mêmes - depuis la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques -, mais le deviennent lorsqu'elles sont le fait d'une entreprise en position dominante sur un marché.

Ainsi, aux termes de l'article L 420-2 du Code de commerce (ancien art. 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986), l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci est prohibée, lorsqu'elle a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur ce marché. Des dispositions similaires sont prévues par le droit communautaire (art. 82 du

Traité instituant la Communauté européenne). La mise en œuvre de ces dispositions implique de définir, aux termes d'une analyse juridique, technique et économique, le "marché pertinent" sur lequel la position de l'entreprise en cause va être analysée.

Cette analyse sera notamment menée en recherchant si d'autres produits ou services peuvent être substitués aux produits ou services considérés. Par exemple, concernant le secteur des logiciels, il importera de définir si la position d'un acteur doit être examinée sur l'ensemble de ce secteur, ou s'il est possible de distinguer un sous-marché des systèmes d'exploitation pour ordinateur, ou encore un sous-marché des logiciels pour serveurs.

Un acteur est généralement jugé en position dominante lorsqu'il dispose de plus de 50 % des parts de marché, ou lorsqu'il a manifestement la possibilité de s'abstraire de la concurrence, en raison par exemple de sa puissance économique par rapport à ses concurrents (appartenance à

**Doris  
L'Hénolet-  
Marcellesi**

Avocat à la Cour  
ALAIN BENSOUSSAN

“  
L'exploitation abusive d'une position dominante est prohibée, lorsqu'elle a pour objet de fausser la concurrence.

”

“

Le Conseil de la concurrence peut prononcer des sanctions pécuniaires.

”

un groupe mondial, notoriété, savoir-faire, etc.). Tel peut être le cas du titulaire de droits exclusifs de propriété intellectuelle, par exemple sur un logiciel, auxquels le Conseil de la concurrence n'a pas hésité, notamment dans sa décision du 23 décembre dernier, à opposer les dispositions du droit de la concurrence, en se fondant sur la théorie des "infrastructures essentielles".

### Les pouvoirs du Conseil de la concurrence

Le Conseil de la concurrence dispose de tout un éventail de pouvoirs parfois mal connus, parmi lesquels de larges pouvoirs d'enquête, exercés le plus souvent par des inspecteurs de la DGCCRF, mais aussi de sanction, visant à établir et réprimer les comportements illicites. Le Conseil de la concurrence peut ainsi, lorsqu'il constate l'existence d'un abus de position dominante, prononcer des sanctions pécuniaires à l'encontre des entreprises concernées. Il s'agit d'amendes quasi-pénales, dont le montant est fixé en fonction de la gravité de l'atteinte à la concurrence constatée, du dommage à l'économie, mais également de la situation de l'entreprise concernée.

Le montant de ces sanctions est parfois très élevé (plusieurs millions d'euros dans certains cas). Le plafond des sanctions que le Conseil peut prononcer a d'ailleurs été relevé par la loi du 15 mai 2001 de 5 % à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre (art. L. 461-2 du Code de commerce).

Le Conseil de la concurrence dispose également d'un pouvoir d'injonction extrêmement vaste, qui lui permet notamment d'ordonner aux entreprises intéressées de mettre fin aux pratiques constatées.

Il est enfin investi du pouvoir d'ordonner, dans les cas d'urgence et sous certaines conditions, des mesures "conservatoires", qui peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ou l'injonction de revenir à l'état antérieur.

Le Conseil de la concurrence n'hésite d'ailleurs pas à user largement de ce pouvoir qui lui permet de prononcer des injonctions extrêmement contraignantes pour les entreprises dans un délai très bref (deux à trois mois dans certains cas). C'est ainsi qu'il a pu ordonner à des entreprises de reprendre des livraisons, de suspendre des pratiques tarifaires abusives, ou même imposer en 2002 à un opérateur de suspendre la commercialisation de ses packs ADSL pendant quelques mois, et de mettre un serveur extranet ainsi que certaines informations à la disposition de ses concurrents.

### Logiciels, bases de données et infrastructures essentielles

Le Conseil de la concurrence a développé et appliqué depuis plusieurs années une théorie dite des "ressources ou infrastructures essentielles", issue du droit anglo-saxon de la concurrence. La notion d'infrastructure essentielle vise des ressources rares (par exemple, une infrastructure portuaire, un réseau câblé), auxquelles l'accès est indispensable pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire, et ne pouvant pas être reproduites dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents.

Lorsque de telles infrastructures sont détenues par une entreprise en situation de monopole ou de position dominante, celle-ci doit en accorder l'accès à ses concurrents dans des conditions économiques raisonnables. Un refus d'accès, auquel est assimilé un accès accordé dans des conditions injustifiées (prix excessivement élevé, contraintes techniques abusives ou conditions discriminatoires), est constitutif d'un abus de position dominante.

Après avoir appliqué cette théorie à des infrastructures physiques (hélicoptère, réseau câblé, etc.), le Conseil de la concurrence, a considéré que des droits de propriété intellectuelle (sur des listes d'abonnés au téléphone, sur une marque, etc.) peuvent également constituer des infrastructures essentielles, et que le titulaire doit en accorder l'accès à ses concurrents, lorsque ces dernières sont indispensables à l'exercice de leur activité.

“

La notion d'infrastructure essentielle vise des ressources rares, auxquelles l'accès est indispensable pour exercer une activité concurrente.

”

L'intérêt de la décision du 23 décembre 2003 tient au fait que le Conseil de la concurrence a cette fois appliqué la théorie des infrastructures essentielles à un logiciel. Dans cette affaire, un concurrent des Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne (NMPP) a en effet obtenu, à titre conservatoire, l'accès à certaines fonctionnalités d'un logiciel dénommé "Presse 2000" développé par les NMPP, dont le Conseil de la concurrence estime qu'il n'est pas exclu qu'elles soient en position dominante sur le marché de la distribution de la presse au numéro.

Pour obtenir gain de cause, ce concurrent a dû démontrer en premier lieu que l'accès à certaines fonctionnalités de ce logiciel était indispensable à son activité, dans la mesure où il est utilisé par l'ensemble des dépositaires centraux de presse, qui sont pour lui des partenaires obligatoires. Il a en outre fait valoir que le défaut d'accès à ces fonctionnalités l'empêchait de développer un système informatique performant en amont et en aval, et contraignait la chaîne de distribution à effectuer des ressaisies manuelles, génératrices de perturbations (pertes de temps, erreurs de manipulation) et par la même d'un handicap concurrentiel.

En second lieu, ce concurrent a fait état des obstacles à la mise en place d'une solution alternative, les dépositaires étant en effet très réticents à la mise en place d'un outil informatique parallèle, dédié à une autre société de messagerie. Le Conseil de la concurrence a ainsi enjoint aux NMPP d'accorder à ce concurrent, "dans un délai de quatre mois un accès direct au tronc commun du logiciel Presse 2000, dans des conditions économiques équitables - en mettant en place pour chaque dépôt qui le souhaiterait et selon des modalités qui devront faire l'objet d'un accord entre les parties concernées - un transfert automatique de fichiers entre le système informatique (de ce concurrent) et Presse 2000".

La Cour de justice des communautés européennes avait d'ailleurs tracé la route des autorités françaises de concurrence, en jugeant le 6 avril 1995, dans son arrêt Magill, que des informations servant à confectionner les grilles de programmes

de télévision constituaient des infrastructures essentielles. Dans une affaire IMS Health, actuellement pendante devant les juridictions européennes, se pose la question de savoir si une base de données (en l'espèce une "structure modulaire" représentant un modèle géographique d'analyse du marché allemand de la vente et des prescriptions de produits pharmaceutiques) peut constituer une "infrastructure essentielle". Cette structure modulaire, développée par la société IMS Health, est en effet tellement répandue qu'elle est devenue une "norme courante" pour les analyses régionales de ce marché, et que l'industrie pharmaceutique y a adapté ses propres systèmes informatiques et de distribution.

Les tentatives des concurrents de mettre en place une autre structure modulaire s'étant soldées par un échec, ces derniers ont utilisé la structure développée par la société IMS Health, qui leur a opposé ses droits d'auteur sur la base de données. Saisie par l'un des concurrents de cette société, la Commission européenne a estimé que le refus de cette dernière, en position dominante sur le marché concerné, d'accorder un accès à la base de données en cause, empêchait les concurrents d'entrer ou de se maintenir sur ledit marché.

La Commission a en conséquence adopté des mesures provisoires enjoignant à IMS Health "d'accorder, sans délai et sur une base non discriminatoire, à [ses concurrents] une licence d'utilisation de la structure à 1 860 modules, afin de permettre à ces entreprises d'utiliser et de vendre des données sur les ventes régionales formatées selon cette structure", les redevances sur cette utilisation devant être déterminées d'un commun accord entre les parties. La décision de la Commission a été suspendue, à la suite d'un recours de la société IMS Health, et la Cour de justice des communautés européennes devrait prendre prochainement position sur cette question.

Il n'en demeure pas moins que le droit de la concurrence offre des ressources inattendues, puisqu'il vient heurter de plein fouet le monopole d'exploitation dont disposent les éditeurs de logiciels ou les producteurs de bases de don-

“

**Ce concurrent a dû démontrer que l'accès à certaines fonctionnalités de ce logiciel était indispensable à son activité.**

”

“

**Le droit de la concurrence vient heurter de plein fouet le monopole d'exploitation dont disposent les éditeurs de logiciels ou les producteurs de bases de données.**

”

“

Le droit de la concurrence ne peut primer sur des droits de propriété intellectuelle que dans des circonstances exceptionnelles.

nées. Il est ainsi possible, dans certaines conditions, de contraindre une entreprise en position dominante sur un marché à accorder une sorte de "licence obligatoire" sur un logiciel ou une base de données à un concurrent, dans des conditions économiques équitables, lorsque l'accès à ces derniers est indispensable à l'exercice d'une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire, et qu'il n'existe pas de solution alternative.

”

Il ne s'agit toutefois pas, bien évidemment, d'une "recette miracle", et la Cour de justice des com-

munautés européennes a plusieurs fois pris soin de préciser que le droit de la concurrence ne peut primer sur des droits de propriété intellectuelle que "dans des circonstances exceptionnelles"<sup>(1)</sup>. Dans certains cas, cependant, le droit de la concurrence peut constituer un angle d'attaque à ne pas négliger.

**Doris L'Hénoret-Marcellesi**

Revue d'auteurs, l'Informatique Professionnelle accueille des opinions qui n'engagent pas la rédaction.

---

1/ Tel est également l'avis du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, qui a estimé dans son avis n° 2004-2 du 2 mars 2004 relatif à la propriété littéraire et au droit de la concurrence, que "l'application de la théorie des *facilités essentielles* entre en contradiction avec l'objectif d'intérêt général de promotion de la création et de l'innovation qui fonde le droit de la propriété littéraire et artistique et que poursuit également le droit de la concurrence" et en a conclu que "de pareilles interventions du droit de la concurrence devraient en conséquence être limitées à la démonstration de "circonstances exceptionnelles".