

*Cours de : Mme le professeur Sylvaine Poillot-Peruzzetto et Mme Anne-Marie Oliva*

**SEANCE 4**  
**LES ABUS DE POSITION DOMINANTE**

**DOCUMENTS :**

CJCE 14 février 1978, United Brands, aff. C-27/76  
TPICE 6 juin 2002, Airtours, aff. T-342/99  
CJCE 13 février 1979, Hoffman La Roche, aff. C-85/76  
TPICE 10 juillet 1991, Magill, aff. T-70/89

**CJCE 14 février 1978, United Brands, aff. C-27/76**

*SECTION 2 - DE LA POSITION D ' UBC SUR LE MARCHE EN CAUSE*

*58ATTENDU QUE LA COMMISSION ESTIME QU ' UBC OCCUPE SUR LE MARCHE EN CAUSE UNE POSITION DOMINANTE EN SE FONDANT SUR UNE SERIE DE FACTEURS DONT L ' INTERACTION ASSURERAIT A UBC UNE PREDOMINANCE INCONTESTABLE SUR TOUS SES CONCURRENTS : SA PART DE MARCHE PAR RAPPORT A CELLE DE SES CONCURRENTS , LA VARIETE DE SES SOURCES D ' APPROVISIONNEMENT , LA QUALITE HOMOGENE DE SON PRODUIT , L ' ORGANISATION DE SA PRODUCTION ET DE SES TRANSPORTS , SON SYSTEME DE COMMERCIALISATION ET SON ACTION PUBLICITAIRE , LE CARACTERE DIVERSIFIE DE SES ACTIVITES ET ENFIN SON INTEGRATION VERTICALE ;*

*59QUE C ' EST AU VU DE TOUTES CES CARACTERISTIQUES QUE LA COMMISSION ESTIME QU ' UBC SERAIT UNE ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE DISPOSANT D ' UN DEGRE D ' INDEPENDANCE GLOBALE DE COMPORTEMENT SUR LE MARCHE EN CAUSE ET AYANT LA POSSIBILITE DE FAIRE OBSTACLE , DANS UNE LARGE MESURE , A UNE CONCURRENCE EFFECTIVE DE LA PART DE CONCURRENTS QUI NE POURRAIENT EVENTUELLEMENT ACQUERIR LES MEMES AVANTAGES QU ' APRES DE GRANDS EFFORTS PROLONGES SUR PLUSIEURS ANNEES , PERSPECTIVE QUI NE LES INCITERAIT PAS A S ' ENGAGER DANS CETTE VOIE , A LA SUITE , PARTICULIEREMENT , DE PLUSIEURS ECHECS SUBIS ;*

*60ATTENDU QU ' UBC CONTESTE CETTE CONCLUSION ET DECLARE QU ' ELLE NE PROCEDE QUE D ' UNE AFFIRMATION SANS L ' APPUI D ' UNE DEMONSTRATION ;*

*61QU ' ELLE AFFIRME NE SE LIVRER QU ' A UNE CONCURRENCE LOYALE EN TERMES DE PRIX , DE QUALITE ET DE SERVICES ;*

*62QUE , SELON UBC , UNE APPRECIATION OBJECTIVE DE SA PART DE MARCHE , DES POSSIBILITES D ' APPROVISIONNEMENT , DE LA CONCURRENCE ' AGRESSIVE ' DES AUTRES ENTREPRISES , DE LEURS RESSOURCES , DE LEURS METHODES ET DE LEUR DEGRE D ' INTEGRATION , DE LA RELATIVE LIBERTE DES MURISSEURS-DISTRIBUTEURS , DE L ' APPARITION DE NOUVEAUX CONCURRENTS SUR LE MARCHE , DE LA FORCE ET DE L ' IMPORTANCE DE CERTAINS CLIENTS , DU PRIX BAS ET MEME DE LA BAISSSE DU PRIX DE LA BANANE , DES PERTES QU ' ELLE A SUBIES DEPUIS CINQ ANS , AURAIT PERMIS DE CONCLURE , SUR LA BASE D ' UNE ANALYSE CORRECTE , QUE , NI DANS SES STRUCTURES NI DANS SON COMPORTEMENT , SON*

*ENTREPRISE NE POSSEDERAIT LES CARACTERISTIQUES D ' UNE FIRME EN SITUATION DE POSITION DOMINANTE SUR LE MARCHE EN CAUSE ;*

*63ATTENDU QUE L ' ARTICLE 86 EST UNE EXPRESSION DE L ' OBJECTIF GENERAL ASSIGNE PAR L ' ARTICLE 3 F ) DU TRAITE A L ' ACTION DE LA COMMUNAUTE : L ' ETABLISSEMENT D ' UN REGIME ASSURANT QUE LA CONCURRENCE N ' EST PAS FAUSSEE DANS LE MARCHE COMMUN ;*

*64QUE CET ARTICLE INTERDIT , DANS LA MESURE OU LE COMMERCE ENTRE ETATS MEMBRES EST SUSCEPTIBLE D ' EN ETRE AFFECTE , LE FAIT POUR UNE ENTREPRISE D ' EXPLOITER DE FACON ABUSIVE UNE POSITION DOMINANTE DANS UNE PARTIE SUBSTANTIELLE DU MARCHE COMMUN ;*

*65QUE LA POSITION DOMINANTE VISEE PAR CET ARTICLE CONCERNE UNE POSITION DE PUISSANCE ECONOMIQUE DETENUE PAR UNE ENTREPRISE QUI LUI DONNE LE POUVOIR DE FAIRE OBSTACLE AU MAINTIEN D ' UNE CONCURRENCE EFFECTIVE SUR LE MARCHE EN CAUSE EN LUI FOURNISSANT LA POSSIBILITE DE COMPORTEMENTS INDEPENDANTS DANS UNE MESURE APPRECIABLE VIS-A-VIS DE SES CONCURRENTS , DE SES CLIENTS ET , FINALEMENT , DES CONSOMMATEURS ;*

*66QUE L ' EXISTENCE D ' UNE POSITION DOMINANTE RESULTE EN GENERAL DE LA REUNION DE PLUSIEURS FACTEURS , QUI , PRIS ISOLEMENT , NE SERAIENT PAS NECESSAIREMENT DETERMINANTS ;*

*67ATTENDU QUE LA RECHERCHE , SUR LE POINT DE SAVOIR SI UBC A LE CARACTERE D ' UNE ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE SUR LE MARCHE EN CAUSE , DOIT SE FAIRE EN EXAMINANT D ' ABORD SA STRUCTURE ET ENSUITE LA SITUATION CONCURRENTIELLE SUR LEDIT MARCHE ;*

...

## *CHAPITRE II - DE L ' EXPLOITATION ABUSIVE DE CETTE POSITION DOMINANTE*

### *SECTION 1 - DU COMPORTEMENT VIS-A-VIS DES MURISSEURS*

#### *PARAGRAPHE 1.LA CLAUSE D ' INTERDICTION DE REVENTE DES BANANES A L ' ETAT VERT*

...

*189QUE S ' IL EST EXACT , COMME LE FAIT REMARQUER LA REQUERANTE , QUE L ' EXISTENCE D ' UNE POSITION DOMINANTE NE SAURAIT PRIVER UNE ENTREPRISE SE TROUVANT DANS UNE TELLE POSITION DU DROIT DE PRESERVER SES PROPRES INTERETS COMMERCIAUX , LORSQUE CEUX-CI SONT ATTAQUES , ET QU ' IL FAUT LUI ACCORDER , DANS UNE MESURE RAISONNABLE , LA FACULTE D ' ACCOMPLIR LES ACTES QU ' ELLE JUGE APPROPRIES EN VUE DE PROTEGER SESDITS INTERETS , ON NE PEUT ADMETTRE DE TELS COMPORTEMENTS LORSQU ' ILS ONT PRECISEMENT POUR OBJET DE RENFORCER CETTE POSITION DOMINANTE ET D ' EN ABUSER ;*

*190QUE MEME SI ON PEUT ADMETTRE LA POSSIBILITE D ' UNE RIPOSTE , ENCORE FAUT-IL QUE CELLE-CI SOIT PROPORTIONNEE A LA MENACE , COMPTE TENU DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE DES ENTREPRISES EN PRESENCE ;*

*191QUE LA SANCTION DU REFUS DE LIVRER D ' UNE ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE DEPASSAIT LA MESURE QUI POUVAIT ETRE EVENTUELLEMENT ET RAISONNABLEMENT ENVISAGEE POUR SANCTIONNER UNE ATTITUDE SEMBLABLE A CELLE QU ' UBC REPROCHAIT A OLESEN ;*

*192QU ' EN EFFET , UBC NE POUVAIT PAS IGNORER QU ' ELLE DISSUADERAIT , CE FAISANT , SES AUTRES MURISSEURS-DISTRIBUTEURS D ' APPUYER LA PUBLICITE POUR D ' AUTRES MARQUES ET CONFORTERAIT ENCORE PUISSAMMENT SA POSITION DE FORCE SUR LE MARCHE EN CAUSE PAR LA VALEUR EXEMPLAIRE DE LA SANCTION PRISE A L ' EGARD DE L ' UN D ' ENTRE EUX ;*

*193QU ' UN TEL PROCEDE PORTE AINSI ATTEINTE GRAVEMENT A L ' INDEPENDANCE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES EN RELATIONS COMMERCIALES AVEC L ' ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE , INDEPENDANCE QUI IMPLIQUE LE DROIT DE DONNER LA PREFERENCE AUX PRODUITS DES CONCURRENTS ;*

## **TPICE 6 juin 2002, Airtours, aff. T-342/99**

56.

Aux termes de l'article 2, paragraphe 2, du règlement n° 4064/89, les opérations de concentration qui ne créent pas ou ne renforcent pas une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées compatibles avec le marché commun.

57.

Selon l'article 2, paragraphe 3, du règlement, doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci.

58.

Lorsque, dans le cadre de l'application du règlement n° 4064/89, la Commission examine une éventuelle position dominante collective, elle doit déterminer si la création ou le renforcement d'une telle position, de nature à entraver de manière significative et durable la concurrence effective existant dans le marché, serait la conséquence directe et immédiate de la concentration (voir, en ce sens, arrêt Gencor/Commission, précité, point 94). En l'absence d'une modification substantielle de la concurrence actuelle, l'opération devrait être autorisée (voir, en ce sens, arrêts du Tribunal du 19 mai 1994, Air France/Commission, T-2/93, Rec. p. II-323, points 78 et 79, et Gencor/Commission, précité, points 170, 180 et 193).

59.

Il ressort de la jurisprudence que, «[s]'agissant d'une prétendue position dominante collective, la Commission est [...] tenue d'apprécier, selon une analyse prospective du marché de référence, si l'opération de concentration dont elle est saisie aboutit à une situation dans laquelle une concurrence effective dans le marché en cause est entravée de manière significative par les entreprises parties à la concentration et une ou plusieurs entreprises tierces qui ont, ensemble, notamment en raison des facteurs de corrélation existant entre elles, le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des consommateurs» (arrêts Kali & Salz, précité, point 221, et Gencor/Commission, précité, point 163).

60.

Le Tribunal a jugé que «sur le plan juridique ou économique, il n'existe aucune raison d'exclure de la notion de lien économique la relation d'interdépendance existant entre les membres d'un oligopole restreint à l'intérieur duquel, sur un marché ayant les caractéristiques appropriées, notamment en termes de concentration du marché, de transparence et d'homogénéité du produit, ils sont en mesure de prévoir leurs comportements réciproques et sont donc fortement incités à aligner leur comportement sur le marché, de façon notamment à maximiser leur profit commun en restreignant la production en vue d'augmenter les prix. En effet, dans un tel contexte, chaque opérateur sait qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché (par exemple, une réduction de prix) provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative. Tous les opérateurs auraient donc à subir la baisse du niveau des prix.» (Arrêt Gencor/Commission, précité, point 276.)

61.

Une situation de position dominante collective entravant de manière significative la concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci peut donc intervenir à la suite d'une concentration lorsque, compte tenu des caractéristiques mêmes du marché en cause et de la modification qu'apporterait à sa structure la réalisation de l'opération, celle-ci aurait comme résultat que, prenant conscience des intérêts communs, chaque membre de l'oligopole dominant considérerait possible, économiquement rationnel et donc préférable d'adopter durablement une même ligne d'action sur le marché dans le but de vendre au-dessus des prix concurrentiels, sans devoir procéder à la conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée au sens de l'article 81 CE (voir, en ce sens, arrêt Gencor/Commission, précité, point 277), et ce sans que les concurrents actuels ou potentiels, ou encore les clients et les consommateurs, puissent réagir de manière effective.

62.

Comme la requérante l'a fait valoir et comme la Commission l'a admis dans ses mémoires, trois conditions sont nécessaires pour qu'une situation de position dominante collective ainsi définie puisse être créée:

- en premier lieu, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action. Comme la Commission l'admet expressément, il ne suffit pas que chaque membre de l'oligopole dominant soit conscient que tous peuvent tirer profit d'un comportement interdépendant sur le marché, mais il doit aussi disposer d'un moyen de savoir si les autres opérateurs adoptent la même stratégie et s'ils la maintiennent. La transparence sur le marché devrait, dès lors, être suffisante pour permettre à chaque membre de l'oligopole dominant de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres membres;

- en deuxième lieu, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché. Comme le fait observer la Commission, ce n'est que si tous les membres de l'oligopole dominant maintiennent un comportement parallèle qu'ils peuvent en profiter. Cette condition intègre donc la notion de représailles en cas de comportement déviant de la ligne d'action commune. Les parties partagent ici l'idée que pour qu'une situation de position dominante collective soit viable, il faut qu'il y ait suffisamment de facteurs de dissuasion pour assurer durablement une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune, ce qui revient à dire qu'il faut que chaque membre de l'oligopole dominant sache qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative (voir, en ce sens, arrêt Gencor/Commission, précité, point 276);
- en troisième lieu, pour démontrer à suffisance de droit l'existence d'une position dominante collective, la Commission doit également établir que la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune.

### **CJCE 13 février 1979, Hoffman La Roche, aff. C-85/76**

*90QU ' EN EFFET , LES ENGAGEMENTS D ' APPROVISIONNEMENT EXCLUSIF DE CETTE NATURE , AVEC OU SANS LA CONTREPARTIE DE RABAIS OU L ' OCTROI DE RABAIS DE FIDELITE EN VUE D ' INCITER L ' ACHETEUR A S ' APPROVISIONNER EXCLUSIVEMENT AUPRES DE L ' ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE , SONT INCOMPATIBLES AVEC L ' OBJECTIF D ' UNE CONCURRENCE NON FAUSSEE DANS LE MARCHÉ COMMUN PARCE QU ' ILS NE REPOSENT PAS - SAUF CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES RENDANT EVENTUELLEMENT ADMISSIBLE UN ACCORD ENTRE ENTREPRISES DANS LE CADRE DE L ' ARTICLE 85 , ET EN PARTICULIER DU PARAGRAPHE 3 DE CETTE DISPOSITION - SUR UNE PRESTATION ECONOMIQUE JUSTIFIANT CETTE CHARGE OU CET AVANTAGE , MAIS TENDENT A ENLEVER A L ' ACHETEUR , OU A RESTREINDRE DANS SON CHEF , LA POSSIBILITE DE CHOIX EN CE QUI CONCERNE SES SOURCES D ' APPROVISIONNEMENT ET A BARRER L ' ACCES DU MARCHÉ AUX AUTRES PRODUCTEURS ;*

*QU ' A LA DIFFERENCE DES RABAIS DE QUANTITE , LIES EXCLUSIVEMENT AU VOLUME DES ACHATS EFFECTUES AUPRES DU PRODUCTEUR INTERESSE , LA REMISE DE FIDELITE TEND A EMPECHER , PAR LA VOIE DE L ' OCTROI D ' UN AVANTAGE FINANCIER , L ' APPROVISIONNEMENT DES CLIENTS AUPRES DES PRODUCTEURS CONCURRENTS ;*

*QUE LES RABAIS DE FIDELITE ONT , EN OUTRE , POUR EFFET D ' APPLIQUER A DES PARTENAIRES COMMERCIAUX DES CONDITIONS INEGALES A DES PRESTATIONS EQUIVALENTES , EN CE QUE DEUX ACHETEURS D ' UNE MEME QUANTITE D ' UN MEME PRODUIT PAIENT UN PRIX DIFFERENT SUIVANT QU ' ILS S ' APPROVISIONNENT EXCLUSIVEMENT CHEZ L ' ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE OU QU ' ILS DIVERSIFIENT LEURS SOURCES D ' APPROVISIONNEMENT ;*

*QU ' ENFIN , CES PRATIQUES , DANS LE CHEF D ' UNE ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE ET PARTICULIEREMENT DANS UN MARCHÉ EN EXPANSION , TENDENT A RENFORCER CETTE POSITION PAR UNE CONCURRENCE NON FONDEE SUR DES PRESTATIONS ET , DES LORS , FAUSSEE ;*

*91ATTENDU QU ' ON NE SAURAIT , POUR ECARTER LA QUALIFICATION D ' EXPLOITATION ABUSIVE DE POSITION DOMINANTE , ACCEPTER L ' INTERPRETATION PROPOSEE PAR LA REQUERANTE SELON LAQUELLE L ' EXPLOITATION ABUSIVE IMPLIQUERAIT QUE L ' UTILISATION DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE CONFEREE PAR UNE POSITION DOMINANTE SOIT LE MOYEN GRACE AUQUEL L ' ABUS A ETE REALISE ;*

*QUE LA NOTION D ' EXPLOITATION ABUSIVE EST UNE NOTION OBJECTIVE QUI VISE LES COMPORTEMENTS D ' UNE ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE QUI SONT DE NATURE A INFLUENCER LA STRUCTURE D ' UN MARCHÉ OU , A LA SUITE PRECISEMENT DE LA PRESENCE DE L ' ENTREPRISE EN QUESTION , LE DEGRE DE CONCURRENCE EST DEJA AFFAIBLI ET QUI ONT POUR EFFET DE FAIRE OBSTACLE , PAR LE RECOURS A DES MOYENS DIFFERENTS DE CEUX QUI GOUVERNENT UNE COMPETITION NORMALE DES PRODUITS OU SERVICES SUR LA BASE DES PRESTATIONS DES OPERATEURS ECONOMIQUES , AU MAINTIEN DU DEGRE DE CONCURRENCE EXISTANT ENCORE SUR LE MARCHÉ OU AU DEVELOPPEMENT DE CETTE CONCURRENCE ;*

## **TPICE 10 juillet 1991, Magill, aff. T-70/89**

50 En réalité, le marché des grilles hebdomadaires et celui des magazines de télévision, dans lesquels elles sont publiées, constituent des sous-marchés du marché de l'information sur les programmes télévisés en général. Ils offrent un produit, l'information sur les programmes hebdomadaires, pour lequel existe une demande spécifique, tant de la part des tiers désireux de publier et de commercialiser un guide général de télévision que de la part des téléspectateurs. Les premiers se trouvent en effet dans l'impossibilité d'éditer un tel guide s'ils ne disposent pas de l'ensemble des grilles de programmes hebdomadaires qui peuvent être captés sur le marché géographique concerné. En ce qui concerne les seconds, il est à noter, comme l'a établi à juste titre la Commission dans la décision, que les informations sur les programmes disponibles sur le marché au moment de l'adoption de la décision, à savoir la liste complète des programmes pour une période de vingt-quatre heures, voire de quarante-huit heures en fin de semaine ou la veille des jours fériés, publiée dans certains quotidiens et journaux du dimanche, ainsi que les rubriques de télévision de certains magazines, renfermant, en outre, les "points forts" des programmes de la semaine, ne sont que dans une faible mesure susceptibles de se substituer à une information préalable des téléspectateurs sur l'ensemble des programmes hebdomadaires. En effet, seuls des guides hebdomadaires de télévision, contenant l'intégralité des grilles de programmes de la semaine à venir, permettent aux usagers de prévoir à l'avance les émissions qu'ils souhaitent suivre et, le cas échéant, de planifier en conséquence leurs activités de loisirs de la semaine.

Cette faible substituabilité des informations sur les programmes hebdomadaires est attestée en particulier par le succès remporté, à l'époque considérée, par les magazines spécialisés de télévision, qui étaient seuls présents sur le marché des guides hebdomadaires en Irlande et au Royaume-Uni et, dans le reste de la Communauté, par les guides généraux de télévision, disponibles sur le marché dans les autres États membres. Ceci démontre clairement l'existence d'une demande potentielle spécifique, constante et régulière de la part des téléspectateurs, en l'occurrence d'Irlande et d'Irlande du Nord, pour des magazines de télévision contenant l'ensemble des grilles de programmes télévisés de la semaine, quelles que soient par ailleurs les autres sources d'information sur les programmes disponibles sur le marché.

### L'existence d'une position dominante

51 Quant à la position de la requérante sur le marché en cause, le Tribunal relève que la BBC disposait, grâce à son droit d'auteur sur ses grilles de programmes, du droit exclusif de reproduire et mettre sur le marché lesdites grilles. Cette circonstance lui a permis, au moment des faits incriminés, de s'assurer le monopole de la publication de ses grilles hebdomadaires dans un magazine spécialisé dans ses propres programmes, le "Radio Times". Il en résulte que la requérante occupait manifestement, à l'époque considérée, une position dominante, tant sur le marché représenté par ses grilles hebdomadaires, que sur celui des magazines dans lesquels elles étaient publiées, en Irlande et en Irlande du Nord. En effet, les tiers, tels que la société Magill, désireux d'éditer un magazine général de télévision, se trouvaient dans une situation de dépendance économique à l'égard de la requérante, qui avait ainsi la possibilité de s'opposer à l'apparition de toute concurrence effective sur le marché de l'information sur ses programmes hebdomadaires (arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, Michelin/Commission, point 30, 322/81, Rec. p. 3461).

### L'existence d'un abus

52 Après avoir établi que la requérante occupait une position dominante au moment des faits incriminés, il y a lieu de vérifier si sa politique en matière de diffusion de l'information sur les programmes hebdomadaires de la BBC, fondée sur l'exploitation de son droit d'auteur sur les grilles de programmes, présentait ou non un caractère abusif au sens de l'article 86. A cette fin, il convient d'interpréter l'article 86 en liaison avec le droit d'auteur sur les grilles de programmes.

53 En l'absence d'harmonisation des règles nationales ou d'unification dans le cadre de la Communauté, la fixation des conditions et des modalités de la protection du droit d'auteur relève de la compétence nationale. Cette répartition des compétences en matière de droits de propriété intellectuelle a été expressément consacrée par la Cour dans l'arrêt du 14 septembre 1982, Keurkoop (144/81, précité, point 18) et confirmée notamment dans les arrêts du 5 octobre 1988, Renault (53/87, précité, point 10) et Volvo (238/87, précité, point 7).

54 Les rapports entre les droits nationaux de propriété intellectuelle et les règles générales de droit communautaire sont expressément régis par l'article 36 du traité, qui prévoit la possibilité de déroger aux règles relatives à la libre circulation des marchandises pour des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, cette dérogation est explicitement assortie de certaines réserves. En effet, la

protection des droits de propriété intellectuelle conférée par les législations nationales est uniquement reconnue, en droit communautaire, dans les conditions énoncées à l' article 36, deuxième phrase . Aux termes de cette disposition, les restrictions à la libre circulation résultant de la protection de la propriété intellectuelle "ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ". L' article 36 souligne ainsi que la conciliation entre les exigences de la libre circulation des marchandises et le respect dû aux droits de propriété intellectuelle doit être opérée de manière à protéger l' exercice légitime de ces droits, qui seul est justifié au sens de cet article, et à exclure tout exercice abusif, de nature à cloisonner artificiellement le marché ou à porter atteinte au régime de la concurrence dans la Communauté . L' exercice des droits de propriété intellectuelle conférés par la législation nationale doit, par conséquent, être limité dans la mesure nécessaire à cette conciliation ( voir l' arrêt du 14 septembre 1982, *Keurkoop*, 144/81, précité, point 24 ).

55 En effet, dans le système du traité, l' article 36 doit être interprété "dans la perspective des objectifs et des actions de la Communauté, tels qu' ils sont définis par les articles 2 et 3 du traité", comme l' a rappelé la Cour dans son arrêt du 9 février 1982, *Polydor*, point 16 ( 270/80, Rec . p . 329 ). Il doit, en particulier, être apprécié compte tenu des exigences liées à l' établissement d' un régime de libre concurrence à l' intérieur de la Communauté, visé à ce même article 3, sous f ), lesquelles s' expriment notamment à travers les interdictions énoncées aux articles 85 et 86 du traité .

56 A cet égard, il résulte de l' article 36, tel qu' il a été interprété par la Cour à la lumière des objectifs poursuivis par les articles 85 et 86 ainsi que par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises ou des services, que seules les restrictions à la libre concurrence ou à la libre circulation des marchandises ou des services, inhérentes à la protection de la substance même du droit de propriété intellectuelle, sont admises en droit communautaire . La Cour a en effet jugé, dans son arrêt du 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, 78/70, précité, point 11, relatif à un droit voisin du droit d' auteur, que, "s' il permet des interdictions ou restrictions à la libre circulation des produits justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale, l' article 36 n' admet de dérogations à cette liberté que dans la mesure où elles sont justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l' objet spécifique de cette propriété" ( voir également les arrêts du 18 mars 1980, *Coditel*, point 14, 62/79, Rec . p . 881; du 22 janvier 1981, *Dansk Supermarked*, point 11, 58/80, Rec . p . 181; du 6 octobre 1982, *Coditel*, 262/81, précité, point 12; en ce qui concerne les droits intellectuels autres que le droit d' auteur, voir les arrêts du 31 octobre 1974, *Centrafarm*, 16/74, Rec . p . 1183; du 23 mai 1978, *Hoffmann-La Roche*, point 8, 102/77, Rec . p . 1139; du 25 février 1986, *Windsurfing International/Commission*, point 45, 193/83, Rec . p . 611; du 5 octobre 1988, *Renault*, 53/87, point 11, et *Volvo*, 238/87, point 8, précités, et du 17 octobre 1990, *Hag GF*, point 12, C-10/89, Rec . p . I-3711 ).

57 Il est constant que la protection de l' objet spécifique du droit d' auteur confère, en principe, à son titulaire, le droit de se réserver l' exclusivité de la reproduction de l' oeuvre protégée . La Cour l' a expressément admis dans son arrêt du 17 mai 1988, *Warner Brothers*, 158/86, précité, point 13, dans lequel elle a jugé que "les deux prérogatives essentielles de l' auteur, le droit exclusif de représentation et le droit exclusif de reproduction, ne sont pas mises en cause par les règles du traité" ( voir également l' arrêt du 24 janvier 1989, *EMI Electrola*, points 7 et 14, 341/87, Rec . p . 79 ).

58 Néanmoins, s' il est certain que l' exercice du droit exclusif de reproduction de l' oeuvre protégée ne présente pas, en soi, un caractère abusif, il en va différemment lorsqu' il apparaît au vu des circonstances propres à chaque cas d' espèce, que les conditions et modalités d' exercice du droit exclusif de reproduction de l' oeuvre protégée poursuivent, en réalité, un but manifestement contraire aux objectifs de l' article 86 . En effet, dans une telle hypothèse, l' exercice du droit d' auteur ne répond plus à la fonction essentielle de ce droit, au sens de l' article 36 du traité, qui est d' assurer la protection morale de l' oeuvre et la rémunération de l' effort créateur, dans le respect des objectifs poursuivis en particulier par l' article 86 ( voir, en matière de brevets, les arrêts de la Cour du 14 juillet 1981, *Merck*, point 10, 187/80, Rec . p . 2063, et du 9 juillet 1985, *Pharmon*, point 26, 19/84, Rec . p . 2281, et, en matière de droit d' auteur, l' arrêt du 17 mai 1988, *Warner Brothers*, 158/86, précité, point 15 ). Dans ce cas, la primauté qui s' attache au droit communautaire, notamment pour des principes aussi fondamentaux que ceux de la libre circulation des marchandises et de la libre concurrence, l' emporte sur une utilisation, non conforme à ces principes, d' une règle nationale édictée en matière de propriété intellectuelle .

## CAS PRATIQUE

1. La société grecque OLIVOIL a pour activité la transformation des olives en huile et la commercialisation dans toute l'Europe d'huiles industrielles et d'huiles au détail. Elle possède depuis 2000, 51% du capital de la société OLITALIA implantée en Italie, et sa représentation est assurée au conseil d'administration de celle-ci par la moitié des membres. La société OLITALIA est liée par un contrat d'approvisionnement exclusif auprès de la société OLIVOIL. En contrepartie, la société OLIVOIL s'est engagée à financer les opérations de promotion en faveur des clients de la société OLITALIA. En revanche, cette dernière décide de sa politique de commercialisation de manière autonome. La société OLITALIA détient 45 % du marché des huiles au détail en Italie et la société OLIVOIL en détient 35%. La société française OLIVERIE souhaitait importer ses huiles en Italie, mais elle a du faire face à une concurrence féroce pratiquée par ces entreprises. En effet, ces entreprises ont pratiqué des prix super réduits aux clients situés dans les zones frontalières que sollicitait la société OLIVERIE. La société OLIVOIL a ensuite proposé d'échanger les produits OLIVERIE mis en rayon contre ses propres huiles sous la menace de l'arrêt des remises de prix qu'elle pratiquait jusqu'alors en faveur de certains distributeurs importants. La société OLITALIA s'interroge sur la légalité de ces pratiques qui l'ont obligé à renoncer au marché italien.

2. La société IBB, de droit allemand, exploite un logiciel qu'elle a créé et qui permet aux pharmacies allemandes et autrichiennes d'adapter leur offre à la demande. Ce logiciel récolte un certain nombre de données relatives aux ventes réalisées par les diverses pharmacies qui y ont souscrit. Dès lors elles peuvent anticiper plus facilement une forte demande avec plusieurs semaines voir plusieurs mois à l'avance et rendre plus efficace leur distribution de médicaments. M. BERLIEZ ancien employé de cette société a décidé de créer sa propre entreprise et de reprendre plus particulièrement ce concept en l'améliorant. Il a créé un logiciel comparable mais les pharmacies ayant déjà pour la plupart réalisé une installation informatique adaptée au logiciel IBB ne sont pas prêtes à modifier toutes leurs installations. Dès lors, il a fait appel à la société IBB pour obtenir une licence afin d'exploiter son système. M. BERLIEZ souhaite l'utiliser pour proposer un service nouveau aux pharmaciens : il souhaite apporter des données en matière de marketing, afin d'aider les pharmaciens à analyser les nouvelles tendances du marché et anticiper les évolutions en matière d'attente de la clientèle, savoir aussi comment mettre en avant leur produits. Mais il semble que ce projet ne se réalisera pas, car la société IBB refuse d'accorder cette licence à M. BERLIEZ. Elle considère que l'octroi de cette licence est contraire à ses intérêts car le produit proposé viendrait lui faire concurrence. M. BERLIEZ vous demande de le conseiller.

3. Dans les aéroports allemands, quatre compagnies réalisent les transports de personnes. La compagnie DEUTSCHAIR possède 38 % du marché du transport de personnes au départ de l'Allemagne et en direction de ce pays, AIRFRANCE en possède 35%, FLYGERMANY 18 %, et FLYDE 9%. Or, Ces deux dernières compagnies se plaignent de ne pas pouvoir accroître leur part de marché à cause de la politique commerciale menée par DEUTSCHAIR. En effet, cette compagnie vend 80% des billets demandés par les agences de voyages grâce à un système efficace de primes de résultat. En effet, cette compagnie fixe un prix pour ces services en début d'année qu'elle pratiquera pour toutes les agences de voyage. Mais elle accorde ensuite des rabais à partir du moment où le volume de ventes de billets pour chaque agence a atteint le volume de l'année précédente. Le taux de la prime est d'autant plus majoré que la progression des ventes est importante. Les compagnies concurrentes estiment que ce taux augmente plus rapidement que les économies d'échelle réalisées. Ainsi, les agences de voyages seraient incitées à ne faire appel qu'à DEUTSCHAIR et ne seraient pas en mesure de d'acheter les billets d'autres compagnies. Qu'en pensez-vous ?