# ORDONNANCE DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL
26 octobre 2001 *

Dans l'affaire T-184/01 R,

**IMS Health Inc.**, établie à Fairfield, Connecticut (États-Unis d'Amérique), représentée par MM. N. Levy, J. Temple-Lang, solicitors, et R. O'Donoghue, barrister, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie requérante,

contre

**Commission des Communautés européennes**, représentée par MM. E. Gippini Fournier, A. Whelan et M^me^ F. Siredney-Garnier, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie défenderesse,

* Langue de procédure: l'anglais.

soutenue par

**AzyX Deutschland GmbH Geopharma Information Services**, établie à Neu-Isenburg (Allemagne), représentée par M[es] G. Vandersanden, L. Levi et D. Dugois, avocats, ayant élu domicile à Luxembourg,

par

**National Data Corporation**, établie à Atlanta, Géorgie (États-Unis d'Amérique), représentée par MM. I. Forrester, QC, F. Fine, solicitor, M[es] C. Price et A. F. Gagliardi, avocats, ayant élu domicile à Luxembourg,

et par

**NDC Health GmbH & Co. KG**, établie à Bad Camberg (Allemagne), représentée par MM. I. Forrester, QC, F. Fine, M. Powell, solicitors, M[es] C. Price et A. F. Gagliardi, avocats, ayant élu domicile à Luxembourg,

parties intervenantes,

ayant pour objet une demande de mesures provisoires relatives à la décision de la Commission du 3 juillet 2001, relative à une procédure d'application de l'article 82 CE (affaire COMP D3/38.044 — NDC Health/IMS Health: mesures provisoires),

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

rend la présente

## Ordonnance

### Contexte

1 Les laboratoires pharmaceutiques ont besoin d'informations concernant la vente tant de leurs propres produits que de ceux de leurs concurrents pour qu'ils puissent mettre au point leurs politiques de commercialisation. Comme une proportion élevée de produits faisant l'objet de prescriptions médicales sont vendus par des officines voisines des médecins établissant les prescriptions, les données concernant les ventes de produits pharmaceutiques par des grossistes aux officines constituent une bonne évaluation des préférences des médecins prescrivant les médicaments et, en conséquence, permettent aux laboratoires pharmaceutiques de jauger le résultat effectif obtenu par les visiteurs médicaux qui sont en pourparlers avec eux.

2 Les rapports concernant des données sur les ventes régionales (ou le marché de ces données) sont fondés sur des données achetées aux grossistes en produits pharmaceutiques par les entreprises fournissant des services relatifs aux données sur les ventes aux laboratoires pharmaceutiques. Des accords entre grossistes et prestataires de ces services en Allemagne contiennent des dispositions destinées à faire respecter les obligations des premiers au titre du Bundesdatenschutzgesetz (loi fédérale sur la protection des données). Le Bundesdatenschutzgesetz prévoit que les informations relatives au chiffre d'affaires des pharmacies doivent être

rassemblées pour au moins trois pharmacies dans chaque aire géographique auxquelles les données fournies se rapportent. En pratique, il semble que le respect de l'obligation en cause nécessite la prise en compte d'au moins quatre à cinq officines dans chaque segment géographique.

3 Les données brutes relatives aux ventes régionales, achetées aux grossistes en produits pharmaceutiques sont traitées par les prestataires fournissant les rapports sur les données relatives aux ventes conformément à leurs structures d'entrée respectives. Ces données sont ensuite vérifiées et formatées selon des structures «modulaires», sur le fondement desquelles diverses analyses sont réalisées par les prestataires du service. Les modules divisent un pays en aires géographiques artificiellement définies. Une structure modulaire a pour objet essentiel de créer des portions territoriales, au sein d'un marché particulier, dont le potentiel de réalisation de ventes est égal ou comparable, tout en respectant les exigences de protection des données et certaines limites géographiques. En Allemagne, les secteurs de vente des visiteurs médicaux dans le domaine pharmaceutique sont définis en référence à un regroupement de plusieurs modules.

4 Les données formatées sur la base d'une structure modulaire constituent la base des rapports relatifs aux ventes régionales. Ces rapports sont communiqués par les prestataires du service aux laboratoires pharmaceutiques sous une forme imprimée, sur disque optique compact par transmission électronique en direct ou en combinant ces formes, selon la préférence du client. Les données sont ensuite soit traitées au niveau interne par les laboratoires pharmaceutiques soit soumises par eux à d'autres entreprises en vue d'une analyse pour leur compte.

5 IMS (Intercontinental Marketing Services) Health Inc. (ci-après la «partie requérante» ou «IMS») est une société établie aux États-Unis, qui fournit une gamme de services étendue en matière d'études de marché, de commercialisation et de gestion des ventes dans le secteur pharmaceutique. Elle est le principal fournisseur mondial de solutions en matière d'informations à l'industrie pharmaceutique et au secteur des soins de santé. Elle exerce ses activités dans

100 pays. En Allemagne, par l'intermédiaire de sa filiale allemande (IMS Health GmbH & Co. OHG, ci-après «IMS Health»), elle fournit un service de données relatives aux ventes régionales aux laboratoires pharmaceutiques intéressés. Depuis l'an 2000, son service est fondé sur une structure modulaire dénommée la «structure à 1 860 modules». Cette structure modulaire est un aspect essentiel de la présente procédure.

6 La partie requérante a investi des ressources dans la mise au point de services d'établissement de rapports relatifs aux données fondés sur une structure modulaire en Allemagne depuis 1969. Elle a commencé par utiliser une structure segmentée à 329 modules. À la fin des années 80, cette première structure rudimentaire a été subdivisée en structures plus complexes contenant à l'origine 418 et, par la suite, 922 segments. En 1991, plusieurs villes ont été ensuite subdivisées, créant ainsi une structure à 1 086 modules. En 1992, 244 modules supplémentaires, correspondant aux unités administratives de l'ancienne République démocratique allemande, ont été ajoutés compte tenu des effets de la réunification allemande. En 1993, à la suite de la mise en place d'un système de code postal à cinq chiffres en Allemagne, une refonte complète de sa structure modulaire était nécessaire. 119 villes ont été restructurées de sorte qu'une structure à 1 845 modules a été créée.

7 En 1998, la partie requérante a mis en chantier un programme de développement destiné notamment à conduire à la création d'une nouvelle structure modulaire. Ce programme a débouché en 1999 sur la mise au point d'un format pour la structure à 1 860 modules. Cette structure a été mise sur le marché en janvier 2000 et constitue désormais la caractéristique essentielle du service relatif aux données concernant les ventes régionales fourni par IMS Health en Allemagne.

8 Soupçonnant que deux concurrents sur le marché allemand, Pharma Intranet Information AG (ci-après «PI») et AzyX Deutschland GmbH Geopharma Information Services (ci-après «AzyX»), qui ont été fondées par certains de ses anciens directeurs et qui avaient, à l'origine, accédé au marché allemand en vendant des services basés sur des structures modulaires différentes, commercia-

lisaient en fait au début de l'an 2000 des services fondés sur des reproductions de la structure à 1 860 modules, la partie requérante a décidé d'engager une procédure pour atteinte à son droit d'auteur devant le Landgericht Frankfurt-am-Main (tribunal d'instance de Francfort-sur-le-Main, ci-après le «Landgericht Frankfurt»). Cette procédure a été engagée, respectivement le 26 mai et le 22 décembre 2000, contre PI et AzyX.

9 Dans le cadre de la procédure engagée contre PI, le Landgericht Frankfurt a confirmé un jugement antérieur du 12 octobre 2000 en jugeant le 16 novembre 2000 que, conformément à la législation allemande relative au droit d'auteur, la partie requérante, par l'intermédiaire d'IMS Health, bénéficiait de la protection du droit d'auteur sur la structure à 1 860 modules. Dans le même jugement, il a également confirmé une ordonnance en référé qui avait été arrêtée le 27 octobre 2000 interdisant à PI et à M. Lederer, ancien directeur général d'IMS Health, d'utiliser la structure à 1 860 modules et des structures modulaires «dérivées» de cette structure.

10 National Data Corporation (ci-après «NDC»), qui est également une société établie aux États-Unis et qui est un concurrent international de la partie requérante, a absorbé PI en août 2000. Le 26 octobre 2000, NDC a demandé une licence à la partie requérante en vue de l'utilisation de la structure à 1 860 modules en contrepartie d'une redevance annuelle pour la licence de 10 000 marks allemands (DEM) (5 112,92 euros). Par lettre du 28 novembre 2000, la partie requérante a rejeté la demande, alors que la question du droit d'auteur était toujours en suspens devant les juridictions nationales, PI ayant formé un recours contre les jugements susvisés des 27 octobre et 16 novembre 2000 du Landgericht Frankfurt. Dans une autre lettre du 18 décembre 2000, la partie requérante a refusé d'entamer des négociations relatives à une licence au motif qu'il n'était pas indispensable à NDC de disposer de la structure à 1 860 modules pour pouvoir lui faire concurrence sur le marché allemand.

11 Le 4 décembre 2000, NDC Health GmbH & Co. KG, filiale allemande de NDC (ci-après «NDC Health») a engagé une action en vue de faire déclarer par le

Landgericht Nürenburg-Fürth qu'IMS Health n'était pas en droit d'exiger qu'elle n'utilise pas les structures fondées notamment sur la structure à 1 860 modules. Néanmoins, le 28 décembre 2000, IMS Health a obtenu du Landgericht Frankfurt une ordonnance en référé interdisant l'utilisation par NDC Health notamment de la structure à 1 860 modules.

12 Le 19 juin 2001, le recours formé par PI contre les jugements des 27 octobre et 16 novembre 2000 a été rejeté par l'Oberlandesgericht Frankfurt-am-Main (tribunal de grande instance de Francfort-sur-le-Main, ci-après l'«Oberlandesgericht Frankfurt»).

13 Le 12 juillet 2001, le Landgericht Frankfurt a rejeté un recours formé par NDC Health contre l'ordonnance en référé arrêtée contre elle le 28 décembre 2000.

14 Le 30 août 2001, dans le contexte de la procédure principale concernant le droit d'auteur à laquelle étaient parties IMS Health et NDC Health en ce qui concerne la demande que la première avait introduite pour qu'il soit définitivement interdit à la seconde d'utiliser la structure à 1 860 modules ou ses dérivés, quels qu'ils soient, le Landgericht Frankfurt a décidé de surseoir à statuer et a adressé plusieurs questions à la Cour de justice en application de l'article 234 CE. En substance, il désirait savoir si l'application du droit allemand relatif au droit d'auteur risquait d'être influencée par l'article 82 CE dans un contexte dans lequel le secteur concerné avait participé dans une certaine mesure à la mise au point de l'œuvre protégée. Le 22 octobre 2001, la demande de décision préjudicielle a été enregistrée au greffe de la Cour de justice (affaire C-418/01).

15 Dans la procédure à laquelle AzyX était partie, le Landgericht Frankfurt a rendu le 28 décembre 2000 une ordonnance de référé interdisant à AzyX de fournir, de mettre sur le marché ou de proposer des données fondées sur la structure à 1 860 modules. Le 15 février 2001, il a confirmé cette ordonnance de référé.

16 En conséquence, le 24 avril 2001, AzyX a demandé une licence à la partie requérante en vue de l'utilisation de la structure à 1 860 modules. Le 28 mai 2001, la partie requérante a rejeté cette demande, principalement parce qu'elle jugeait que l'accès à la structure à 1 860 modules n'était pas nécessaire pour qu'il soit permis à AzyX de lui faire concurrence sur le marché allemand et parce qu'elle jugeait trop peu élevée la redevance de 100 000 DEM (51 129,19 euros) proposée par AzyX.

17 Le 18 septembre 2001, l'Oberlandesgericht Frankfurt a annulé l'ordonnance de référé rendue par le Landgericht Frankfurt, le 28 décembre 2000, et dirigée contre Azyx, de sorte qu'il n'est plus interdit à cette dernière, par la voie d'une ordonnance judiciaire, d'utiliser la structure à 1 860 modules ou ses dérivés en Allemagne (voir ci-après points 44 et 45).

## Enquête de la Commission et adoption de la décision litigieuse

18 Le 18 décembre 2000, NDC a déposé une plainte auprès de la Commission en faisant valoir que le refus de la partie requérante de lui délivrer une licence d'utilisation de la structure à 1 860 modules constituait une infraction à l'article 82 CE. Elle a également demandé à la Commission d'arrêter des mesures provisoires dirigées contre la partie requérante.

19 La partie requérante a déposé tout d'abord des observations au sujet de la plainte dans une lettre du 12 janvier 2001 et a répondu à des demandes de renseignements de la Commission par lettres des 15 et 26 janvier 2001 et du 7 mars 2001.

20 Le 8 mars 2001, la Commission a envoyé une communication des griefs (ci-après la «CG») à la partie requérante, qui l'a reçue le 9 mars 2001. Elle a défini la question essentielle comme étant celle de savoir si la structure à 1 860 modules constituait ou non une «infrastructure essentielle» (CG, point 58). Elle a conclu, en se fondant sur les éléments d'information à sa disposition, que l'accès à cette structure semblait être indispensable aux concurrents, que le refus de la partie requérante de délivrer des licences n'était pas justifié objectivement et que son refus risquait de constituer une exploitation abusive d'une position dominante occupée par IMS sur le marché allemand concerné (CG, point 84). Elle a averti IMS Health qu'elle se proposait d'arrêter une décision prévoyant des mesures provisoires (CG, points 100 à 103).

21 La partie requérante a communiqué sa réponse écrite à la CG le 2 avril 2001. Une audition a ensuite eu lieu devant la Commission le 6 avril 2001 et, au cours de cette audition, il a été largement débattu du point de savoir si la structure à 1 860 modules constituait ou non une norme sectorielle de fait. La Commission a ensuite envoyé le 4 mai 2001 une demande de renseignements complémentaires à la partie requérante, qui a répondu le 14 mai 2001. La partie requérante a également fourni une réponse, le 14 juin 2001, à propos de nouveaux éléments de preuve obtenus par la Commission à la suite de demandes de renseignements postérieures à l'audition, que la Commission avait présentées, en application de l'article 11 du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles [81] et [82] du traité (JO 1962, 13, p. 204), à plusieurs laboratoires pharmaceutiques. Ces demandes étaient destinées à ce qu'ils fassent connaître leurs points de vue quant au caractère prétendument indispensable de la structure à 1 860 modules. Des copies des réponses de ces laboratoires pharmaceutiques ont été communiquées par la Commission à la partie requérante les 22 mai et 7 juin 2001. La partie requérante a présenté des observations sur ces éléments de preuve additionnels par mémoire adressé à la Commission le 14 juin 2001. Ce dernier a été également examiné au cours d'une réunion auquel ont participé les représentants de la partie requérante et ceux de la Commission, le 18 juin 2001.

22 Le 3 juillet 2001, la Commission a adopté une décision relative à une procédure d'application de l'article 82 CE (affaire COMP D3/38.044 — NDC Health/IMS Health: Mesures provisoires) (ci-après la «décision litigieuse»). Cette décision est

fondée sur le règlement n° 17 et, en particulier, sur l'article 3 conférant des pouvoirs à la Commission en matière d'adoption de mesures provisoires tels qu'ils ont été reconnus pour la première fois par la Cour dans son ordonnance du 17 janvier 1980, Camera Care/Commission (792/79 R, Rec. p. 119, ci-après l'«ordonnance Camera Care»), confirmée par plusieurs arrêts ultérieurs (voir arrêt de la Cour du 28 février 1984, Ford/Commission, 228/82 et 229/82, Rec. p. 1129; arrêts du Tribunal du 12 juillet 1991, Peugeot/Commission, T-23/90, Rec. p. II-653, et du 24 janvier 1992, La Cinq/Commission, T-44/90, Rec. p. II-1, ci-après l'«arrêt La Cinq»).

23 Dans les considérants de la décision litigieuse, la Commission estime que les conditions, qui, selon la jurisprudence issue de l'ordonnance Camera Care (ci-après la «jurisprudence Camera Care»), doivent être réunies pour qu'elle puisse arrêter des mesures provisoires dans le cadre d'une enquête en cours au titre du règlement n° 17, sont toutes remplies (considérant 41).

24 En ce qui concerne l'existence d'une présomption d'infraction à l'article 82 CE, la Commission analyse tout d'abord le produit et les marchés géographiques concernés. En se fondant sur les éléments d'information communiqués par la partie requérante dans sa lettre du 7 mars 2001, elle distingue les données recueillies auprès des officines des données recueillies auprès de grossistes en produits pharmaceutiques (considérants 47 et 48). Ces données permettent de distinguer quatre services selon qu'ils concernent des données nationales ou régionales. En outre, les données allemandes constituent un produit distinct qui n'est pas substituable par des données émanant d'autres pays. En conséquence, la Commission définit le marché concerné dans cette affaire au «marché des services de fournitures de données sur les ventes régionales en Allemagne» (considérant 51).

25 Comme le marché concerné est le plus important de ce type dans la Communauté, la Commission considère qu'il constitue une part importante du marché commun (considérant 60). Comme la partie requérante est en situation «quasi mono-

polistique» sur ce marché en occupant une part de marché de plus de [... %] [1], NDC et AzyX étant ses seuls concurrents, la Commission estime qu'elle occupe une position dominante sur le marché concerné (considérant 62).

26 Ensuite, la Commission expose les raisons pour lesquelles, «compte tenu des éléments d'information actuellement disponibles», il existe une présomption suffisante selon laquelle le refus de la partie requérante de délivrer une licence à NDC constitue un abus au titre de l'article 82 CE (voir considérants 63 à 185) et il conviendrait d'arrêter des mesures provisoires «dès lors que les autres conditions pour ordonner ces mesures sont remplies» (considérant 186). Cette appréciation est fondée essentiellement sur l'existence de «circonstances exceptionnelles» et, en particulier, sur sa thèse, fondée sur les constatations exposées aux considérants 75 à 123, selon laquelle la structure à 1 860 modules constitue une «norme sectorielle de facto» (considérant 180). La décision de la partie requérante «de refuser l'accès à la structure à 1 860 modules est susceptible d'éliminer toute concurrence sur le marché en cause, puisque sans cette structure, il n'est pas possible de s'y maintenir» (considérant 181). C'est là une conclusion fondée essentiellement sur ses constatations selon lesquelles il est improbable que les concurrents de la partie requérante créent une structure différente de la structure à 1 860 modules (voir considérants 124 à 166) et sur l'absence de toute justification du refus de cette dernière de délivrer une licence à ses concurrents (considérants 167 à 174).

27 La Commission constate également qu'il existe «un risque de préjudice grave et irréparable pour l'intérêt général, qui justifie l'urgence de mesures provisoires de sauvegarde» (considérant 201). En se fondant sur les éléments de preuve à sa disposition, elle estime «qu'il y a de bonnes raisons de penser que si NDC n'obtient pas une licence lui permettant d'utiliser la structure à 1 860 modules, elle cessera toute activité en Allemagne, ce qui entraînera un préjudice intolérable pour l'intérêt général» (considérant 190). Selon la Commission, en l'absence de mesures provisoires, NDC perdra sa clientèle actuelle, n'aura pas la perspective d'attirer une nouvelle clientèle pour les années à venir et «se trouvera probablement dans l'obligation de cesser toute activité en Allemagne» (considé-

1 — Données confidentielles occultées.

rant 193). Outre un risque grave de dommage irréparable causé à NDC, il existe également «un risque de préjudice intolérable pour l'intérêt général, au sens de l'arrêt La Cinq» (considérant 195). La Commission déclare qu' «[il] ne servirait à rien que la décision principale établisse qu'IMS a abusé de sa position dominante au sens de l'article 82 CE, si entre-temps la filiale allemande de NDC et d'autres concurrents ont dû cesser leurs activités» (considérant 196). Enfin, en rejetant la thèse d'IMS selon laquelle cette dernière subirait un préjudice irréparable, la Commission conclut que «l'équilibre des intérêts est favorable à la plaignante» (considérant 199).

28 En conséquence, les articles 1er à 3 du dispositif de la décision litigieuse prévoient ce qui suit:

«*Article premier*

IMS Health (IMS) est tenue par la présente d'accorder sans délai et sur une base non discriminatoire, à toutes les entreprises qui sont actuellement présentes sur le marché des services de fourniture de données sur les ventes régionales en Allemagne, 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.

*Article 2*

Dans tous les contrats relatifs à une licence d'utilisation de la structure à 1 860 modules, les redevances à acquitter pour ces licences doivent être fixées d'un commun accord entre IMS et l'entreprise demandant la licence ('les parties').

Si aucun accord n'est intervenu dans les quinze jours suivant la date de la demande d'une licence, les redevances appropriées seront fixées par un ou plusieurs experts indépendants. Les experts seront choisis par accord entre les parties dans un délai d'une semaine à compter de la date à laquelle les parties n'auront pas réussi à se mettre d'accord sur une redevance. Si les parties ne réussissent pas à se mettre d'accord sur l'identité d'un ou de plusieurs experts dans ce délai, la Commission nommera un ou plusieurs experts sur une liste de candidats fournie par les parties ou, si nécessaire, choisira une autre personne dûment qualifiée.

Les parties mettront à la disposition des experts tous les documents que ceux-ci jugeront nécessaires ou utiles pour remplir leur mission. Ils seront tenus au secret professionnel et ne pourront divulguer aucune preuve ni aucun document à des tiers, excepté à la Commission.

Les experts effectueront leurs calculs sur la base de critères transparents et objectifs, dans les quinze jours suivant leur désignation pour accomplir cette mission. Ils communiqueront ces calculs sans délai à la Commission pour approbation. La décision de la Commission ne pourra faire l'objet d'aucun recours ultérieur et prendra effet immédiatement.

*Article 3*

Une astreinte de 1.000 euros par jour sera due pendant toute période au cours de laquelle IMS ne respectera pas les dispositions de la présente décision.»

29 L'article 4 de la décision litigieuse précise que ces «dispositions [...] seront applicables jusqu'à la notification de la décision clôturant la procédure», et, aux termes de l'article 5, «[la] société IMS Health, Harewood Avenue, London NW1, United Kingdom, est destinataire de la présente décision».

## Procédure

30 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 6 août 2001, la partie requérante a engagé une action au titre de l'article 230, paragraphe 4, CE, en demandant, notamment, dans ses conclusions, l'annulation de la décision litigieuse ou, subsidiairement, son annulation «dans la mesure où elle oblige IMS Health à délivrer une licence portant sur la structure à 1 860 modules en faveur d'entreprises actuellement présentes sur le marché allemand des services de données relatives aux ventes régionales et précise les modalités de la conduite et de l'approbation par la Commission de la négociation portant sur les conditions de licence».

31 Par acte séparé déposé le même jour auprès du greffe du Tribunal, la partie requérante a déposé, en vertu des articles 242 CE et 243 CE, la présente demande de mesures provisoires en ce qui concerne l'exécution de la décision litigieuse. Dans ses conclusions, la partie requérante invite le juge des référés:

— à ordonner «le sursis à l'exécution de la décision litigieuse tant qu'il n'aura pas examiné la présente demande et statué sur celle-ci»;

— à ordonner «le sursis à l'exécution de la décision litigieuse tant que le Tribunal n'aura pas statué [au principal]»;

— à «adopter toutes autres mesures provisoires qu'il estimera appropriées».

32 Par ordonnance du 10 août 2001, adoptée en vertu de l'article 105, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal, le juge des référés a suspendu ex parte l'exécution de la décision litigieuse tant qu'il ne sera pas statué sur la présente demande de mesures provisoires. Cette ordonnance en référé était fondée sur l'existence, à première vue, d'un fumus boni juris à l'encontre de la validité de la décision litigieuse, sur le risque de conséquences graves, économiques et non économiques, pour la partie requérante, de la fixation des conditions d'une licence obligatoire par la Commission en ce qui concerne l'utilisation de la structure à 1 860 modules et sur la nécessité, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, pour le juge des référés connaissant de la demande de mesures provisoires, de disposer du temps nécessaire à l'examen des questions de fait et de droit complexes soulevées par la présente procédure.

33 Par demandes déposées auprès du greffe du Tribunal, respectivement les 13 et 14 août 2001, AzyX et NDC ont demandé, notamment, l'autorisation d'intervenir à l'appui des conclusions de la Commission dans la présente procédure. Par lettre du 27 août 2001, ni la partie requérante ni la Commission n'ont soulevé la moindre objection au sujet de ces demandes, mais ces deux parties ont demandé la confidentialité vis-à-vis des demanderesses en intervention en ce qui concerne certaines pièces.

34 Les demanderesses en intervention, sans préjudice de l'issue de leurs demandes respectives, ont été invitées par le juge des référés, le 29 août 2001, à présenter toutes observations écrites, ainsi que toutes demandes de traitement confidentiel, qu'ils tenaient à exposer, pour le 12 septembre 2001.

35 Le 29 août 2001, AzyX a demandé l'autorisation d'utiliser la langue française dans ses observations relatives à sa demande en intervention. Par lettre du 31 août 2001, la partie requérante n'ayant soulevé d'objection qu'envers l'utilisation du français dans les observations écrites présentées par AzyX, et la Commission ne soulevant aucune objection à cet égard, le juge des référés a

décidé, le 5 septembre 2001, conformément à l'article 35, paragraphe 2, du règlement de procédure, d'autoriser AzyX à utiliser le français dans ses observations orales.

36 Par demande déposée auprès du greffe du Tribunal le 12 septembre 2001, NDC Health a demandé l'autorisation d'intervenir à l'appui des conclusions de la Commission. Elle a exposé que, bien que ses observations seraient pour l'essentiel identiques à celles de NDC, en sa qualité d'entreprise directement partie à la procédure d'infraction portant sur le droit d'auteur engagée en Allemagne par IMS Health, elle possédait un intérêt à intervenir séparément. Sans préjudice de l'issue de sa demande, le juge des référés l'a invitée, le 13 septembre 2001, à déposer le même jour toutes observations écrites et toutes demandes de traitement confidentiel qu'elle tenait à soumettre. L'audition étant fixée pour le lendemain, le juge des référés a décidé d'entendre les observations des parties en ce qui concerne cette nouvelle demande d'intervention lors de cette audition.

37 Lors de l'audition qui s'est tenue le 14 septembre 2001, en relevant la qualité de plaignante dans la procédure administrative en cours engagée devant la Commission et en constatant que NDC Health était directement impliquée dans la procédure relative à l'atteinte au droit d'auteur engagée par IMS Health en Allemagne et que AzyX n'était pas simplement le seul autre concurrent d'IMS Health sur le marché concerné, mais était également étroitement associée à l'enquête portant sur la plainte de NDC, le juge des référés a décidé que l'intérêt de chacune des trois demanderesses en intervention envers l'issue de la présente procédure relative à des mesures provisoires, conformément à l'article 37, paragraphe 2, du statut CE de la Cour, applicable au Tribunal en vertu de son article 36, était établi. Par conséquent, le juge des référés a décidé de faire droit aux trois demandes d'intervention.

38 En l'absence de toute demande introduite par les parties principales ou par les parties intervenantes en vue d'une ordonnance en ce qui concerne les diverses demandes de traitement confidentiel déposées par les parties principales et

intervenantes, après avoir examiné de manière approfondie les pièces en cause et les aspects particuliers soulevés par ces demandes, le juge des référés a décidé, lors de l'audition, de considérer ces pièces comme confidentielles à première vue dans le contexte de la présente procédure, puisqu'elles semblaient constituer des secrets d'affaires conformément à l'article 116, paragraphe 2, du règlement de procédure.

39 Par conséquent, les parties principales et intervenantes ont présenté leurs observations orales et répondu aux questions du juge des référés. Un autre mémoire, rédigé par M. Sati Sian, vice-président de la partie requérante, et complétant un exposé confidentiel figurant à l'annexe 4 de la demande de mesures provisoires, a été versé au dossier de l'affaire avec l'autorisation du juge des référés, sans que les autres parties ne soulèvent la moindre objection à cet égard. M. Sian a également été autorisé par le juge des référés, sans que les autres parties ne soulèvent d'objection, à présenter un exposé oral confidentiel à huis clos. En l'absence d'objection, M. Jeffrey Kanis, vice-président de NDC Health, a été également autorisé par le juge des référés à présenter un exposé lors de l'audition.

40 Par lettre du 18 septembre 2001, le juge des référés a demandé à la Commission de confirmer, ainsi que la partie requérante l'a fait valoir tant dans sa demande en référé que dans ses observations orales, qu'elle possédait, ou non, des informations concernant la structure ou les structures modulaires actuellement utilisées par les parties intervenantes, AzyX et NDC/NDC Health, aux fins de la fourniture de données relatives aux ventes régionales sur le marché allemand. Si elle possédait des informations de cette nature, la Commission était priée de les communiquer au greffe du Tribunal pour le 24 septembre 2001. Dans la mesure où ces informations contiendraient des secrets d'affaires confidentiels d'une des parties intervenantes, quelle qu'elle soit, la Commission était également priée de présenter, pour la même date, une ou des versions non confidentielles desdites informations.

41 À la suite d'une demande introduite par la partie requérante en vue d'être autorisée à présenter des observations complémentaires succinctes pour qu'elle puisse répondre aux observations écrites de la Commission et des parties

intervenantes, qui, toutes, n'ont été reçues par elle que très peu de temps avant l'audition, le juge des référés a décidé de fixer au 24 septembre 2000 le délai d'expiration pour la présentation de ces observations. La Commission et les parties intervenantes ont été autorisées à présenter, jusqu'au 27 septembre 2001, de nouvelles observations succinctes en ce qui concerne les observations complémentaires de la partie requérante.

42 Le 24 septembre 2001, la Commission a répondu à la question écrite du 18 septembre 2001. Le juge des référés étant convaincu, conformément à l'article 116, paragraphe 2, du règlement de procédure, du caractère de prime abord confidentiel de cette réponse, une version non confidentielle de celle-ci, dont la Commission a déposée le texte intégral le 25 septembre 2001, a été notifiée à la partie requérante et aux parties intervenantes le 26 septembre 2001.

43 Des observations écrites complémentaires ont été reçues de la partie requérante le 24 septembre 2001, de la Commission et des parties intervenantes le 27 septembre 2001.

44 Le 18 septembre 2001, l'Oberlandesgericht Frankfurt a annulé l'ordonnance de référé du 28 décembre 2000 du Landgericht Frankfurt dirigée contre AzyX pour des raisons de procédure, selon les observations complémentaires de la partie requérante. Dans ses observations complémentaires, bien que ne contestant pas formellement cette appréciation, la Commission signale que la motivation de la juridiction nationale concerne une évaluation différente de l'urgence sous-jacente à la demande en référé introduite par IMS Health en ce qui concerne l'atteinte prétendument portée par AzyX à son droit d'auteur portant sur la structure à 1 860 modules. AzyX n'apporte pas d'information dans ses observations complémentaires en ce qui concerne le jugement de l'Oberlandesgericht Frankfurt.

45 Le 18 octobre 2001, par une question écrite, le juge des référés a demandé à la partie requérante de confirmer s'il était ou non possible à IMS Health de former

un recours contre le jugement de l'Oberlandesgericht Frankfurt et, dans l'affirmative, si elle se proposait de former un recours de cette nature. Par lettre du 22 octobre 2001, la partie requérante a répondu en déclarant que le jugement était définitif. Elle a confirmé que le jugement annulait l'ordonnance de référé dirigée contre AzyX pour les raisons constatées par la Commission dans ses observations complémentaires. Néanmoins, IMS Health a souligné que ce jugement était fondé sur l'hypothèse de la validité du droit d'auteur portant sur la structure à 1 860 modules.

## En droit

46 Conformément aux articles 242 CE et 243 CE et à l'article 4 de la décision 88/591/CECA, CEE, Euratom, du Conseil, du 24 octobre 1988, instituant un tribunal de première instance des Communautés européennes (JO L 319, p. 1), tel que modifié par la décision 93/350/Euratom, CECA, CEE du Conseil, du 8 juin 1993 (JO L 144, p. 21), le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, ordonner le sursis à l'exécution de l'acte contesté ou prescrire toute mesure provisoire nécessaire.

47 L'article 104, paragraphe 2, du règlement de procédure prévoit que les demandes de mesures provisoires spécifient les circonstances établissant l'urgence, ainsi que les moyens de fait et de droit justifiant à première vue l'octroi des mesures provisoires auxquelles elles concluent. Les mesures demandées doivent nécessairement être destinées à éviter qu'un dommage grave et irréparable aux intérêts de la partie demanderesse ne soit causé avant qu'il ne soit statué dans l'action principale et elles sont provisoires en ce sens qu'elles ne peuvent préjuger la décision ou en neutraliser par avance les effets [voir les ordonnances du président de la Cour du 11 mai 1989, RTE e.a./Commission, 76/89 R, 77/89 R et 91/89 R, Rec. p. 1141, point 12, ci-après l'«ordonnance Magill»; du 19 juillet 1995, Commission/Atlantic Container Line e.a., C-149/95 P(R), Rec. p. I-2165, point 22, et du 14 octobre 1996, SCK et FNK/Commission, C-268/96 P(R), Rec. p. I-4971, point 30]. Le juge des référés procède également, le cas échéant, à la mise en balance des intérêts en cause (ordonnance du président de la Cour du 23 février 2001, Autriche/Conseil, C-445/00 R, Rec. p. I-1461, point 73).

48 L'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 17 prévoit ce qui suit:

«Si la Commission constate, sur demande ou d'office, une infraction aux dispositions de l'article [81] ou de l'article [82] du traité, elle peut obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée.»

49 Dans l'ordonnance Camera Care, la Cour a déclaré ce qui suit (points 17 et 18):

«Quant au droit de décision conféré à la Commission par [l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 17], il importe qu'il puisse être exercé de la manière la plus efficace et la mieux appropriée aux circonstances de chaque situation donnée. À cet effet, on ne saurait exclure la possibilité que l'exercice du droit de décision conféré à la Commission soit articulé en des phases successives, de manière qu'une décision constatant une infraction puisse être précédée de toutes dispositions préliminaires qui peuvent paraître nécessaires à un moment donné.

Dans une telle perspective, la Commission doit pouvoir prendre aussi, dans le cadre du contrôle que lui confient, en matière de concurrence, le traité et le règlement n° 17, des dispositions conservatoires, dans la mesure où celles-ci pourraient paraître indispensables en vue d'éviter que l'exercice du droit de décision prévu par l'article 3 ne finisse par devenir inefficace, ou même illusoire, en raison de l'action de certaines entreprises. Les compétences que la Commission tient de l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 17, comprennent, dès lors, celle de prendre les dispositions provisoires indispensables pour lui permettre d'exercer de manière efficace ses fonctions et, en particulier, pour garantir l'effet utile des décisions éventuelles visant à obliger les entreprises à mettre fin aux infractions constatées.»

50 Le pouvoir de la Commission d'arrêter des décisions provisoires de cette nature, au titre des pouvoirs d'enquête qui lui sont conférés par le règlement n° 17, tel qu'il a été reconnu par l'ordonnance Camera Care, a été confirmé par les arrêts Ford/Commission, précité (points 18 et 19), Peugeot/Commission, précité (points 19 et 20), et l'arrêt La Cinq (points 27 et 28).

51 Il convient dans la présente procédure de référé, dans laquelle la partie requérante demande qu'il soit sursis à l'exécution de la décision provisoire de la Commission prévoyant des mesures de protection en application de la jurisprudence Camera Care, en premier lieu, d'examiner quel fumus boni juris la partie requérante doit démontrer afin de justifier, pour autant que les autres conditions soient satisfaites, la demande de sursis à exécution.

*Sur le contrôle par le juge des référés des décisions provisoires de la Commission*

52 Selon la décision litigieuse, trois conditions doivent être satisfaites selon la jurisprudence Camera Care pour que la Commission puisse arrêter des mesures de protection dans le cadre d'une enquête en cours menée en vertu du règlement n° 17. Ces conditions sont (considérant 41):

«— l'existence d'une présomption raisonnablement forte d'infraction,

— le risque de préjudice grave et irréparable qui pourrait être causé aux plaignants si de telles mesures n'étaient pas ordonnées,

— l'urgence à prendre des mesures conservatoires».

53 Il convient de souligner d'emblée que dans l'arrêt La Cinq, au point 28, le Tribunal a explicité les conditions exactes, au vu de la jurisprudence de la Cour, à savoir l'ordonnance Camera Care et l'ordonnance du président de la Cour du 29 septembre 1982, Ford/Commission (228/82 R et 229/82 R, Rec. p. 3091, ci-après l'«ordonnance Ford»), qui doivent être remplies avant que la Commission ne puisse arrêter des mesures provisoires. Il a tout d'abord jugé que des mesures de protection ne sauraient être octroyées que lorsque les pratiques litigieuses sont de nature à constituer une violation des règles communautaires de concurrence susceptible d'être sanctionnées par une décision définitive de la Commission et, en outre, que de telles mesures ne devaient être prises qu'en cas d'urgence établie, en vue de parer à une situation de nature à causer un préjudice grave et irréparable à la partie qui les sollicite ou intolérable pour l'intérêt général. Il a déclaré que la condition relative à l'urgence, que, dans la décision en cause dans cette affaire, à l'instar de la décision attaquée en l'espèce, la Commission avait considéré comme une troisième condition pour l'octroi de mesures provisoires, n'était «en réalité qu'un aspect de la condition relative au risque d'un préjudice grave et irréparable» (point 29).

54 Puisque, s'il existe un risque de préjudice grave et irréparable, l'urgence est immanquablement et simultanément établie, il s'ensuit qu'il y a lieu de considérer que les trois conditions énumérées par la Commission dans la décision litigieuse se réduisent, en fait, à deux conditions.

55 Il convient de rappeler à titre liminaire que, les deux conditions pour l'octroi de mesures provisoires étant cumulatives, il suffit qu'une seule de ces deux conditions fasse défaut pour que la Commission se voit empêchée d'exercer son pouvoir d'arrêter des mesures de cette nature (arrêt La Cinq, point 30).

56 La Commission fait valoir, soutenue par NDC et NDC Health, que, compte tenu du caractère provisoire des mesures de protection arrêtées dans la décision litigieuse, le juge des référés doit réexaminer s'il a été satisfait aux mêmes conditions, même si c'est à la demande de la partie requérante, que celles qui ont déjà été considérées comme remplies dans ladite décision, à savoir qu'il existe des

circonstances exceptionnelles qui font que le refus de délivrer une licence portant sur la structure modulaire constitue une exploitation abusive par la partie requérante de sa position dominante, que les seuls concurrents de la partie requérante seront à court terme expulsés du marché concerné, s'ils ne peuvent utiliser, en contrepartie d'une redevance raisonnable, cette structure modulaire présumée essentielle, et qu'il n'existe aucun risque que la permission obligatoire d'utiliser cette structure cause un préjudice grave et irréparable à la partie requérante. Puisque, au vu du contrôle juridictionnel effectué dans le cadre des recours en annulation de décisions fondées sur des évaluations économiques complexes, telles que celle qui fonde les constatations exposées dans la décision litigieuse, il doit être démontré que la Commission a commis une erreur manifeste, la partie requérante dans la présente procédure devrait être tenue d'exposer une argumentation plausible selon laquelle la Commission s'est manifestement trompée dans son examen de chacune des conditions requises. En d'autres termes, ainsi que la Commission l'a souligné tant lors de l'audition que dans ses observations complémentaires, la partie requérante non seulement doit démontrer que, dans la décision litigieuse, la Commission s'est, à première vue, manifestement méprise sur la portée de l'article 82 CE, en concluant de prime abord qu'un abus avait été commis, mais doit également établir, à première vue, l'existence d'une erreur manifeste concernant l'examen de l'urgence et la mise en balance des intérêts justifiant l'adoption des mesures provisoires attaquées. Ainsi que l'a exposé NDC dans ses observations écrites, conformément à la règle de la charge de la preuve, pesant sur la partie requérante, cette dernière doit démontrer l'absence d'un «fondement juridique plausible de la décision litigieuse».

57 En répondant aux arguments susvisés, lors de l'audition, la partie requérante a fait valoir que, en ce qui concerne la condition relative au fumus boni juris, elle était simplement tenue de démontrer au juge des référés l'existence d'une chance raisonnable d'obtenir gain de cause dans le recours au principal. Imposer un critère plus rigoureux serait préjuger l'issue du recours et lui refuser en fait la possibilité d'obtenir des mesures provisoires. En tout état de cause, même si elle pouvait être tenue, ce qui n'est pas le cas, d'établir l'existence d'un fumus boni juris plus rigoureux que ce n'est habituellement le cas, elle soutient qu'il est manifeste, au moins provisoirement, que la conclusion à laquelle la Commission a abouti de prime abord dans la décision litigieuse en ce qui concerne le caractère abusif de son refus de délivrer une licence est entachée d'un vice.

58 Le juge des référés rappelle que dans l'ordonnance Commission/Atlantic Container Line e.a., précitée, le président de la Cour a confirmé l'ordonnance du président du Tribunal du 10 mars 1995, Atlantic Container Line e.a./ Commission (T-395/94 R, Rec. p. II-595). Dans l'ordonnance faisant l'objet du pourvoi, le président du Tribunal n'avait imposé aucun critère spécial relatif au fumus boni juris dans le cadre d'une demande de sursis à l'exécution d'une décision de la Commission refusant notamment d'accorder une exemption en vertu de l'article 81, paragraphe 3, CE et de l'article 9, paragraphe 1, du règlement n° 17. La décision de la Commission sur le point de savoir s'il y avait ou non lieu d'accorder une exemption de cette nature, s'agissant d'une décision que la Commission est seule habilitée à arrêter, constitue un exemple classique d'une décision qui est intrinsèquement de nature discrétionnaire et comporte l'évaluation de critères factuels économiques complexes. Dans son pourvoi, la Commission a fait valoir, en ce qui concerne l'exigence relative au fumus boni juris, que l'ordonnance contestée avait transformé la condition normale tenant à l'existence d'un fumus boni juris en une condition tenant à l'existence d'un fumus non mali juris.

59 L'argument de la Commission a été rejeté. Le président de la Cour a jugé que, au titre des articles 242 CE et 243 CE, le juge des référés peut, «s'il estime que les circonstances l'exigent, ordonner le sursis à l'exécution de l'acte attaqué ou prescrire les mesures provisoires nécessaires» et que, ce faisant, il doit être tenu compte des conditions prévues, en ce qui concerne les demandes portées devant le Tribunal, par l'article 104, paragraphe 2, du règlement de procédure, «telles que précisées par la jurisprudence» (ordonnance Commission/Atlantic Container Line e.a., précitée, point 21). En ce qui concerne la condition prévue à l'article 104, paragraphe 2, du règlement de procédure relative aux moyens de fait et de droit justifiant à première vue la demande de mesures provisoires, il a déclaré ce qui suit (point 26): «[...] plusieurs formules ont été utilisées dans la jurisprudence pour définir la condition tenant au fumus boni juris au gré des circonstances de l'espèce.» En relevant que les termes de l'ordonnance contestée, qui concernaient des moyens de droit qui n'étaient apparemment pas absolument non fondés, étaient identiques ou analogues à ceux qui avaient été utilisés à plusieurs reprises par la Cour, il a déclaré ce qui suit (point 26): «Une telle formule fait apparaître que, de l'avis du juge des référés, les arguments avancés par le demandeur des mesures provisoires ne peuvent pas être écartés au stade de cette procédure sans un examen plus approfondi.» Il a ensuite confirmé, en se fondant sur la

jurisprudence, que le juge en question «peut considérer, au vu des circonstances de l'espèce, que de tels moyens justifient à première vue l'octroi du sursis au titre de l'article [242] ou de mesures provisoires au sens de l'article [243]» (point 27).

60 Il n'existe aucun motif permettant de supposer que l'étendue du pouvoir conféré par l'article 104 du règlement de procédure au juge des référés, telle qu'elle a été définie par le président de la Cour dans l'ordonnance Commission/Atlantic Container Line e.a., précitée, en ce qui concerne une décision définitive de la Commission d'application des règles du traité en matière du droit de la concurrence et arrêtée conformément au pouvoir explicite dont elle dispose en vertu du règlement n° 17, doit être définie différemment lorsque la décision à l'encontre de laquelle l'octroi de mesures provisoires est demandée constitue, au contraire, une décision provisoire arrêtée conformément à la jurisprudence Camera Care.

61 Cette interprétation est confirmée par la jurisprudence concernant les demandes de mesures provisoires relatives aux deux premières décisions par lesquelles la Commission a arrêté des mesures de protection (voir l'ordonnance Ford et l'ordonnance du président du Tribunal du 21 mai 1990, Peugeot/Commission, T-23/90 R, Rec. p. II-195, ci-après l'«ordonnance Peugeot»). Dans la première ordonnance, le président de la Cour a déclaré ce qui suit au point 8: «S'il n'est pas exclu, a priori, qu'à l'occasion de l'examen d'une demande d'exemption visant un réseau de distribution la Commission puisse subordonner l'octroi de l'exemption à une extension de la gamme de produits distribués, il n'en reste pas moins que certaines questions qui se posent dans le présent litige sont susceptibles de controverses sérieuses. En outre, on ne saurait écarter sans plus les objections qu'il est possible de faire en ce qui concerne la voie procédurale choisie par la Commission.» Cela a suffit pour établir l'existence d'un fumus boni juris puisque l'urgence de la demande de sursis à exécution de la partie requérante a été ensuite examinée.

62 Cette approche a été adoptée dans l'ordonnance Peugeot. Ayant évoqué l'exigence selon laquelle les mesures provisoires arrêtées par la Commission

doivent être «de caractère intérimaire et rester limitées à ce qui est nécessaire dans la situation donnée» (point 17), le président du Tribunal a déclaré ensuite ce qui suit (point 18): «En conséquence, sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur l'ensemble des moyens invoqués par les requérantes à l'encontre des mesures provisoires décidées par la Commission — moyens que, d'ailleurs, les requérantes exposent également dans le recours au principal et dont l'analyse relève de la procédure sur le fond —, il suffit d'examiner, dans le cadre de la présente procédure en référé, d'une part, si les moyens de droit et de fait invoqués justifient, à première vue, le sursis à l'exécution de la décision attaquée.»

63 Tout en rejetant le principal argument de la partie requérante selon lequel la Commission avait commis une erreur manifeste en estimant que les accords de distribution de véhicules automobiles ne restaient généralement pas dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE en vertu de son règlement (CEE) n° 123/85, du 12 décembre 1984, concernant l'application de l'article [81, paragraphe 3, CE] à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles (JO 1985, L 15, p. 16), le président du Tribunal a jugé qu'il existait à première vue un grief justifié, puisqu'il n'était pas possible de méconnaître que certaines des questions qui se posaient dans la présente affaire suscitaient de sérieux problèmes d'interprétation (point 22).

64 En outre, à aucun égard, l'ordonnance de la Cour du 22 octobre 1975, National Carbonising Company/Commission (109/75 R, Rec. p. 1193, ci-après l'«ordonnance NCC»), ne justifierait la conclusion qu'en tire par analogie NDC et NDC Health selon laquelle la partie requérante devait établir l'inexistence d'un fondement juridique plausible de la décision litigieuse. Dans cette ordonnance, la partie requérante avait demandé soit une ordonnance obligeant la Commission à arrêter une décision adressée à National Coal Board (NCB), son fournisseur, soit, subsidiairement, une ordonnance adressée à NCB visant à ce qu'elle s'abstienne de mettre en œuvre une certaine politique en matière de prix. La Commission avait estimé que le recours dirigé contre elle concernait une carence prétendue au sens de l'article 35 CA. En constatant qu'il incombait à la juridiction connaissant de l'action principale de déterminer le point de savoir s'il existait une carence susceptible d'être attaquée, le président de la Cour a déclaré qu'il convenait «de

constater que la demanderesse sollicit[ait] en fait du juge des référés que ne [fût] pas exécutée une décision négative refusant en particulier de prendre des mesures d'urgence» et que «satisfaire une telle demande [aurait équivalu] momentanément à une décision positive, prise par le juge des référés aux lieu et place de la Commission» (point 6). En conséquence, il appartenait à la Commission «d'arrêter elle-même les mesures qu'elle estim[ait] nécessaires» car il serait «contraire à l'équilibre institutionnel résultant du traité que le juge des référés se substitu[e] à la Commission dans l'exercice d'une attribution qui revient en premier lieu à cette dernière sous le contrôle de la Cour, et en vue de laquelle elle possède tous éléments d'information» (point 8). Il s'ensuit que l'ordonnance NCC, ainsi que la Cour elle-même l'a déclaré dans l'ordonnance Camera Care (point 20), a simplement confirmé l'existence, bien que dans le contexte du traité CA, du pouvoir de la Commission, sous réserve de certaines conditions, «de prendre [d]es mesures conservatoires» (point 8).

65 Il ne ressort de la jurisprudence susvisée aucun principe qui étayerait l'argument invoqué par la Commission, avec le soutien de NDC et NDC Health, au sujet du caractère spécial du fumus boni juris qui devrait être établi dans le cadre d'une demande de mesures provisoires concernant une décision provisoire par laquelle la Commission arrête des mesures de protection.

66 Il n'existe pas non plus d'autre raison convaincante pour laquelle une partie requérante devrait être tenue d'établir un fumus boni juris particulièrement solide et sérieux pouvant être invoqué contre la validité de ce qui, après tout, constitue une appréciation provisoire par la Commission de l'existence d'une infraction au droit communautaire de la concurrence. Le caractère «provisoire» de décisions de la Commission de ce type a été expressément rappelé dans les ordonnances Ford et Peugeot (respectivement, points 11 et 24). Le simple fait que la raison sous-jacente à l'appréciation de la Commission est l'urgence à adopter des mesures de protection ne justifie pas qu'une partie requérante qui demande le sursis à l'exécution de la décision imposant ces mesures soit obligée d'établir l'existence d'un fumus boni juris particulièrement convaincant. Les préoccupations de la Commission peuvent être prises en compte par le juge des référés lorsqu'il examine la mise en balance des intérêts. De ce fait il n'est pas justifié d'accorder à de telles décisions provisoires de la Commission un rang particulier dans le contexte des demandes de mesures provisoires.

67 À cet égard, il y a lieu de relever que, dans l'ordonnance Peugeot, le Tribunal a rejeté les divers arguments que la partie requérante avait fait valoir en invoquant le manquement de la Commission à l'obligation d'établir en droit le fondement de toute présomption d'une infraction à l'article 81 CE. Il est simplement exigé de la Commission qu'elle soit en mesure de «considérer [...] à première vue» (point 37) ou, subsidiairement, que ses conclusions ne soient pas «à première vue» non fondées (point 46). En outre, en répondant à un argument selon lequel la Commission n'était pas habilitée à arrêter des mesures provisoires, puisque la situation n'était pas suffisamment certaine en droit et qu'il n'avait pas été établi qu'il existait «la moindre probabilité particulière de l'existence d'une infraction», le Tribunal a souligné ce qui suit: «dans le cadre d'un recours portant sur la légalité d'une décision par laquelle la Commission a arrêté des mesures provisoires, on ne saurait assimiler l'exigence de la constatation d'une infraction prima facie avec l'exigence de certitude à laquelle doit satisfaire une décision finale» (point 61). «La Commission a pu ainsi à juste titre considérer que la circulaire litigieuse suscitait, à première vue, des doutes sérieux quant à sa légalité.» (Point 63). Appliquant ce critère dans l'arrêt La Cinq, le Tribunal a jugé que la Commission, en exigeant «que, pour que des mesures provisoires puissent être octroyées, l'existence d'une infraction claire et flagrante soit déjà établie», avait fondé son argumentation justifiant le refus en cause dans cette affaire «sur une interprétation erronée en droit de la condition relative à l'existence vraisemblable d'une infraction» (points 61 et 62).

68 Puisque la Commission n'est pas tenue d'établir la probabilité de l'existence à première vue d'une violation des règles communautaires de la concurrence avant l'adoption d'une décision imposant des mesures provisoires, il serait de même contre-indiqué d'imposer à la partie requérante demandant des mesures provisoires dirigées contre une décision de cette nature, qui est intrinsèquement fondée sur une appréciation non complète et non définitive des éléments de fait et de droit en cause et qui risque d'entraîner des conséquences très graves pour le destinataire, l'obligation d'établir un fumus boni juris particulièrement convaincant à l'encontre de la validité de cette décision.

69 Néanmoins, la Commission souligne que l'obligation d'établir un fumus boni juris particulièrement convaincant s'applique, a fortiori, à l'appréciation à laquelle il est procédé dans la décision litigieuse de l'urgence et de la mise en balance des intérêts penchant en faveur de l'adoption de mesures provisoires.

70 À cet égard, il convient de rappeler que dans l'ordonnance Camera Care, la Cour a expressément mentionné la nécessité pour la Commission de pouvoir arrêter des mesures de protection lorsqu'elles semblent «indispensables», en vue d'éviter que l'exercice du pouvoir de décision prévu par l'article 3 du règlement n° 17 «ne finisse par devenir inefficace, ou même illusoire» (point 18). En statuant dans l'arrêt La Cinq, le Tribunal a jugé, aux points 79 et 80, en évoquant l'ordonnance Camera Care, que la Commission, en déclarant dans sa décision portant refus d'arrêter des mesures provisoires dans cette affaire que «ne peuvent être considérés comme dommages irréparables que des dommages auxquels il ne pourrait être remédié par aucune décision ultérieure», celle-ci «est allée au-delà de ce qu'impose la jurisprudence de la Cour, qui se limite à faire référence aux dommages auxquels il ne pourrait plus être remédié par la décision que la Commission sera amenée à prendre au terme de la procédure administrative».

71 L'arrêt La Cinq n'étaye donc aucunement l'argument invoqué dans la présente procédure par la Commission. Le fait que, avant d'arrêter une décision imposant des mesures provisoires, la Commission doit nécessairement acquérir elle-même la certitude que le préjudice à la concurrence, dont elle craint qu'il ne survienne en l'absence de ces mesures, doit être tel qu'il soit impossible d'y remédier par la décision définitive à arrêter dans l'affaire en cause n'implique pas qu'une partie requérante demandant des mesures provisoires en ce qui concerne une décision provisoire de la Commission doit démontrer que l'appréciation par cette dernière de l'urgence fondant l'adoption de cette décision était manifestement faussée.

72 En tout état de cause, l'appréciation par la Commission des conditions qui doivent être remplies, conformément à la jurisprudence Camera Care, avant qu'elle n'arrête une décision d'imposer des mesures provisoires constitue en effet une des conditions juridiques préalables nécessaires à l'adoption régulière de toute décision de cette nature. Puisque l'absence de l'une ou de l'autre des conditions prévues par cette jurisprudence suffit à rendre non valide la décision imposant des mesures provisoires, l'appréciation par la Commission de l'urgence, comme toute appréciation connexe à laquelle elle procède au sujet de la mise en balance des intérêts, doit être examinée par le juge des référés lors d'une demande en référé concernant cette décision lors de l'appréciation du fumus boni juris.

73 La partie requérante dans une procédure de référé telle que celle de l'espèce doit donc nécessairement démontrer, afin d'établir un fumus boni juris, qu'il existe encore des motifs sérieux de douter de l'exactitude de l'appréciation par la Commission d'au moins une des conditions prévues par la jurisprudence Camera Care. Néanmoins, le juge des référés tient compte, en déterminant le point de savoir si toutes les conditions tenant à l'octroi des mesures provisoires prévues par les articles 242 CE et 243 CE et par l'article 104, paragraphe 2, du règlement de procédure sont remplies et, en particulier, en examinant le point de savoir si la pondération des intérêts penche en faveur de la partie requérante ou de la Commission, tant de l'analyse par cette dernière de l'urgence qui a justifié l'adoption des mesures provisoires contestées que des raisons pour lesquelles elle a pondéré les intérêts en faveur de l'adoption des mesures en cause.

74 Il ressort de ce qui précède que le moyen invoqué par la Commission, avec le soutien de NDC et de NDC Health, quant au caractère manifeste d'un fumus boni juris, qu'une partie requérante demandant à ce qu'il soit sursis à l'exécution d'une décision de la Commission imposant des mesures provisoires doit être en mesure d'établir, est non fondé.

75 Par conséquent, il est nécessaire d'examiner le point de savoir si la partie requérante a réussi à établir l'existence de doutes sérieux quant à l'exactitude de l'analyse juridique sous-jacente à la conclusion tirée de prime abord dans la décision litigieuse et selon laquelle la partie requérante avait exploité abusivement sa position dominante sur le marché concerné en refusant de délivrer des licences à ses concurrents, de sorte que l'adoption de mesures provisoires était nécessaire au rétablissement de la concurrence sur ce marché.

*Sur l'existence d'un fumus boni juris*

76 La partie requérante fait valoir pour l'essentiel cinq moyens à l'appui de sa conclusion selon laquelle la décision litigieuse est de prime abord non valide. Son

moyen essentiel, qu'elle fonde sur plusieurs arguments connexes, concerne l'exactitude de l'analyse juridique fondant la conclusion de la Commission selon laquelle son refus de délivrer une licence portant sur l'utilisation de son droit d'auteur sur la structure à 1 860 modules constitue une exploitation abusive de la position dominante qu'elle occupe sur le marché concerné. Elle fait valoir également que la prémisse concrète essentielle de la décision litigieuse est entachée d'erreur, que toutes les importantes conclusions de droit et de fait qui y sont formulées contredisent celles qui ont été formulées par les juridictions allemandes, que les mesures arrêtées n'ont pas un caractère conservatoire et que son droit d'être équitablement entendue a été violé par la Commission.

77 Il convient en premier lieu d'examiner le bien-fondé prima facie de son moyen essentiel.

Arguments des parties

78 La partie requérante soutient en premier lieu que la Commission ne peut arrêter des mesures provisoires qu'en ce qui concerne un comportement qui est à l'évidence illégal, conformément aux règles établies en droit communautaire (arrêt La Cinq, point 28). Tel ne serait pas le cas en ce qui concerne la décision litigieuse dans laquelle la Commission contredit la jurisprudence communautaire et des décisions antérieures de la Commission en constatant qu'il est à première vue illégal qu'une entreprise en position dominante refuse de partager avec des concurrents un avantage concurrentiel constitué par sa propriété intellectuelle portant sur la structure à 1 860 modules sur le marché même auquel cette propriété intellectuelle se rapporte. Ce serait priver la partie requérante de l'essence même de son droit d'auteur obtenu en vertu du droit national, tel qu'il est reconnu par le droit communautaire, en violation manifeste de l'article 295 CE.

79 La partie requérante évoque en particulier les arrêts de la Cour du 5 octobre 1988, Volvo (238/87, Rec. p. 6211, point 7), CICRA et Maxicar (53/87, Rec.

p. 6039, point 10), les arrêts du Tribunal du 10 juillet 1991, RTE/Commission (T-69/89, Rec. p. II-485, point 71, ci-après l'«arrêt RTE»), ITP/Commission (T-76/89, Rec. p. II-575, ci-après l'«arrêt ITP»), et l'arrêt de la Cour du 6 avril 1995, RTE et ITP/Commission (C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. p. I-743, point 49, ci-après l'«arrêt Magill»; l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt étant dénommée ci-après l'«affaire Magill»), rendu sur pourvoi en ce qui concerne les arrêts RTE et ITP. Elle soutient que le refus d'une entreprise en position dominante de délivrer une licence portant sur ses droits de propriété intellectuelle ne constitue une exploitation abusive que dans deux cas: en premier lieu, lorsque, outre le refus de licence, l'entreprise adopte un comportement additionnel qui est, en lui-même, abusif, tel que la fixation inégale de prix et, en deuxième lieu, lorsqu'est en cause une «infrastructure essentielle».

80 Toutefois, ce serait la notion de ce qui est constitutif d'une infrastructure essentielle qui a été invoquée dans la décision litigieuse. Selon la partie requérante, cette notion ne s'applique que lorsque deux marchés distincts sont en cause et lorsque le produit ou le service fourni sur un marché (habituellement un marché «en amont») est un apport nécessaire pour la production de biens ou de services sur le deuxième marché (habituellement un marché «en aval»). La jurisprudence par laquelle le juge communautaire et, antérieurement à l'adoption de la décision litigieuse, la Commission ont considéré des refus de fourniture par une entreprise en position dominante dans de telles circonstances comme abusifs a toujours concerné deux marchés distincts: la partie requérante évoque en particulier l'arrêt de la Cour du 6 mars 1974, Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents/Commission (6/73 et 7/73, Rec. p. 223), portant sur les marchés distincts d'une matière première et des dérivés de la matière première; l'arrêt de la Cour du 3 octobre 1985, CBEM (311/84, Rec. p. 3261), portant sur les marchés distincts de la radiotélédiffusion et du télémarketing; l'arrêt de la Cour du 13 décembre 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Rec. p. I-5941), portant sur les marchés distincts de la mise en place et du fonctionnement de réseaux publics de télécommunication et de l'importation, de la commercialisation, de la connexion, de la commande et de l'entretien et de la réparation d'équipement de connexion à ce réseau; l'arrêt Magill portant sur les marchés distincts des grilles et des guides de programmes de radiotélédiffusion; l'arrêt de la Cour du 26 novembre 1998, Bronner (C-7/97, Rec. p. I-7791) portant sur les marchés distincts de la distribution de journaux et de la publication et de la vente de journaux; l'arrêt du Tribunal du 12 juin 1997, Tiercé Ladbroke/Commission (T-504/93, Rec. p. II-923, ci-après l'«arrêt Tiercé Ladbroke»), portant sur les marchés distincts des reportages télédiffusés de courses de chevaux et l'exploita-

tion de bureaux de paris, et les décisions 94/19/CE de la Commission, du 21 décembre 1993, relative à une procédure d'application de l'article [82] du traité CE (IV/34.689 — Sea Containers contre Stena Sealink — Mesures provisoires, JO L 15, p. 8), portant sur des marchés des services portuaires et des services de transbordement de passagers, et 98/190/CE de la Commission, du 14 janvier 1988, relative à une procédure d'application de l'article [82] du traité CE (IV/34.801 FAG — Flughafen Frankfurt/Main AG, JO L 72, p. 30), portant sur des marchés distincts des services aéroportuaires pour l'atterrissage et le décollage d'avions et de l'assistance en escale.

81 L'argument invoqué par la partie requérante en se fondant sur la jurisprudence susvisée présente deux aspects essentiels. En premier lieu, elle soutient que la théorie des «infrastructures essentielles» suppose au préalable qu'une entreprise dominante utilise sa puissance sur le marché qu'elle domine afin d'empêcher ou de ruiner la concurrence sur un marché en aval ou voisin sur lequel elle exerce déjà des activités ou tient à y exercer des activités, ou dont elle veut simplement empêcher, comme dans l'affaire Magill, l'émergence en tant que marché nouveau. En deuxième lieu, en mentionnant expressément l'affaire Magill, dont elle souligne qu'elle est la seule affaire antérieure à la décision litigieuse dans laquelle la Commission a cherché à appliquer l'approche relative à la théorie des infrastructures essentielles à l'exercice des droits de propriété intellectuelle, IMS soutient que c'était l'exercice par les titulaires du droit d'auteur acquis à la suite de leurs activités sur le marché qu'ils dominaient (la radiotélédiffusion) afin d'étendre cette domination sur un marché en aval (les guides de télévision hebdomadaires) qui constituait les «circonstances exceptionnelles» justifiant l'assimilation de leur refus de délivrer une licence à une exploitation abusive. Dans la présente affaire, le refus d'IMS Health de délivrer des licences à ses concurrents en vue de l'utilisation de la structure à 1 860 modules serait justifié parce qu'elle ne cherche pas à exploiter sa puissance commerciale sur un marché distinct. La partie requérante souligne que le titulaire d'un droit d'auteur ne commet pas d'abus en refusant de délivrer une licence à des concurrents qui tiennent à avoir accès à ce droit afin de lui faire concurrence sur le marché même sur lequel l'exclusivité conférée par ce droit est l'instrument essentiel des activités du titulaire du droit et sur lequel sa domination peut être tributaire, au moins théoriquement, du maintien de son droit d'exclusivité. Le simple fait que l'élément protégé est devenu lui-même l'objet d'une forte préférence de la clientèle, de telle sorte que le produit ou le service l'incorporant domine le marché, ne suffirait pas pour obliger le titulaire du droit à délivrer des licences en faveur de ceux qui tiennent à lui faire concurrence sur ce marché.

82 Dans ses observations, la Commission fait observer que la portée théorique de l'ordonnance ex parte du 10 août 2001 dans la présente affaire, en particulier la réticence du juge des référés à confirmer «même provisoirement» les mesures adoptées dans la décision litigieuse (point 24 de ladite ordonnance), ne devrait pas être définie en ce sens qu'il incomberait effectivement à la Commission d'établir le bien-fondé de l'analyse de l'article 82 CE en l'espèce. Indépendamment de la faiblesse de sa motivation sur un point particulier, elle soutient que la validité de la décision litigieuse doit être présumée et qu'il ne peut être sursis à son exécution en l'absence d'une preuve directe de l'urgence et d'une appréciation de la balance des intérêts penchant en faveur de la partie requérante.

83 La Commission fait observer que les conclusions provisoires contenues dans la décision litigieuse sont fondées sur une analyse combinée des arrêts Magill, Tiercé Ladbroke et Bronner, précité. Puisqu'il est préférable de réserver l'examen des questions de droit complexes au recours au principal, il suffit, dans le cadre de la présente procédure, d'avancer, après avoir constaté, à titre provisoire, que les faits étaient exceptionnels, au point que l'article 82 CE exigeait une restriction à l'exercice par IMS Health de ses droits de propriété intellectuelle, que la Commission a pleinement tenu compte de ces droits de propriété en exerçant son pouvoir d'arrêter des mesures provisoires appropriées. Cela ressort, en particulier, de l'exigence, soulignée par la Commission lors de l'audition, du paiement par les preneurs de licence éventuels de redevances raisonnables (considérant 215 de la décision litigieuse).

84 La Commission soutient que les circonstances de l'affaire Magill ne sont pas, quant au fond, très différentes de celles qui ont été examinées dans la décision litigieuse. Ni les grilles de programmes protégées dans l'affaire Magill ni la structure modulaire actuellement en cause ne constitueraient un produit distinct: chacun serait un élément indispensable à la fourniture d'un service distinct et ne présenterait d'utilité que s'il était incorporé à ce dernier. Tout en reconnaissant, dans ses observations complémentaires, que les différences entre les services relatifs aux données de vente d'IMS et ceux de ses concurrents ne sont pas telles que ces derniers peuvent être considérés comme constitutifs de services nouveaux, comme dans l'affaire Magill, elle soutient que les circonstances exceptionnelles dont l'existence a été constatée dans cette affaire, ainsi que cela a été confirmé

dans les arrêts Tiercé Ladbroke et Bronner, précité, ne se limitent pas aux faits propres à l'affaire Magill. En conséquence, l'argument que la partie requérante tire de la portée de l'absence de deux marchés serait hors de propos.

85 La Commission soutient encore que, bien que la théorie des «infrastructures essentielles» soit fréquemment invoquée dans un contexte dans lequel une entreprise en position dominante s'efforce d'exploiter cette position sur un marché en aval, aucune condition préalable de cette nature n'est relevée dans les arrêts Magill, Tiercé Ladbroke et Bronner, précité, ni dans l'arrêt du Tribunal du 15 septembre 1998, European Night Services e.a./Commission (T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, Rec. p. II-3141). En outre, il semblerait que sa portée n'ait pas été reconnue par le Tribunal dans son arrêt du 16 décembre 1999, Micro Leader/Commission (T-198/98, Rec. p. II-3989). En tout état de cause, lorsque l'infrastructure essentielle comprend une structure protégée par des droits de propriété intellectuelle, le lien entre cette infrastructure et le marché dont la concurrence est exclue serait nécessairement très étroit; le produit vendu ou le service fourni incorpore nécessairement dans une certaine mesure l'objet protégé par le droit concerné.

86 NDC et NDC Health soutiennent que la décision litigieuse est conforme aux critères d'adoption des décisions prévoyant des mesures provisoires exposés dans la jurisprudence Camera Care. La constatation de la Commission, selon laquelle l'exercice par IMS de son droit d'auteur visant à expulser ses concurrents du marché concerné constitue, de prime abord, une exploitation abusive, relèverait des notions classiques du comportement abusif telles qu'elles sont définies dans le traité et appliquées dans des affaires telles que l'affaire Magill; à savoir, en d'autres termes, que les droits de propriété intellectuelle «n'échapperaient pas» à l'application des règles du traité en matière de concurrence. En concluant dans la décision litigieuse, au considérant 67, que le principe qui y était formulé visait des cas dans lesquels le comportement présumé abusif faisait obstacle à l'apparition d'un nouveau produit, la Commission, à l'évidence, n'appliquerait pas à mauvais escient l'arrêt Magill. De ce fait, contrairement à l'argument essentiel de la partie requérante, ni les décisions de la Commission pertinentes antérieures ni la jurisprudence n'exigeraient, à titre de condition préalable à l'application de la théorie des «infrastructures essentielles», l'existence de deux marchés contigus distincts.

87 AzyX soutient que, puisque la décision litigieuse fait ressortir à l'évidence que la structure à 1 860 modules est devenue une norme sectorielle, la «responsabilité particulière» des entreprises en position dominante de ne pas violer les règles de la concurrence (arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, Michelin/Commission, 322/81, Rec. p. 3461, point 57) justifie la conclusion selon laquelle la partie requérante a exploité abusivement sa position dominante. Les circonstances exceptionnelles faisant relever son comportement de la jurisprudence mise en œuvre dans les arrêts Volvo, CICRA et Maxicar, Magill et Micro Leader/Commission, précités, seraient constituées par son utilisation de son droit d'auteur invoqué devant les juridictions allemandes en tant que moyen d'éliminer des concurrents éventuels. AzyX soutient que l'exploitation abusive ressort, dans son propre cas, du fait que, bien qu'elle-même ait accédé au marché allemand au cours du printemps et de l'été de l'année 1999, la partie requérante n'avait cherché à invoquer son droit d'auteur contre elle qu'au moment même, en décembre 2000, où AzyX commençait à présenter une réelle menace sur le plan de la concurrence. Dans ses observations complémentaires, AzyX soutient que le moment de la réaction de la partie requérante a été soigneusement choisi: la demande et l'obtention d'une ordonnance en référé en décembre 2000 étaient destinées à paralyser AzyX en janvier 2000 alors que la plupart de ses contrats avec sa clientèle pour la nouvelle année devaient être signés.

Appréciation du juge des référés

88 Eu égard à la présomption explicite fondant la décision litigieuse, selon laquelle la structure à 1 860 modules est protégée par un droit d'auteur en Allemagne (considérant 36), présomption sur laquelle, en outre, la Commission n'a pas cherché à revenir dans ses observations dans la présente procédure, il convient de partir de la prémisse selon laquelle la partie requérante, par l'intermédiaire d'IMS Health, est titulaire d'un droit d'auteur licite portant sur cette structure. En principe, ce droit d'auteur implique le droit exclusif de reproduire la structure en fournissant des services de données concernant les ventes régionales et le droit de décider d'accorder ou non des licences à des tiers en vue de son utilisation.

89 La conclusion à laquelle la Commission aboutit dans la décision litigieuse et selon laquelle la partie requérante a, de prime abord, exploité abusivement sa position dominante sur le marché concerné en refusant de délivrer une licence portant sur son droit d'auteur relatif à la structure à 1 860 modules, ce qui, effectivement, revient à constater qu'elle a exercé ce droit d'auteur en tant qu'instrument d'exploitation abusive afin de faire obstacle à la fois à ce que ses concurrents, NDC Health et AzyX, restent présents sur ce marché et réussissent à lui faire concurrence, soulève des questions délicates quant à la portée exacte de l'article 82 CE et des propres pouvoirs de la Commission au titre de l'article 3 du règlement n° 17, qui sont définis dans la jurisprudence Camera Care. Un examen approfondi de ces questions dépasse manifestement le champ de la présente procédure relative à des mesures provisoires et il appartient exclusivement au Tribunal d'y procéder lorsqu'il sera statué dans le recours au principal (voir, en ce sens, ordonnance Magill, point 14).

90 Néanmoins, comme la Commission conteste, soutenue par les parties intervenantes, qu'un fumus boni juris à l'encontre de la validité de la décision litigieuse ait été établi, il est nécessaire d'examiner le point de savoir si la partie requérante a, en ce qui concerne son moyen essentiel dans la présente procédure, établi qu'il subsistait de graves doutes concernant la validité de cette décision.

91 Il convient d'emblée de rappeler que l'article 295 CE prévoit que le «traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres». Il s'ensuit que le juge des référés doit normalement faire preuve de prudence en examinant une décision de la Commission imposant, sous forme de mesures provisoires arrêtées dans le cadre d'une enquête en cours au titre de l'article 3 du règlement n° 17 et en se fondant sur une interprétation provisoire de l'article 82 CE, une obligation du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle reconnu et protégé par le droit national de délivrer une licence portant sur l'exercice de ce droit de propriété.

92 Dans la mesure où la partie requérante soutient, en revanche, en se référant au point 28 de l'arrêt La Cinq, que la Commission doit établir clairement l'illégalité du comportement présumé pour que l'adoption des mesures provisoires en cause

soit justifiée, il suffit de souligner qu'aucune exigence de cette nature ne découle de la version française authentique — le français étant la langue de procédure dans l'arrêt La Cinq — de ce point des motifs de l'arrêt. À la différence de la version anglaise, la version française ne limite pas les pouvoirs de la Commission visant à l'adoption de mesures provisoires aux circonstances dans lesquelles, par la voie de la décision définitive, elle pourrait sanctionner le comportement en cause.

93 Il s'ensuit que le simple fait que l'interprétation de l'article 82 CE adoptée dans la décision litigieuse semble relativement inédite n'influence pas, par lui-même, l'appréciation à effectuer au sujet de l'exigence d'un fumus boni juris. La partie requérante doit encore démontrer l'existence d'un conflit grave ou, au moins, de doutes raisonnables concernant la validité de l'appréciation provisoire par la Commission des règles de la concurrence (ordonnances Ford, point 8, et Commission/Atlantic Container Line e.a., précitée, point 26).

94 Compte tenu des arguments fondés sur l'arrêt Magill et invoqués par les parties dans cette procédure, il est nécessaire d'examiner cet arrêt en ce qui concerne le moyen invoqué par les entreprises de télédiffusion, parties requérantes, et selon lequel le Tribunal avait appliqué à mauvais escient la notion d'exploitation abusive d'une position dominante. Dans ses arrêts RTE et ITP (respectivement points 71 et 56), ce dernier, tout en reconnaissant qu'il était constant que l'objet spécifique d'un droit d'auteur donnait droit à son titulaire de se réserver le droit exclusif de reproduire l'œuvre protégée et que cette exclusivité n'était pas en elle-même abusive, a jugé qu'il y avait risque de constitution d'un abus «lorsqu'il apparaît, vu des circonstances propres à chaque cas d'espèce, que les conditions et modalités d'exercice du droit exclusif [...] poursuivent, en réalité, un but manifestement contraire aux objectifs de l'article [82 CE]».

95 En statuant dans l'arrêt Magill, la Cour a rejeté d'emblée la thèse selon laquelle l'exercice d'un droit d'auteur national «serait soustrait à toute appréciation au regard de l'article [82 CE]», avant de confirmer, en se fondant sur l'arrêt Volvo, précité, «qu'un refus de licence, alors même qu'il serait le fait d'une entreprise en

position dominante, ne saurait constituer en lui-même un abus de celle-ci» (points 48 et 49). Elle a ensuite reconnu que «l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif» (point 50). En ce qui concerne l'existence de ces «circonstances exceptionnelles», en se fondant sur les constatations de fait du Tribunal, la Cour de justice a confirmé l'existence de trois séries de circonstances exceptionnelles (points 52 à 56).

96 En premier lieu, la Cour a confirmé, au point 52 de l'arrêt Magill, en évoquant respectivement le point 62 de l'arrêt RTE et le point 48 de l'arrêt ITP, l'existence d'un marché distinct pour la fourniture de guides complets hebdomadaires de télévision, dissocié de celui des guides hebdomadaires séparés déjà réalisés notamment par chacune des parties requérantes au pourvoi. Elle a ensuite constaté que les entreprises de télédiffusion étaient, «par la force des choses, les seules sources de l'information brute sur la programmation, matière première indispensable pour créer un guide hebdomadaire de télévision» (point 53) et que leur refus de fournir cette information «en invoquant les dispositions nationales sur le droit d'auteur a donc fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, un guide hebdomadaire complet des programmes de télévision que les requérants n'offraient pas, et pour lequel il existait une demande potentielle de la part des consommateurs» (point 54). Elle a conclu qu'un refus de cette nature constituait une exploitation abusive au titre de l'article 82, paragraphe 2, sous b), CE.

97 En deuxième lieu, elle a confirmé la constatation selon laquelle «ce refus n'était justifié ni par l'activité de radiodiffusion télévisuelle ni par celle d'édition de magazines de télévision (arrêts RTE, point 73, et ITP, point 58)» (point 55 de l'arrêt Magill).

98 En troisième lieu, la Cour a entériné la constatation du Tribunal selon laquelle le comportement des entreprises de radiotélédiffusion avait pour effet de leur réserver le marché secondaire des guides hebdomadaires de télévision en excluant toute concurrence sur ce marché, par le refus d'«accès à l'information de base qui est la matière première indispensable pour la constitution d'un tel guide» (point 56 de l'arrêt Magill).

99 Elle a ensuite conclu que, «[é]tant donné l'ensemble de ces circonstances, le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en qualifiant le comportement des requérantes d'abus de position dominante au sens de l'article [82 CE]» (point 57 de l'arrêt Magill).

100 Il ressort clairement de l'arrêt Magill qu'il existe plusieurs différences pouvant être sensibles entre les circonstances de cette affaire et celles qui fondent la décision litigieuse, dont l'existence, mais non leur importance, n'a pas été sérieusement contestée par la Commission. La décision litigieuse semble être axée sur une interprétation non cumulative des conditions assimilées à des «circonstances exceptionnelles» dans l'affaire Magill. La Commission fait valoir que l'exercice d'un droit d'auteur peut être assimilable à une exploitation abusive, «même en l'absence de tout autre comportement abusif, lorsqu'il fait, entre autres, obstacle à l'apparition d'un nouveau produit» (considérant 67 de la décision litigieuse). Les conditions auxquelles la Cour fait allusion dans l'arrêt Magill, au point 54, ne sont pas considérées par la Commission comme indispensables, en principe, pour qu'il existe des «circonstances exceptionnelles».

101 Dans la présente procédure, au lieu de chercher à faire obstacle à l'apparition d'un produit nouveau sur un marché distinct, le refus de la partie requérante de délivrer une licence portant sur un droit d'auteur à NDC et à AzyX semble, à première vue, être destiné à faire obstacle à ce que ces dernières fournissent des services de données sur les ventes régionales fondés sur des données qu'il est aisé de se procurer, fournies sur le même marché et aux mêmes clients potentiels et ne différant que sur des points de détail des services offerts par la partie requérante. Le point capital dans la décision litigieuse est la constatation selon laquelle les laboratoires pharmaceutiques ciblés semblent avoir besoin de la présentation des données en cause dans le format de la structure à 1 860 modules mis au point par la partie requérante. La Commission conclut donc provisoirement que, en l'absence d'accès à cette structure, les concurrents de la partie requérante ne peuvent lui faire concurrence sur le marché concerné. Pour l'essentiel, il semble ressortir de l'analyse de la Commission que le fait de faire obstacle, en refusant de délivrer une licence portant sur un droit de propriété intellectuelle, à l'apparition de nouveaux concurrents tenant à offrir, tout au plus, de nouvelles variantes du même service sur le même marché que celui de l'entreprise en position dominante

risque d'être assimilable à une exploitation abusive lorsque ces concurrents ne peuvent par ailleurs accéder au marché en cause, parce que l'œuvre protégée constitue une norme sectorielle de fait.

102 La conclusion provisoire de la Commission, selon laquelle le fait de faire obstacle à l'apparition d'un nouveau produit ou service pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs ne constitue pas un aspect indispensable de la notion de «circonstances exceptionnelles» définie par la Cour dans son arrêt Magill constitue à première vue une interprétation élargie de cette notion. Par conséquent, ce n'est qu'en statuant au principal que le conflit sérieux concernant le bien-fondé de cette interprétation peut être résolu.

103 Néanmoins, dans la décision litigieuse, la Commission cherche à concilier cette interprétation apparemment extensive avec la notion de «circonstances exceptionnelles» définie dans l'arrêt Magill en se référant à une jurisprudence ultérieure et, en particulier, à l'arrêt Bronner, précité. Selon elle, un refus de vente par une entreprise en position dominante est abusif, même s'il concerne le refus de délivrer une licence portant sur un droit d'auteur, étant entendu que les conditions suivantes doivent être réunies (considérant 70 de la décision litigieuse):

«— le refus d'accorder l'accès à l'infrastructure en cause est de nature à éliminer toute la concurrence sur le marché en cause;

— ce refus ne peut être objectivement justifié et

— l'infrastructure en elle-même est indispensable à l'exercice de l'activité, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel à celle-ci».

104 Dans l'arrêt Bronner, précité (point 40), la Cour rappelle, au titre des «circonstances exceptionnelles» «constatées» dans l'arrêt Magill, chacune des constatations du Tribunal qu'elle a entérinées aux points 53 à 56 de l'arrêt Magill (voir les points 96 à 98 ci-dessus). Dans l'arrêt Bronner, précité, la Cour fait observer ensuite que l'affaire Magill concernait «l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle» (point 41). Ce serait sortir du champ du contrôle possible dans la présente procédure que de déterminer le point de savoir si ces extraits de l'arrêt Bronner, ainsi que le point 131 de l'arrêt Tiercé Ladbroke, étayent la conclusion à laquelle la Commission a abouti de prime abord dans la décision litigieuse. Bien que l'interprétation de la Commission puisse être correcte, l'existence de motifs raisonnables de conclure que les «circonstances exceptionnelles» envisagées par la Cour dans l'arrêt Magill, et rappelées par elle dans l'arrêt Bronner, précité, sont cumulatives ne saurait être exclue.

105 L'allégation de la partie requérante, tenant compte des théories économiques dominantes étayant la théorie des «infrastructures essentielles», selon laquelle le refus de l'entreprise en position dominante de délivrer une licence, refus contesté, doit faire obstacle à l'apparition d'un nouveau produit sur un marché distinct de celui sur lequel l'entreprise en cause est dominante, soulève une question juridique importante qui justifie un examen approfondi par le Tribunal dans le recours au principal. Cette interprétation de l'arrêt Magill est vraisemblablement étayée par une grande partie de la jurisprudence évoquée par IMS (voir, en particulier, point 80 ci-dessus). L'avocat général M. Jacobs semble également lui faire écho lorsqu'il conclut, sous l'arrêt Bronner, précité, que l'arrêt Magill «peut [...] s'expliquer par les circonstances particulières de cette affaire, qui ont fait pencher la balance en faveur de l'obligation de consentir une licence» (Rec. p. II-7794, point 63).

106 En conséquence, étant donné qu'il existe, à tout le moins, un différend sérieux concernant le bien-fondé de la conclusion juridique essentielle étayant la décision litigieuse, selon laquelle il existe en l'espèce des «circonstances exceptionnelles» pouvant justifier le fait d'imposer une obligation de délivrance d'une licence, la partie requérante, à l'évidence, fait valoir un argument justifiant à première vue la demande de mesures provisoires. En effet, même s'il était nécessaire, nonobstant les constatations formulées en particulier aux points 68 et 73 ci-dessus, qu'une partie requérante dans une procédure telle que celle de l'espèce démontre

l'existence d'un fumus boni juris particulièrement convaincant, la partie requérante doit être regardée comme ayant rempli cette condition en ce qui concerne son moyen essentiel. Il est par conséquent nécessaire d'examiner le point de savoir si la condition tenant à l'urgence est remplie.

*Sur l'urgence*

Arguments des parties

107 La partie requérante soutient, en premier lieu, que son droit de propriété intellectuelle sur la structure à 1 860 modules est un aspect essentiel de sa compétitivité et joue un rôle fondamental en distinguant son service de fourniture de données sur les ventes régionales de ceux qui sont fournis par ses concurrents. Si elle était contrainte de partager son droit d'auteur, son service, laborieusement mis au point au fil de nombreuses années, serait dévalorisé en devenant une offre générique ne se distinguant pas des services concurrents. Évoquant l'ordonnance du président du Tribunal du 3 juin 1996, Bayer/Commission (T-41/96 R, Rec. p. II-381, ci-après l'«ordonnance Bayer», point 54), elle soutient que, comme dans cette ordonnance, en l'espèce, la liberté d'IMS Health de définir un élément essentiel de sa politique commerciale serait compromise du fait de l'exécution de la décision litigieuse. Dans ses observations complémentaires, elle observe que la valeur économique et commerciale d'un avantage unique, une fois perdu du fait de sa transformation en «marchandise», ne peut jamais être rétablie. Elle souligne encore que le risque, si elle était obligée de délivrer des licences à NDC Health et à AzyX, que ces dernières utilisent la période qui s'écoulerait avant qu'il ne soit statué dans le recours au principal pour chercher à persuader la clientèle acquise de se tourner vers l'utilisation de structures modulaires ne portant pas atteinte à son droit d'auteur sur la structure à 1 860 modules est réel. Ce risque serait aggravé par le fait que deux de ses concurrents ont fait valoir à des stades différents que certaines de leurs structures modulaires ne sont pas constitutives d'une atteinte à ce droit d'auteur.

108 En deuxième lieu, la partie requérante fait valoir que l'exécution de la décision litigieuse entraînera des évolutions sur le marché très difficilement réversibles, voire irréversibles (ordonnance Atlantic Container Line e.a./Commission, précitée, point 55). Selon la partie requérante, la valeur économique pour elle de la clientèle perdue en faveur de ses concurrents à la suite de la décision de lui imposer la délivrance obligatoire de licences serait irrécupérable. Cette clientèle ne reconnaîtrait plus le fondement intellectuel et créatif de son service. La partie requérante rencontrerait des difficultés insurmontables pour la convaincre que son droit d'auteur est valide et serait incapable commercialement de relever à nouveau ses prix dans une mesure proportionnée à la jouissance d'un droit exclusif. Ainsi que cela a été reconnu dans l'ordonnance Magill (points 16 et 18), cette clientèle s'accoutumerait probablement à la possibilité de recourir à des offres de service provenant de diverses sources et hésiterait à revenir à une situation dans laquelle IMS Health est seule capable de fournir le service concerné. Dans ses observations complémentaires, la partie requérante fait valoir que la méconnaissance par la Commission de ce risque montre son ignorance de la réalité de la vie des affaires: il a été sursis jusqu'ici à l'exécution de toute décision, y compris des décisions définitives et non seulement des décisions provisoires, qui menaçaient d'entraîner des changements durables ou de grande portée sur le marché (ordonnances Ford, Magill, Atlantic Container Line e.a./ Commission, précitée, et Bayer).

109 En troisième lieu, la partie requérante soutient que les pertes financières directes qu'elle a déjà subies à la suite de l'atteinte par NDC Health et AzyX à son droit d'auteur sont déjà très importantes. Elle a soutenu lors de l'audition qu'elle a déjà perdu [...] de ses [...] clients abonnés en faveur de NDC Health et de AzyX, clients dont [...] ont changé de fournisseurs depuis le 9 mars 2001 lorsque la CG a été établie. Elle estime sa perte totale de recettes en ce qui concerne ces clients à [...] se fondant sur les tarifs d'abonnement applicables en 2000. En outre, [...] d'autres clients n'auraient pas encore reconduit les contrats devant expirer à la fin de l'année, bien qu'il eût été normal qu'ils l'aient déjà fait. Puisque NDC Health et AzyX sont les deux seules autres entreprises exerçant des activités sur le marché, il est permis de supposer que la plupart de ces clients, sinon tous, se tourneront vers ces entreprises s'il n'est pas sursis à l'exécution de la décision litigieuse. Dans cette dernière hypothèse, le total des pertes supplémentaires pour IMS Health s'élèverait à [...] euros par année en fonction des taux actuels d'abonnement. De ce fait, les pertes quantifiables générales d'IMS Health en Allemagne pour 2002 s'élèveraient à [...] euros. En se référant à l'ordonnance NCC, la partie requérante

soutient qu'un engagement concernant des dommages-intérêts ou toute autre garantie financière (telle qu'une garantie bancaire) serait particulièrement bienvenu dans cette affaire, les faits étant des plus contestés et l'appréciation par la Commission semblant contredire les principes traditionnels du droit communautaire. Néanmoins, une telle mesure ne ferait pas disparaître le risque très grave de pertes non quantifiables à prévoir, s'il ne devait pas être sursis à l'exécution de la décision litigieuse.

110 La Commission conteste que la partie requérante ait établi l'existence d'un risque de dommage grave et irréparable. En ce qui concerne les pertes financières prétendues qui risquent d'être subies par IMS, en évoquant notamment l'ordonnance du président de la Cour du 18 octobre 1991, Abertal/Commission (C-213/91 R, Rec. p. I-5109, point 24), elle rappelle que les pertes financières n'ont pas à être, en principe, considérées comme irréparables. Il ne serait pas question, compte tenu de la position quasi monopolistique de la partie requérante sur le marché allemand, que sa survie soit compromise du fait de l'exécution de la décision litigieuse (ordonnance du président de la Cour du 23 mai 1990, Comos-Tank et Matex Nederland/Commission, C-51/90 R et C-59/90 R, Rec. p. I-2167, points 30 et 31, et ordonnance du président du Tribunal du 21 décembre 1994, Laakmann Karton/Commission, T-301/94 R, Rec. p. II-1279, points 23 et suivants). La part de marché d'IMS Health ne s'effondrerait pas non plus si des licences sont délivrées à ses concurrents, en particulier parce qu'ils seront soumis à une contrainte concurrentielle, à savoir l'obligation de verser des redevances. En tout état de cause, les pertes financières éventuelles redoutées par la requérante ne sont pas démontrées et constituent un «scénario du pire» invraisemblable. En ce qui concerne l'évaluation rectifiée de ces pertes exposée par IMS lors de l'audition, la Commission soutient qu'elles seront marginales au motif que la grande majorité des clients à l'origine de ces recettes restera fidèle à IMS et, dans cette évaluation, cette dernière négligerait l'importance de l'obligation des preneurs de licence potentiels de lui verser des redevances. L'avantage tenant à cette obligation serait d'un montant égal au double du montant des redevances versées, puisque les redevances accroîtraient les recettes d'IMS Health tout en réduisant proportionnellement celles des preneurs de licences.

111 En outre, la Commission soutient que l'exclusion de pertes financières n'est pas subordonnée à la possibilité de leur récupération. Si la décision litigieuse était

annulée, il serait loisible à la partie requérante de récupérer ces pertes auprès de NDC et de AzyX. En ce qui concerne l'allégation selon laquelle il aurait fallu prévoir dans la décision litigieuse un engagement auquel les preneurs de licence potentiels auraient souscrit, la Commission soutient que la fixation d'une condition de cette nature ne devrait être que très exceptionnelle. Les circonstances de l'espèce diffèrent de celles de l'affaire ayant donné lieu à l'ordonnance NCC, la seule affaire à ce jour dans laquelle une telle condition a été imposée. Néanmoins, elle n'aurait rien à redire à une disposition contractuelle contenue dans des accords de licence entre IMS Health et ses concurrents prévoyant l'existence d'une telle garantie. Lors de l'audition, elle a ajouté qu'elle accepterait une mesure de protection imposée par le juge des référés en ce qui concerne le dépôt d'une telle garantie, étant entendu que son montant devrait être raisonnable.

112 En ce qui concerne l'ingérence prétendue dans l'autonomie commerciale d'IMS, la Commission soutient que certains effets à cet égard sont inhérents à l'adoption de toute mesure conservatoire intérimaire. La question capitale dans la présente procédure concernerait le point de savoir si les dommages consécutifs excèdent considérablement ou non les inconvénients intrinsèques mais temporaires tenant à l'adoption de ce type de mesures provisoires. La partie requérante n'aurait pas établi que la dévalorisation de son droit, qu'elle risquerait de subir à la suite de l'obligation de partager, en contrepartie d'une redevance raisonnable, la structure à 1 860 modules avec ses concurrents, pèserait davantage que ces inconvénients intrinsèques. La délivrance des licences en cause ne restreindrait pas l'indépendance d'IMS Health dans sa définition de sa politique commerciale: elle n'affecterait ni sa liberté de fixer ses prix ni, étant donné l'ampleur de sa domination sur le marché concerné, sa capacité d'arrêter une politique commerciale afin de répondre au défi de la concurrence.

113 De l'avis de la Commission, la décision litigieuse n'entraînera aucun effet nouveau important et durable sur le marché. En premier lieu, à l'évidence, l'article 1^er^ de la décision, lu dans le contexte de la motivation exposée dans les considérants, ne concernerait que NDC et AzyX. De ce fait, la partie requérante ne serait pas empêchée de faire respecter son droit d'auteur en cas d'annulation de la décision dans le recours au principal. En deuxième lieu, les circonstances propres à la présente affaire diffèrent de celles qui auraient été examinées dans l'ordonnance Bayer, les ordonnances du président du Tribunal du 19 février

1993, Langnese-Iglo et Schöller/Commission (T-7/93 R et T-9/93 R, Rec. p. II-131), et du 7 juillet 1998, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98 R, Rec. p. II-2641), dans lesquelles les destinataires des décisions attaquées ont été obligés de modifier leurs relations contractuelles avec un grand nombre de grossistes et de détaillants. La présente procédure n'est pas non plus comparable avec l'affaire ayant donné lieu à l'ordonnance Atlantic Container Line e.a./ Commission, précitée, dans laquelle l'application immédiate de la décision attaquée à un secteur déjà en situation de fragilité aurait été considérée comme risquant d'entraîner, notamment, un effondrement des prix et la disparition de certaines entreprises.

114 NDC et NDC Health soutiennent que la partie requérante cherche en fait à faire valoir, dans la présente procédure, qu'IMS Health subirait un préjudice grave si elle était tenue provisoirement et en contrepartie de redevances, de délivrer une licence portant sur l'exercice d'un droit d'auteur utilitaire portant sur une norme sectorielle. Elles soutiennent que la crainte de dévalorisation de la propriété intellectuelle de la partie requérante ayant pour objet la structure à 1 860 modules, du fait de sa transformation en «offre générique», n'est pas convaincante; la protection du droit d'auteur d'IMS Health n'est que de création récente en Allemagne et la partie requérante n'a pas expliqué pourquoi son droit serait dévalorisé en Allemagne si elle agissait dans ce pays, en contrepartie d'une redevance, comme elle a déjà accepté de le faire au Royaume-Uni en ce qui concerne un droit de propriété comparable sans la contrepartie d'une redevance. En outre, comme il serait aisé de se procurer les données en cause, l'exécution de la décision litigieuse n'entraînerait pas, à la différence de celle examinée dans le cadre de l'ordonnance du président du Tribunal du 1er décembre 1994, Postbank/ Commission (T-353/94 R, Rec. p. II-1141), le risque de la publication de données secrètes. En ce qui concerne la possibilité d'imposer une garantie bancaire, NDC et NDC Health ont exprimé des doutes quant à sa nécessité lors de l'audition puisqu'IMS ne subirait aucune perte financière irréparable. En outre, IMS pourrait utiliser la nécessité d'aboutir à un accord sur les clauses de garantie de cette nature comme moyen de retarder la délivrance de licences prévue dans la décision litigieuse. Ce qui ferait la différence avec les pertes banales qui risqueraient d'être causées à la partie requérante, c'est que NDC Health ne pourrait faire concurrence à IMS Health sans être en mesure d'utiliser la structure à 1 860 modules. Dans leurs observations complémentaires, elles soutiennent que les éléments de preuve émanant du secteur pharmaceutique sont irréfutables; les laboratoires pharmaceutiques doivent recevoir des données sur les ventes

régionales dans le «format 1 860». En tout état de cause, la structure à 3 942 modules de NDC ne serait pas une solution viable pouvant remplacer la structure à 1 860 modules d'IMS Health, puisque la portée de l'ordonnance de référé arrêtée contre NDC Health, dans la mesure où elle concerne les structures «dérivées», serait obscure et non clarifiée, ainsi que la Commission l'a souligné dans la décision litigieuse (considérant 143), pendant une nouvelle période de trois ans.

115 AzyX soutient que, dans la décision litigieuse, la Commission a constaté à juste titre qu'elle subirait un préjudice grave et irréparable si les mesures provisoires prévues par cette décision n'étaient pas exécutées. En raison de l'importance pour le groupe AzyX des recettes en provenance du marché allemand, sa survie financière serait mise en péril à très bref délai s'il était sursis à l'exécution des mesures provisoires prescrites par la Commission. Si la structure à 1 860 modules constitue de fait, nonobstant le refus d'IMS de le reconnaître, une infrastructure essentielle, le dommage causé à la partie requérante à la suite de l'obligation de délivrer une licence portant sur cette structure serait purement provisoire si la décision litigieuse était annulée dans le recours au principal. Si elle n'était cependant pas indispensable, toute perte irréparable de clientèle sera imputable, selon AzyX, à d'autres circonstances concurrentielles et non à la décision litigieuse.

Appréciation du juge des référés

116 L'urgence d'une demande de mesures provisoires doit être appréciée compte tenu de la nécessité de statuer provisoirement afin d'éviter qu'un préjudice grave et irréparable ne soit causé à la partie qui sollicite des mesures provisoires [ordonnance SCK et FNK/Commission, précitée, point 30; ordonnances du président de la Cour du 18 novembre 1999, Pfizer Animal Health/Conseil, C-329/99 P(R), Rec. p. I-8343, point 94, et du 11 avril 2001, Commission/Cambridge Healthcare Supplies, C-471/00 P(R), Rec. p. I-2865, point 107, ci-après l'«ordonnance Cambridge»]. Il incombe à la partie qui invoque un dommage grave et irréparable d'en prouver l'existence (ordonnance du président

de la Cour du 12 octobre 2000, Grèce/Commission, C-278/00 R, Rec. p. I-8787, point 14, et ordonnance du président du Tribunal du 28 mai 2001, Poste Italiane/Commission, T-53/01 R, Rec. p. II-1479, point 110). Il suffit que le préjudice, en particulier dans le cas où il est imputable à la survenance de plusieurs facteurs, soit prévisible avec un degré de probabilité suffisant [ordonnance du président de la Cour du 14 décembre 1999, HFB e.a./Commission, C-335/99 P(R), Rec. p. I-8705, point 67; ordonnance Cambridge, point 108, et ordonnance du président du Tribunal du 8 décembre 2000, BP Nederland e.a./Commission, T-237/99 R, Rec. p. II-3849, point 49].

117 Néanmoins, une appréciation des facteurs pouvant justifier le sursis à l'exécution d'une mesure, telle que la décision litigieuse, en raison du préjudice qu'elle entraînera probablement, doit tenir compte du fait qu'elle est, en elle-même, une mesure provisoire arrêtée par la Commission au cours d'une enquête qui n'a pas encore été close (ordonnance Ford, point 11). Il convient donc d'examiner le point de savoir s'il existe ou non un risque grave que les effets préjudiciables de la décision litigieuse ne dépassent, si elle est mise en œuvre immédiatement, les effets d'une mesure conservatoire et, entre-temps, entraîne un préjudice dépassant considérablement les inconvénients inévitables, mais de courte durée, découlant d'une telle mesure provisoire (ordonnances Ford et Peugeot, respectivement point 14 et point 24).

118 Avec le soutien des parties intervenantes, la Commission nie la gravité des pertes que la partie requérante subira probablement. Elles constitueraient le scénario du pire et méconnaîtraient l'importance financière des versements de redevances dont bénéficierait la partie requérante. Néanmoins, la partie requérante a présenté ce qui semble à première vue constituer la preuve convaincante que ses pertes directes risquent de s'élever pour cette année à [...] euros et déclaré qu'elles pourraient très facilement atteindre [...] euros en 2002. Bien que la décision litigieuse ne contienne aucune information concernant soit le chiffre d'affaires soit les recettes d'IMS Health, Azyx fait valoir, sans être contredite par la partie requérante sur ce point, que les recettes d'IMS Health en Allemagne en ce qui concerne son service de données sur les ventes régionales s'élèvent annuellement à environ 25 millions d'euros. Compte tenu de l'ensemble de ces circonstances, il n'est pas à exclure que des pertes de l'ordre de [...] à [...] euros par an pour IMS Health risqueraient, nonobstant son appartenance à un groupe d'entreprises de la taille d'IMS, d'être très graves.

119 Néanmoins, il a été constamment jugé qu'un préjudice d'un caractère purement financier ne peut être considéré, sauf dans des circonstances exceptionnelles, comme irréparable, ou même comme difficilement réparable, dès lors qu'il peut faire l'objet d'une compensation financière ultérieure (ordonnances Abertal/Commission, précitée, point 24, et Cambridge, point 113; ordonnances du président du Tribunal du 1er octobre 1997, Comafrica et Dole Fresh Fruit Europe/Commission, T-230/97 R, Rec. p. II-1589, point 32, et du 15 juin 2001, Bactria/Commission, T-339/00 R, Rec. p. II-1721, point 94). Cette jurisprudence est fondée sur la prémisse qu'un préjudice de caractère financier qui ne disparaît pas du fait de l'exécution de l'arrêt au principal constitue une perte économique susceptible d'être compensée en utilisant les voies de recours prévues par le traité, en particulier par les articles 235 CE et 288 CE (ordonnance Comafrica et Dole Fresh Fruit Europe/Commission, précitée, point 38, et arrêt du Tribunal du 20 juillet 2000, Esedra/Commission, T-169/00 R, Rec. p. II-2951, point 47). Toutefois, en l'espèce, les moyens de réparation envisagés par la Commission dans ses observations, en cas d'annulation de la décision litigieuse, consisteraient pour la partie requérante en une demande de réparation (vraisemblablement sous forme de dommages et intérêts pour atteinte à son droit d'auteur) devant les juridictions allemandes. À l'évidence, il n'est ni possible ni en réalité approprié que le juge des référés réfléchisse sur la probabilité qu'IMS obtienne une réparation suffisante devant les juridictions nationales. Il n'est pas exclu, par exemple, que le fait même de délivrer des licences en application de la décision litigieuse en faveur de NDC Health et AzyX puisse, même en cas d'annulation ultérieure de la décision litigieuse, entraîner des conséquences négatives sur l'étendue d'éventuelles voies de recours qui seraient ouvertes à IMS Health.

120 En outre, eu égard au large pouvoir d'appréciation dont disposait la Commission pour se prononcer sur le point de savoir s'il était ou non opportun d'arrêter des mesures provisoires, telles que la mesure litigieuse, il semblerait à première vue improbable que la partie requérante obtienne gain de cause dans le cadre d'une action en dommages et intérêts, quelle qu'elle soit, engagée contre la Commission. En d'autres termes, il est improbable que les motifs pour lesquels la décision pourrait en fin de compte être annulée dans le recours au principal suffisent à constituer une violation grave du droit communautaire telle qu'IMS pourrait vraisemblablement faire valoir que la Commission a méconnu manifestement et gravement les limites de son pouvoir d'appréciation (voir arrêt de la Cour du 4 juillet 2000, Bergaderm et Goupil/Commission, C-352/98 P, Rec. p. I-5291,

points 41 à 44, et arrêt du Tribunal du 12 juillet 2001, Comafrica et Dole Fresh Fruit Europe/Commission, T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 et T-225/99, Rec. p. II-1975, point 134).

121 Néanmoins, même s'il est impossible d'exclure le risque qu'IMS Health soit incapable de recouvrer les pertes financières qu'elle risque de subir à la suite de la décision litigieuse, des mesures provisoires ne sont généralement pas accordées en ce qui concerne le préjudice financier à moins que la partie requérante ne soit en mesure de faire valoir des éléments de preuve qui justifieraient une constatation, à première vue, selon laquelle, en l'absence des mesures provisoires demandées, les pertes présumées seraient de nature à menacer sa survie. Dans la présente procédure, la partie requérante n'a pas contesté la constatation de la Commission, faite au considérant 3 de la décision litigieuse, dont il ressort qu'IMS exerce ses activités dans 100 pays et que son chiffre d'affaires s'est élevé en l'an 2000 à 1,4 milliard de dollars des États-Unis (USD). Bien que ce soit IMS Health qui, conformément aux déclarations de M. Sian, subira les pertes redoutées en cause, il est aussi acceptable qu'approprié, puisque le destinataire de la décision et la partie requérante tant dans le recours au principal que dans la présente procédure est IMS, d'examiner les effets potentiels de ces pertes sur cette dernière en tant qu'ensemble (ordonnance de la Cour du 7 mars 1995, Transacciones Marítimas e.a./Commission, C-12/95 P, Rec. p. I-467, point 12; ordonnances du président du Tribunal du 10 décembre 1997, Camar/Commission et Conseil, T-260/97 R, Rec. p. II-2357, point 50; du 30 juin 1999, Pfizer Animal Health/Conseil, T-13/99, Rec. p. II-1961, point 155, confirmée sur pourvoi par l'ordonnance du 18 novembre 1999, Pfizer Animal Health/Conseil, précitée, point 67, et ordonnance du président du Tribunal du 2 août 2001, Saxonia Edelmetalle/Commission, T-111/01 R, Rec. p. II-2335, point 27). Compte tenu de la puissance financière d'IMS et de l'allégement des pertes d'IMS Health du fait de la perception de redevances, la conclusion de la Commission dans la décision litigieuse selon laquelle, à tout le moins avant qu'il ne soit statué dans le recours au principal, il est improbable que les pertes financières qui seraient subies menaceraient sa survie sur le marché concerné, semblerait fondée. Il s'ensuit qu'un tel préjudice ne peut par lui-même suffire à justifier la demande de mesures provisoires.

122 En outre, la Commission a indiqué qu'elle ne ferait pas obstacle à ce que la partie requérante cherche à incorporer une clause de garantie financière dans les

conditions de licence qu'elle négocie avec NDC et Azyx. L'incorporation de clauses de garantie bancaire appropriées dans les clauses définitives de la licence imposées par la Commission, conformément à l'article 2 de la décision litigieuse, allégerait davantage encore le risque de survenance d'un préjudice financier irréparable.

123 Il est par conséquent nécessaire d'examiner le point de savoir si, ainsi que la partie requérante le fait valoir, il existe un réel risque que les effets préjudiciables de l'exécution de la décision litigieuse sur la structure de la concurrence sur le marché concerné et, en particulier, sur la valeur du droit d'auteur de la partie requérante portant sur la structure à 1 860 modules lui causent un préjudice, qui pourrait être grave et irréparable.

124 Il importe de souligner que, dans la décision litigieuse, la Commission ne cherche pas à mettre en cause la reconnaissance par le Landgericht Frankfurt du droit d'auteur de la partie requérante (dont elle est titulaire par l'intermédiaire d'IMS Health) sur la structure à 1 860 modules (considérants 36 et 211). Dans la mesure où NDC et NDC Health cherchent à qualifier ce droit d'auteur d'utilitaire, elles invoquent des moyens dépassant le champ de la décision litigieuse et ne sont donc pas en mesure d'étayer les arguments de la Commission en faveur du rejet de la présente demande de mesures provisoires en ce qui concerne cette décision. Le Landgericht Frankfurt ayant reconnu que la création sur laquelle la structure à 1 860 modules repose mérite d'être protégée au titre du droit d'auteur, la partie requérante a de justes motifs d'invoquer le risque réel de dévalorisation de son droit d'auteur.

125 La raison d'être fondamentale du droit d'auteur est de conférer au créateur d'œuvres inventives et originales le droit exclusif d'exploiter ces œuvres (arrêt de la Cour du 17 mai 1988, Warner Brothers et Metronome Video, 158/86, Rec. p. 2605, point 13), en veillant de ce fait à l'existence d'une «contrepartie de l'effort créatif» (arrêt RTE, point 71, et arrêt ITP, point 56). Le droit d'auteur revêt une importance fondamentale tant pour le titulaire particulier du droit que pour la société en général (conclusions de l'avocat général M. Gulmann sous

l'arrêt Magill, Rec. p. I-747, point 11). Réduire ce droit à un droit purement économique de percevoir des redevances édulcore l'essence de ce droit et est, en principe, de nature à entraîner un préjudice potentiellement grave et irréparable au titulaire du droit.

126 Avec le soutien des parties intervenantes, la Commission cherche à justifier la nécessité d'édulcorer ce droit dans la présente affaire en faisant valoir que le préjudice qui en découle pour la requérante sera temporaire, si elle obtient gain de cause dans le recours au principal, et reste dans les limites des effets inhérents aux mesures conservatoires. En d'autres termes, IMS Health retrouvera automatiquement la totalité de sa clientèle lors du rétablissement de son droit exclusif, puisque le caractère essentiel, de facto, de la structure modulaire obligera dès lors, à nouveau, cette clientèle à traiter avec elle.

127 Le caractère prétendument purement provisoire de l'atteinte grave à l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle de la partie requérante ne suffit pas par lui-même à atténuer le risque réel d'un préjudice grave et irréparable causé aux intérêts de la partie requérante.

128 En premier lieu, il existe un risque évident que les clients actuels d'IMS Health, dont un grand nombre sont de grands laboratoires pharmaceutiques ou des entreprises qui font partie de groupes multinationaux économiquement puissants, ne soient pas disposés, s'il leur est loisible de choisir entre des fournisseurs concurrents de services de données sur les ventes régionales fondés sur la structure à 1 860 modules sur une période de deux ou trois ans, à accepter volontiers un retour obligé à un service unique offert à un prix plus élevé par un fournisseur de services en situation de monopole. En deuxième lieu, le mécontentement de la clientèle d'IMS Health sera aggravé si, comme le juge des référés en a été informé par les parties intervenantes lors de l'audition, les modalités des services relatifs aux données de ventes proposées par elles, bien que nécessairement fondées sur la structure à 1 860 modules, diffèrent considérablement de celles qui sont proposées par la partie requérante. Il n'est donc pas à exclure qu'un tel mécontentement s'exprime dans une volonté de consacrer les frais nécessaires

pour pouvoir accepter des données de ventes dans un format non compatible avec celui de la structure à 1 860 modules, de manière à éviter un retour à la situation dans laquelle la partie requérante occupe une position quasi monopolistique sur le marché concerné. C'est là une observation d'autant plus fondée qu'un grand nombre des clients en cause semblent, ainsi que la Commission l'a fait valoir dans la décision litigieuse (considérants 75 à 84), avoir joué un rôle important, dans le cadre du RPM Arbeitskreis (groupe de travail), dans la mise au point de la structure à 1 860 modules. Le simple fait qu'une partie d'entre eux ne semble pas avoir été disposée, comme le soutient AzyX, à la conférence organisée par elle à Francfort-sur-le-Main le 15 mars 2001, au cours d'une réunion de quatre heures et demie, à envisager le passage à un format différent n'exclut pas un changement de leur attitude si la décision litigieuse — dont ils ont décidé de soutenir, au cours de cette réunion, l'adoption prévue — devait être ultérieurement annulée.

129 En conséquence, il doit être constaté qu'il existe, en fait, des motifs sérieux de croire qu'un grand nombre des évolutions du marché, que l'exécution immédiate de la décision entraînerait probablement, serait ultérieurement très difficilement réversible, voire irréversible, s'il était fait droit à la requête dans le recours au principal (ordonnance Van den Bergh Foods/Commission, précitée, point 66).

130 En outre, il n'est pas à exclure que l'exécution de la décision litigieuse restreigne la liberté de la partie requérante de définir sa politique commerciale (ordonnance Bayer, point 54). Il ressort clairement des observations présentées dans la présente affaire que la partie requérante ne pourrait, en cas d'exécution de la décision, continuer à appliquer la même politique commerciale, sur un marché sur lequel ses concurrents sont en droit légalement, avec pour seule réserve l'obligation de verser des redevances, de lui faire librement concurrence, que celle qu'elle a jusqu'ici appliquée. Lors de l'adoption de la décision litigieuse, tant NDC Health que AzyX fournissaient des services en se fondant soit sur la structure à 1 860 modules et, de ce fait, selon toute probabilité, en portant atteinte au droit d'auteur de la partie requérante, soit sur quelques autres structures modulaires similaires, qui ont pu, ou non, constituer des «dérivés» illicites de cette structure (et, en ce qui les concerne, un climat d'insécurité juridique a prévalu). Le fait d'obliger la partie requérante à délivrer des licences à NDC Health et à AzyX modifiera à l'évidence ces conditions prévalant sur le marché. Le simple fait, ainsi que la Commission le fait observer, que le propre refus initial de la partie

requérante de délivrer une licence à ses concurrents ait contribué à la formation de cette insécurité juridique ne modifie pas la nature du changement des conditions du marché qui serait opéré par la légitimation future du comportement de NDC et de Azyx à la suite de la délivrance de licences consécutive à l'application de la décision litigieuse.

131 En outre, dans un contexte dans lequel, ainsi que la Commission le soutient dans ses observations complémentaires, il est impossible d'affirmer avec certitude que les «structures modulaires actuelles» des concurrents de la partie requérante «constituent une atteinte à son droit d'auteur» et dans lequel au moins un des concurrents, à savoir NDC, conteste publiquement que sa structure à 3 942 modules constitue une atteinte à ce droit d'auteur, il est impossible de méconnaître en le tenant pour purement hypothétique le risque que NDC et AzyX utilisent la période de protection contre les infractions aux droits d'auteur, qui résulterait de l'exécution de la décision litigieuse, afin de persuader leurs clients présents et futurs de se détourner de la structure à 1 860 modules en faveur d'autres structures prétendument non illicites. À première vue, il semble probable que ce risque aurait dû être pris en compte par la partie requérante lorsqu'elle a défini sa politique commerciale avant qu'il ne soit statué dans le recours au principal.

132 En conséquence, il y a lieu de conclure qu'il existe un risque réel et concret que l'exécution de la décision litigieuse cause, avant qu'il ne soit statué dans le recours au principal, un dommage grave et irréparable à la partie requérante, dommage qui serait de nature à excéder les inconvénients inévitables, de courte durée, inhérents à l'adoption des mesures de protection en cause.

133 Il est par conséquent nécessaire de peser les intérêts en cause, afin de déterminer le point de savoir si toutes les conditions nécessaires à l'octroi de la mesure provisoire demandée dans le présent recours sont remplies.

*Sur la mise en balance des intérêts*

Arguments des parties

134 La partie requérante soutient que ni NDC ni Azyx ne subiront un dommage irréparable s'il est sursis à l'exécution de la décision litigieuse. Elles ont déjà un grand nombre de clients et toutes deux ont mis au point des structures modulaires différentes (et prétendument non illicites), qu'elles peuvent continuer à utiliser et à améliorer. La partie requérante renvoie spécialement à la structure à 3 942 modules de NDC dont, au cours des négociations sur la licence consécutives à l'adoption de la décision litigieuse, cette dernière a fait valoir qu'elle ne relevait pas de la licence. En outre, NDC et AzyX se seraient infligées à elles-mêmes tout dommage qu'elles subiraient, étant donné que le Landgericht Frankfurt leur a ordonné les 12 octobre et 28 décembre 2000 de cesser de porter atteinte au droit d'auteur d'IMS Health. Elles avaient tout d'abord demandé des licences, respectivement les 26 octobre 2000 et 23 avril 2001, et, par conséquent, tous les clients qu'elles auraient approvisionnés depuis lors en services fondés sur la structure à 1 860 modules l'auraient été en violation des ordonnances de référé en cause. Alors qu'elles auraient eu le droit de demander des mesures provisoires à la Commission, elles ne seraient pas en droit, tant que l'enquête de cette dernière se poursuit au sujet de la plainte en cause, de porter atteinte au droit d'auteur sur la structure à 1 860 modules.

135 La partie requérante soutient encore que l'argument de la Commission selon lequel, en l'absence de licences, NDC et AzyX cesseront leurs activités en Allemagne est excessif. NDC serait la plus grande entreprise du monde de services de fourniture de données du secteur de la santé à multisegment, avec un chiffre d'affaires annuel d'environ 685 millions de USD (selon son propre site Internet, consulté le 22 juillet 2001). Elle serait le principal concurrent d'IMS aux États-Unis et exercerait ses activités dans plusieurs pays européens. Pour sa part, AzyX exercerait des activités dans plusieurs pays européens qui ne seraient pas concernés par l'absence de licence d'utilisation de la structure à 1 860 modules en Allemagne.

136 Enfin, la partie requérante soutient qu'aucun autre tiers ou l'intérêt général ne seraient lésés s'il était sursis provisoirement à l'exécution de la décision litigieuse. En particulier, étant donné que les services de données sur les ventes en cause ne sont utilisés qu'à des fins internes par les laboratoires pharmaceutiques et ne constituent qu'une faible proportion de leur chiffre d'affaires global et de leur dépenses de commercialisation, les consommateurs finaux de produits pharmaceutiques ne subiraient aucun effet tenant au maintien de son droit exclusif tant qu'il n'est pas statué au principal.

137 La Commission soutient que le caractère limité de la restriction, prescrite dans la décision litigieuse, au droit exclusif de la partie requérante ressort du fait qu'une contrepartie est prévue sous la forme de versements de redevances raisonnables. Ce fait, conjugué à l'intérêt des concurrents d'IMS et de ses clients au maintien de la concurrence, ferait pencher nettement la balance en faveur de l'autorisation de l'exécution de la décision litigieuse avant qu'il ne soit statué au principal. Lors de l'audition, la Commission a contesté l'argument de la partie requérante selon lequel un sursis à l'exécution de la décision litigieuse n'aurait pas pour effet de faire obstacle à ce que tant NDC que AzyX accèdent à nouveau au marché allemand, si la validité de la décision devait être ultérieurement confirmée dans le recours au principal.

138 NDC soutient qu'avant d'accorder un sursis à exécution le juge des référés doit avoir la certitude que les intérêts de la partie requérante pèsent davantage que les intérêts concurrents importants, à savoir les effets négatifs sur NDC et AzyX, les laboratoires pharmaceutiques et l'intérêt général. Étant donné que les revenus d'exploitation d'IMS Health sont «étonnement élevés», elle soutient que la clientèle récoltera les bénéfices du jeu de la concurrence en cas d'exécution de la décision litigieuse. En arrêtant la décision litigieuse, la Commission aurait choisi le moyen le moins perturbant dont elle dispose pour veiller au maintien de la concurrence sur le marché concerné. La pondération des intérêts pencherait en faveur de la délivrance de licences portant sur le droit d'auteur utilitaire en cause dans la présente affaire tant qu'il ne sera pas statué au principal.

139 AzyX soutient que l'intérêt général du marché commun serait mieux servi au cours de la période provisoire en laissant la concurrence jouer librement et non en

permettant à IMS de bloquer le marché concerné. Lors de l'audition, elle a contesté l'allégation de la partie requérante selon laquelle elle reviendrait sur le marché allemand dans deux ans; comme environ 75 % du chiffre d'affaires global du groupe AzyX sont actuellement réalisés en Allemagne, si elle était écartée de ce marché pendant une période de deux ans, sa survie serait gravement menacée. En revanche, un risque de perte pour IMS d'environ 1,5 % de ses recettes mondiales, selon AzyX, ne serait pas comparable.

Appréciation du juge des référés

140 Dans la décision litigieuse, au considérant 187, la Commission invoque le point 28 de l'arrêt La Cinq. Si des mesures provisoires n'étaient pas prescrites, elle soutient qu'un dommage grave et irréparable risquerait d'être causé à NDC ainsi qu'un dommage intolérable à l'intérêt général. En ce qui concerne NDC, dans la décision litigieuse, la Commission invoque les pertes financières et le préjudice à sa réputation commerciale en Allemagne si elle était incapable d'exécuter les contrats à la suite de l'ordonnance de référé faisant obstacle à ce qu'elle utilise la structure à 1 860 modules (considérant 191). Elle constate que NDC sera incapable de faire concurrence à la partie requérante à moins qu'elle n'obtienne l'accès à cette structure (considérants 193 et 194). Répondant à une question posée lors de l'audition, la Commission a indiqué que l'urgence pour NDC tient au risque que, même si elle est une grande entreprise, elle ne pourrait supporter les pertes «étonnantes» auxquelles elle serait exposée avant qu'il ne soit statué au principal sur le marché allemand en l'absence d'accès à la structure à 1 860 modules. Le dommage intolérable à l'intérêt général découlerait, d'après la décision litigieuse, du risque grave qu'AzyX cesse ses activités, de sorte qu'IMS resterait le seul fournisseur de services de données sur les ventes régionales en Allemagne. La Commission craint qu'«AzyX ne puisse pas demeurer sur ce marché», puisque ses activités européennes, en raison de sa dimension et de son chiffre d'affaires mondial moindres que ceux de NDC, «sont même plus susceptibles de cesser en l'absence de mesures provisoires» (considérant 195). Lors de l'audition, elle a évoqué le risque que la concurrence sur le marché concerné soit «annihilée» avant qu'il ne soit statué au principal si la décision litigieuse n'est pas exécutée.

141 Conformément à la jurisprudence Camera Care, la Commission peut arrêter une décision provisoire en prenant les mesures provisoires de protection qu'elle juge indispensables pour assurer l'effectivité de toute décision définitive qu'elle arrêtera ultérieurement en ce qui concerne le comportement prétendument anticoncurrentiel faisant l'objet de l'enquête. Il ressort clairement de cette jurisprudence que, dans certains cas, l'intérêt général tendant au maintien d'une concurrence effective sur le marché concerné exige l'adoption de mesures de protection qui empiètent sur les droits des entreprises dont le comportement fait toujours simplement l'objet d'une enquête en application de l'article 3 du règlement n° 17. Il incombe à la Commission d'examiner le point de savoir si l'adoption de telles mesures dans un cas d'espèce est opportune. Néanmoins, dans le cas où le juge des référés a la certitude que les conditions prévues tant par les articles 242 CE et 243 CE que par l'article 104 du règlement de procédures sont remplies, il doit mettre en balance les intérêts invoqués par la Commission pour justifier sa décision et ceux invoqués par la partie requérante en faveur de la demande de mesures provisoires.

142 Dans la décision litigieuse, la Commission conclut qu'il existe une nécessité urgente à obliger IMS Health à délivrer des licences concernant son droit d'auteur sur la structure à 1 860 modules, de telle sorte que ses deux concurrents puissent continuer, tant que la décision définitive de la Commission n'est pas arrêtée, à faire activement concurrence à IMS sur le marché sur lequel ce droit est actuellement exercé. Elle conclut en ce sens nonobstant sa reconnaissance du «rôle essentiel joué par les droits de propriété intellectuelle pour favoriser l'innovation et la concurrence» (considérant 211) et l'argument d'IMS selon lequel des mesures provisoires rendraient son droit d'auteur «nul et non avenu», ce qui découragerait l'investissement potentiel dans les droits de propriété intellectuelle (considérant 210). Elle fonde cette appréciation de la juste pondération des intérêts en cause sur ce qu'elle estime être le caractère mesuré de l'atteinte aux droits d'IMS, à savoir la privation temporaire de son droit exclusif en droit national en contrepartie de redevances «raisonnables».

143 Il importe d'emblée de rappeler que l'intérêt général en ce qui concerne la protection des droits de propriété en général et des droits de propriété intellectuelle en particulier est explicitement invoqué dans les articles 30 CE et 295 CE. Le simple fait que la partie requérante ait invoqué et cherché à faire

respecter son droit d'auteur sur la structure à 1 860 modules pour des raisons économiques ne réduit pas son droit d'invoquer les droits exclusifs conférés par le droit national dans le but même de faire récompenser l'innovation (voir arrêt Warner Brothers et Metronome Video, précité, point 13; arrêts de la Cour du 20 octobre 1993, Phil Collins e.a., C-92/92 et C-326/92, Rec. p. I-5145, point 20; du 28 avril 1998, Metronome Musik, C-200/96, Rec. p. I-1953, points 15 et 24, et du 22 septembre 1998, FDV, C-61/97, Rec. p. I-5171, points 13 à 18).

144 Dans la présente affaire, dans laquelle il existe, à première vue, un intérêt général évident soutenant l'effort que la partie requérante a déployé afin de faire valoir l'objet spécifique de son droit d'auteur sur la structure à 1 860 modules et d'en bénéficier, le caractère intrinsèquement exceptionnel de la faculté d'arrêter des mesures provisoires exigerait normalement qu'un comportement, dont la cessation ou la modification constitue l'objectif de ces mesures, tombe à l'évidence dans le champ d'application des règles du traité en matière de concurrence. Toutefois, l'exactitude de l'assimilation du refus de délivrer une licence en cause dans la présente affaire à un comportement abusif dépend, à première vue, de l'exactitude de l'interprétation par la Commission de la jurisprudence concernant le champ des «circonstances exceptionnelles». C'est cette jurisprudence, qui explique les situations à l'évidence particulières dans lesquelles l'objectif poursuivi par l'article 82 CE peut prévaloir sur l'objectif sous-tendant l'octroi de droits de propriété intellectuelle. Dans ce contexte, dans lequel le caractère abusif du comportement de la partie requérante n'est pas, compte tenu de la jurisprudence pertinente, évident, et dans lequel il existe un risque concret qu'elle subisse un préjudice grave et irréparable si elle est obligée, entre-temps, de délivrer une licence à ses concurrents, la mise en balance des intérêts penche en faveur de la sauvegarde sans réserve de son droit d'auteur jusqu'au prononcé de la décision au principal.

145 Cette conclusion est particulièrement vérifiée dans la présente affaire, dans laquelle, à l'évidence, l'intérêt général invoqué par la Commission dans la décision litigieuse concerne, en substance, les intérêts des concurrents de la partie requérante. NDC et NDC Health soutiennent que les consommateurs récolteront les bénéfices de cette concurrence. Néanmoins, la partie requérante souligne, sans qu'elle ait été contredite sur ce point, que, étant donné que le coût pour les

laboratoires pharmaceutiques de l'achat des informations relatives aux données sur les ventes ne constitue qu'une proportion réduite de leur dépenses générales de vente et de commercialisation, aucun effet (ou tout au moins aucun effet perceptible) ne s'exercerait sur les consommateurs finaux de produits pharmaceutiques si son droit exclusif était préservé jusqu'au prononcé de la décision au principal. Par conséquent, il n'est donc pas à exclure, au moins à première vue, que la mise en balance des intérêts réalisée dans la décision litigieuse par la Commission, qui semble assimiler les intérêts de NDC et de AzyX aux intérêts relevant de la concurrence (voir point 140 ci-dessus), méconnaisse l'objectif essentiel de l'article 82 CE, qui est de faire obstacle à la distorsion de la concurrence et, en particulier, de préserver les intérêts des consommateurs et non de protéger la position de concurrents particuliers (conclusions de l'avocat général M. Jacobs sous l'arrêt Bronner, précitées, point 58).

146 En outre, même si AzyX est confrontée à une menace plus importante d'exclusion permanente, ou, en tout cas, à long terme, du marché concerné, ainsi que la Commission l'a reconnu dans la décision litigieuse, la mise en balance des intérêts dans la présente affaire ne penche pas encore en faveur de son exécution immédiate. Il ressort clairement de l'information communiquée au juge des référés en ce qui concerne la décision du 18 septembre 2001 de l'Oberlandesgericht Frankfurt et d'un examen approfondi de la motivation du jugement, qu'il n'est plus interdit par aucune décision judiciaire à AzyX d'affronter la concurrence sur le marché concerné au moyen de structures modulaires qui risquent de porter atteinte au droit d'auteur de la partie requérante portant sur la structure à 1 860 modules. Si AzyX préfère continuer à utiliser ces structures, elle s'expose au risque d'être, si la validité du droit d'auteur d'IMS Health sur cette structure est ultérieurement définitivement confirmée, éventuellement tenue de payer des dommages et intérêts à IMS Health pour atteinte à ce droit d'auteur. Néanmoins, l'intérêt général tenant à ce qu'IMS Health soit exposée à la concurrence sur le marché concerné, tant qu'il ne serait pas statué dans le recours au principal, ne peut prévaloir sur celui qui concerne la nécessité de protéger son droit d'auteur face au fait qu'une licence devrait être délivrée à AzyX, sur la base d'une application provisoire de l'article 82 CE, de manière à la protéger du risque qu'il soit statué à son détriment dans la procédure relative à l'atteinte aux droits d'auteur à laquelle elle-même et IMS Health sont parties en Allemagne, laquelle, comme IMS en a informé le juge des référés, fera à nouveau l'objet d'un examen devant le Landgericht Frankfurt le 21 novembre 2001.

147 En ce qui concerne les doutes de la Commission concernant la probabilité que NDC Health soit incapable de poursuivre ses activités sur le marché concerné tant qu'il ne sera pas statué au principal, le risque ne semble pas, compte tenu de la puissance économique du groupe NDC, être sensiblement supérieur au risque, dont la Commission n'a pas tenu compte, que les pertes financières auxquelles la partie requérante serait exposée, en cas d'exécution de la décision litigieuse, menacent par elles-mêmes la survie d'IMS Health sur ce marché (voir point 121 ci-dessus).

148 Enfin, dans la mesure où l'allusion par la Commission dans ses observations écrites à «d'autres intérêts» protégés par la décision litigieuse pourrait être comprise comme une explication et non comme une extension des intérêts évoqués par la Commission dans cette décision, elle ne justifierait pas une appréciation différente en ce qui concerne la mise en balance des intérêts à effectuer dans la présente procédure. Le simple fait que certains laboratoires pharmaceutiques puissent ne pas être satisfaits par le prix et le niveau des services offerts par IMS Health n'aurait donc pas pour signification que leurs intérêts seraient gravement ou irréparablement lésés, s'il était sursis provisoirement à l'exécution de la décision litigieuse.

149 La pondération des intérêts penche de ce fait en faveur d'un sursis à l'exécution de la décision litigieuse tant qu'il ne sera pas statué dans le recours au principal.

150 Il résulte de tout ce qui précède que les conditions prévues par l'article 242 CE et par l'article 104, paragraphe 2, du règlement de procédure pour qu'il soit sursis provisoirement à l'exécution de la décision litigieuse, conformément à la demande de la partie requérante dans la présente affaire, sont remplies.

Par ces motifs,

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL

ordonne:

1) **Il est sursis à l'exécution de la décision de la Commission du 3 juillet 2001, relative à une procédure d'application de l'article 82 CE (affaire COMP D3/38.044 — NDC Health/IMS Health: mesures provisoires), jusqu'à ce que le Tribunal ait statué dans le recours au principal.**

2) **Les dépens sont réservés.**

Fait à Luxembourg, le 26 octobre 2001.

Le greffier

H. Jung

Le président

B. Vesterdorf