



**Conférence
des Nations Unies
sur le commerce
et le développement**

Distr.
GÉNÉRALE

TD/B/COM.2/CLP/22/Rev.1
19 avril 2002

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT
Commission de l'investissement, de la technologie
et des questions financières connexes
Groupe intergouvernemental d'experts du droit
et de la politique de la concurrence
Genève, 3-5 juillet 2002
Point 3 de l'ordre du jour provisoire

**POLITIQUE DE CONCURRENCE ET EXERCICE DES DROITS
DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**

Rapport révisé du secrétariat de la CNUCED

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
Résumé	3
Introduction	5
Chapitre I – RÈGLES APPLIQUÉES PAR L'UNION EUROPÉENNE EN MATIÈRE DE CONCURRENCE ET DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	7
A. Aperçu général.....	7
B. Accords de concession de licences ou ventes de produits protégés	8
C. Abus de position dominante	10
D. Contrôle des fusions	12
Chapitre II – L'INTERACTION DE LA LÉGISLATION ANTITRUST ET DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AUX ÉTATS-UNIS	14
A. Aperçu général.....	14
B. Traitement des pratiques en matière de concession de licences en vertu des directives	15
C. Jurisprudence concernant la monopolisation et d'autres questions.....	17
Chapitre III – POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET DPI DANS D'AUTRES PAYS	22
A. Règles applicables et expérience acquise au Japon.....	22
B. Règles en vigueur dans quelques autres pays ou régions	23
Chapitre IV – DIMENSION INTERNATIONALE.....	26
A. Dispositions des instruments internationaux en matière de DPI	26
B. Conclusions et conséquences pour la coopération internationale	27
Annexe: Extraits du document TD/B/COM.2/CLP.10.....	40

RÉSUMÉ

1. Les grands pays et régions développés adoptent généralement une position favorable à l'égard des droits de propriété intellectuelle (DPI) dans leur politique de concurrence. Les autorités peuvent toutefois prendre des mesures si elles constatent, après avoir examiné avec pragmatisme chaque cas individuellement, qu'une entreprise dont la position dominante repose sur des DPI restreint abusivement la concurrence sur les marchés considérés. Les restrictions imposées par des cartels, les comportements d'exclusion et les situations de monopole dont tirent parti les entreprises en position dominante, **les refus de concéder des licences ou de vendre des produits protégés**, les pratiques ou les concentrations qui risquent de faire obstacle à l'innovation technologique (y compris lorsqu'il s'agit de normes de facto exclusives, de l'interopérabilité, de l'accès à des services essentiels et des effets réseau) et les conséquences de la concession de brevets ayant un champ d'application trop étendu sont l'objet de leurs préoccupations. Il existe un consensus dans les pays ou régions développés au sujet de la manière de traiter des interactions entre la politique de la concurrence et la propriété intellectuelle, mais il subsiste des divergences importantes concernant certaines questions. Les autres pays ou régions, bien que traitant parfois des questions relatives aux DPI dans leur législation sur la concurrence, possèdent une expérience limitée dans ce domaine. Compte tenu des problèmes susceptibles de se poser en matière de politique de concurrence à mesure que l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) est exécuté, du caractère de plus en plus international des innovations, des effets réseau à l'échelle mondiale dans le secteur de l'informatique, de la portée ou des effets internationaux que peuvent avoir les sanctions en matière de concurrence, et des risques de divergence entre l'administration de la concurrence, les organes chargés de la protection des droits de propriété intellectuelle, et entre les différents pays, il est probable que des consultations, une assistance technique et une coopération internationale dans ce domaine, notamment *** des consultations conformément à l'Accord sur les ADPIC**, seront de plus en plus nécessaires. Il faudrait en conséquence s'employer à promouvoir une compréhension et une confiance réciproques dans ce domaine. Partant, pour s'acquitter du mandat que lui a confié à cet égard la quatrième Conférence de révision, le Groupe d'experts voudra peut-être tenir des consultations sur:

a) Les pratiques caractéristiques en matière de droit de propriété intellectuelle, et leurs motivations et effets (en accordant la priorité à l'exclusivité territoriale et aux importations parallèles, aux accords d'exclusivité, aux contrats liés et aux rétrocessions exclusives);

b) Les notions de base, les critères et la méthodologie utilisés dans différentes juridictions, ou qui seraient appropriés, pour effectuer des analyses économiques et mettre en œuvre des solutions dans ce domaine, de portée à la fois générale et propres aux pratiques, abus de position dominante ou fusions mais qui mettent en jeu des DPI, ou aux entreprises faisant appel à des technologies de pointe ou à des effets réseau, en fonction de cas hypothétiques ou réels;

c) La façon dont les administrations chargées de la concurrence peuvent user de leurs pouvoirs et l'opportunité pour elles d'intervenir en ce sens, afin de défendre la cause de la concurrence à l'occasion des débats en cours sur la portée et l'application qu'il convient de donner aux DPI, et de consulter les organes chargés de la protection des DPI;

d) L'importance qu'il y a lieu d'accorder aux spécificités nationales dans le traitement réservé aux DPI dans la politique de concurrence; et

e) Les conditions et mécanismes propres à renforcer la coopération internationale dans ce domaine.

2. Le Groupe d'experts voudra aussi peut-être demander au secrétariat de la CNUCED de réaliser une étude aux fins de comparer le traitement réservé dans le droit et la politique de concurrence aux pratiques associées aux DPI, dans les commentaires de la loi type, en s'appuyant sur le résultat de ces consultations et sur des renseignements communiqués par des États membres, et de s'employer, dans le cadre de la coopération technique, à former des spécialistes dans ce domaine dans les pays en développement et dans les pays en transition.

INTRODUCTION

1. * **Un premier rapport du secrétariat de la CNUCED (TD/B/CONF.5/6) portant le même titre que le présent rapport** * a été soumis à la quatrième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives (25-29 septembre 2000). * **Sur la demande de ladite conférence¹, une version révisée du premier rapport (TD/B/COM.2/CLP/22) a été présentée au Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence à sa troisième session (2-5 juillet 2001). Le Groupe a demandé que ce texte soit de nouveau révisé et lui soit soumis à sa session actuelle** *². **Le présent rapport révisé intègre les nouvelles observations orales et écrites et autres renseignements reçus des États membres et actualise les données présentées dans le rapport précédent³. Les ajouts au texte apparaissent en caractères gras et les suppressions sont signalées par un astérisque.** Le rapport s'inspire et est établi sur la base du document de la CNUCED intitulé «Rapport préliminaire sur la façon dont l'exercice des droits de propriété intellectuelle est pris en compte dans la politique de la concurrence» (TD/B/COM.2/CLP/10), qui a été présenté à la deuxième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence (7-9 juin 1999). Le rapport préliminaire décrit les aspects économiques et les effets sur la concurrence des droits de propriété intellectuelle (DPI), les principes généraux régissant le traitement réservé aux DIP dans la politique de la concurrence, les motivations économiques et les effets de certaines pratiques de concession de licences, et les dispositions pertinentes de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce conclu dans le cadre du Cycle d'Uruguay (l'Accord sur les ADPIC). Il est indiqué dans ce rapport que «les droits de propriété intellectuelle ... contribuent pour une part importante à stimuler l'innovation et à soutenir la croissance économique ... [ils] peuvent aussi donner [à leurs titulaires] la faculté d'exercer un pouvoir sur le marché, au moins lorsqu'il n'existe pas de technologies et produits analogues représentant des contraintes viables. L'exercice de ce pouvoir peut conduire à une inefficacité de la répartition des ressources ... il incombe à la politique de la concurrence de limiter les abus monopolistiques liés à l'exercice des droits de propriété intellectuelle»⁴.

2. Conformément à cette demande (qui porte sur la façon dont l'exercice des droits de propriété intellectuelle est pris en compte dans la politique de la concurrence), le présent rapport n'examine pas les effets économiques de la protection des droits de propriété intellectuelle, mais s'attache surtout à faire une analyse comparative des principes et des règles de la politique de la concurrence concernant les DPI, qui figurent dans la législation, la jurisprudence et les directives concernant l'exécution établies dans certaines juridictions, principalement des pays ou régions avancés qui possèdent les textes les plus complets et une expérience importante en matière d'exécution (les autres pays développés appliquent globalement les mêmes règles). Toutefois, le raisonnement économique sur lequel sont fondés ces principes et ces règles est brièvement expliqué, et cette partie du document TD/B/COM.2/CLP/10 traitant des pratiques individuelles est reproduite pour faciliter les débats du Groupe intergouvernemental d'experts sur les effets économiques de telles pratiques. Les règles applicables qui figurent dans certains accords ou directives internationaux y sont également décrites. Les DPI dont il est question dans le présent rapport sont les brevets, les droits d'auteur, les marques de fabrique ou de commerce, les droits relatifs aux dessins et aux modèles, aux obtentions végétales, les schémas de configuration des

circuits intégrés et les droits concernant les renseignements non divulgués, dans la mesure où ceux-ci font expressément l'objet d'une protection au titre de l'Accord sur les ADPIC⁵. Les principes qui régissent le traitement de ces DPI dans le cadre de la politique de concurrence mise en œuvre dans ces pays s'appliqueraient *mutatis mutandis* aux autres DPI. Le chapitre I du rapport analyse les interactions entre politique de concurrence et DPI dans l'Union européenne (UE). Le chapitre II examine la situation aux États-Unis. Le chapitre III décrit la façon dont les DPI sont pris en compte dans la législation japonaise relative à la concurrence, puis donne un aperçu des règles en la matière appliquées dans d'autres pays, y compris les pays en développement. Le chapitre IV explique la façon dont s'articulent politique de concurrence et DPI dans les instruments internationaux, puis dégage des conclusions de l'étude et souligne les conséquences qui en découlent. L'annexe reproduit les paragraphes 15 à 26 du document TD/B/COM.2/CLP/10 concernant les pratiques de l'exclusivité territoriale et des importations parallèles, les accords d'exclusivité, les obligations liées et les rétrocessions exclusives.

Chapitre I

RÈGLES APPLIQUÉES PAR L'UNION EUROPÉENNE EN MATIÈRE DE CONCURRENCE ET DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

A. Aperçu général

3. Les règles de l'UE sur la concurrence touchant aux DPI figurent pour l'essentiel: **a)** à l'article 81 du Traité de Rome relatif aux accords, décisions et pratiques anticoncurrentiels; il est prévu une dérogation à l'application de cet article lorsqu'il s'agit d'accords d'importance secondaire mettant en jeu des parts de marché inférieures à 5 % (dans le cas d'accords horizontaux) ou à 10 % (dans le cas d'accords verticaux)⁶; **b)** à l'article 82 (ex-article 86) concernant les abus de position dominante; **c)** aux articles 28 et 30 qui interdisent les restrictions quantitatives au commerce entre États membres sauf lorsque celles-ci sont justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale; **d)** dans le règlement relatif aux transferts de technologie qui prévoit des exemptions par catégorie pour les accords de licences de brevet, de licences de savoir-faire et les accords mixtes de licence ainsi que pour les arrangements accessoires concernant le droit d'auteur ou les marques⁷; **e) dans le Règlement n° 2790/1999 (exemptions par catégorie d'accords verticaux), qui couvre les accords de cession ou d'utilisation de DPI constituant des dispositions accessoires d'accords verticaux, sous réserve des règles spécifiques figurant dans le règlement relatif aux transferts de technologie; f) dans d'autres exemptions par catégories relatives aux accords de coopération en matière de recherche-développement et aux accords de franchise (qui ne seront pas traités dans le présent rapport) ainsi que le règlement relatif aux concentrations; * et g) dans une abondante jurisprudence.** Ces règles de concurrence ont été élaborées en tenant compte de l'objectif d'intégration du marché que vise essentiellement la politique de l'Union européenne en matière de concurrence; elles sont fondées également sur deux doctrines fondamentales: a) les règles de concurrence concernent moins l'existence des DPI que leur exercice; b) les restrictions à la concurrence se justifient lorsqu'elles se révèlent raisonnablement nécessaires pour protéger l'«objet spécifique» du droit⁸. Dans la réalité, cependant, la Cour de justice des Communautés européennes n'a pas, de manière constante, motivé ses arrêts en se fondant sur le principe de l'existence des DPI ou de leur exercice, ni sur celui de l'objet spécifique du droit, privilégiant davantage l'analyse économique habituellement utilisée dans les affaires qui ne concernent pas ce sujet. L'exposé ci-dessous suit globalement la structure de la législation de l'Union européenne dans ce domaine. La section B examine les restrictions aux accords de licence concernant des DPI ou associés à la vente de produits protégés par des DPI, qui relèveraient vraisemblablement de l'article 81 et du règlement relatif aux transferts de technologie; la question de l'extinction des droits et des importations parallèles, qui recoupe en partie les problèmes de vente et de concession de licences, y est également abordée. La section C est consacrée aux abus de position dominante fondés sur les DPI qui relèvent de l'article 82; il convient de noter par ailleurs que des abus peuvent se produire dans le cadre d'accords de licence ou de vente. La section D porte sur les problèmes relatifs aux DPI qui se posent dans le contexte du contrôle des concentrations.

B. Accords de concession de licences ou ventes de produits protégés

4. Dans la logique des dispositions moins strictes appliquées aux restrictions verticales en général dans la politique de concurrence, le traitement réservé aux pratiques restrictives dans le cadre des accords de licence portant sur des DPI a été sensiblement assoupli dernièrement, même si cette tendance ne revêt pas tout à fait la même ampleur que dans le cas des restrictions verticales ne concernant pas des DPI. S'appuyant sur les analyses économiques réalisées, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé qu'il ne fallait pas considérer toutes les restrictions concernant un comportement figurant dans un accord de licence comme des entraves à la concurrence interdites par l'article 81 1). Les clauses d'exclusivité qui figurent dans les accords de licence sont admises lorsqu'elles ont un caractère «ouvert» (qu'elles ne portent pas atteinte à la position de tiers comme les importateurs parallèles et les preneurs de licences intervenant sur d'autres territoires), si elles s'avèrent nécessaires pour fournir une juste rémunération aux bailleurs de licences ou leur permettre de pénétrer de nouveaux marchés, pour encourager la concurrence entre différentes marques; si elles concernent de nouvelles technologies ou si elles se justifient par d'autres caractéristiques générales du secteur ou de la technologie concerné et si la durée d'application des clauses en question n'est pas excessivement longue. Les licences exclusives à caractère ouvert permettant d'exploiter sur un territoire donné un droit d'obtention végétale (qui favorise la diffusion d'une nouvelle technologie) ou le droit de distribuer des films dans des salles de cinéma (que les usages et les besoins de l'industrie cinématographique rendent nécessaires) n'ont pas été jugées en soi incompatibles avec l'article 81 1), sauf si elles créent des obstacles artificiels et injustifiables⁹.

5. Dans les affaires relevant de l'article 81, la CJCE s'est appuyée sur la distinction établie entre l'existence des DPI et leur exercice pour autoriser des restrictions qui sont inhérentes au caractère exclusif du droit de propriété intellectuelle en tant que tel, comme les clauses de confidentialité ou les interdictions frappant son exploitation après expiration de la licence; elle a ainsi admis l'interdiction d'utiliser des semences de base provenant d'une obtention végétale protégée à des fins autres que pour la première multiplication¹⁰. En fait, la CJCE a invoqué la doctrine de l'objet spécifique du droit non pas tant pour soustraire les DPI aux contrôles en matière de concurrence que pour justifier les mesures prises par l'UE et qui risqueraient de porter atteinte à l'exercice des DPI concédés par les États membres¹¹; il a ainsi été fait appel à cette doctrine pour justifier, par exemple, l'application de la législation de l'UE en matière de concurrence à des accords de licence concernant des produits non brevetés ou des parties non couvertes par un brevet de produits en bénéficiant, ou à des clauses de non-contestation qui permettent l'existence illicite de DPI¹². La possibilité d'établir une distinction nette entre ce qui pouvait relever de la portée de la concession de DPI et ce qui en était exclu a souvent été sujette à caution. Aussi, dans des affaires qui concernaient clairement l'objet spécifique de DPI, la CJCE a-t-elle préféré procéder à une évaluation générale des conditions économiques et juridiques dans lesquelles l'accord avait été établi; elle a, par exemple, décidé que la cession de DPI¹³ ou l'acquisition de droits parallèles conférant une protection, par différentes entités avec l'intention d'empêcher les importations¹⁴, n'échappait pas systématiquement à l'interdiction énoncée à l'article 81 1).

6. Le recours aux DPI pour compartimenter les marchés de la Communauté a été limité par l'application dans la politique de concurrence du principe d'extinction des droits dans le cadre du commerce intra-communautaire. Pour ce faire, il a fallu appliquer le principe de l'existence des DPI et le principe de leur exercice afin de prévenir les actions en justice pour atteinte aux

droits protégeant les marchandises importées d'un autre État membre (et les restrictions qui s'ensuivraient des importations ou des ventes futures), après que celles-ci aient été déjà commercialisées dans un autre État membre par le titulaire du droit ou avec son consentement¹⁵. L'extinction des droits a lieu, que les produits en question soient ou non protégés par des droits parallèles dans l'État membre exportateur et, en fait, même s'ils en étaient dépourvus dans cet État. L'application du principe de l'extinction des droits dans l'ensemble de la Communauté a maintenant été étendu de manière à s'appliquer à tous les pays situés à l'intérieur de l'Espace économique européen (EEE). Les États membres de l'UE ne sont toutefois pas libres d'appliquer le principe de l'extinction internationale des droits conférés à des produits qui ont été d'abord commercialisés dans d'autres pays n'appartenant pas à l'EEE, notamment lorsque ceci a été expressément proscrit par les règles de l'UE (directives de l'Union concernant l'uniformisation des législations nationales protégeant les marques de fabrique ou de commerce, les droits relatifs aux dessins ou modèles, aux modèles d'utilité, les programmes d'ordinateur et les banques de données, ainsi que la Convention sur le brevet communautaire, qui interdisent toutes d'appliquer le principe de l'extinction internationale des droits). Ainsi, dans une affaire, les importations parallèles en Autriche de montures de lunettes de la marque Silhouette et leur commercialisation ultérieure ont été considérées comme une atteinte au droit de cette marque, alors même que les montures avaient été vendues à l'extérieur de l'EEE par le titulaire de la marque (à la condition qu'elles seraient revendues uniquement en Bulgarie et dans les pays de la CEI)¹⁶. Les importations parallèles de produits de marque en provenance d'un pays n'appartenant pas à l'EEE sont prohibées même lorsque le titulaire de la marque n'a pas interdit formellement à l'exploitant de la licence d'exporter dans ce pays¹⁷, **pour autant qu'il n'ait pas «clairement» consenti à ces importations parallèles (une formulation expresse du consentement est normalement requise mais le consentement peut aussi se déduire implicitement des circonstances)**¹⁸.

7. Le règlement relatif aux transferts de technologie vise à la fois à alléger la charge de travail administratif de la Commission et à renforcer la compétitivité de l'industrie des pays de l'Union européenne en favorisant l'innovation technique et sa diffusion¹⁹. L'article premier soustrait à l'application de l'article 81 plusieurs formes de restrictions territoriales qui pourraient figurer dans des accords de licence, sous réserve que la protection conférée vis-à-vis de la concurrence soit d'une durée limitée. Les articles 2, 3 et 4 respectivement prévoient une «liste blanche» recensant d'autres formes de pratiques normalement considérées comme ne contrevenant pas à l'article 81, et qui bénéficieront donc de l'«exemption par catégorie»²⁰; une courte «liste noire» de conditions figurant dans une licence, qui interdiraient d'étendre l'exemption à l'accord dans son ensemble²¹; et une «procédure d'opposition» pour les accords contenant des restrictions non inscrites dans la liste blanche, ni dans la liste noire, qui permet aux accords notifiés à la Commission et non contestés dans un délai de quatre mois de bénéficier d'exemptions²². L'article 7 dispose que les avantages de l'exemption par catégorie peuvent être retirés dans certaines circonstances comme l'absence de concurrence effective, notamment lorsque la part de marché du titulaire de la licence dépasse 40 % (la première version du règlement aurait exclu *ab initio* du champ d'application de l'exemption par catégorie les arrangements liant des entreprises détentrices de parts de marché supérieures à 40 %). Il est intéressant de noter que le règlement étend l'exemption par catégorie non seulement aux communautés de brevets bilatérales et aux accords de concession réciproque de licences entre concurrents (dans la mesure où ils ne contiennent pas de restrictions territoriales), mais aussi aux licences concédées entre entreprises concurrentes et leurs coentreprises (pour autant que leurs parts de marché ne

dépassent pas un certain seuil). Il semble que le règlement considère généralement la plupart des opérations relatives aux licences comme ayant un caractère vertical, même si on peut soutenir qu'elles sont par essence à la fois horizontales et verticales, puisque le preneur de licence est un concurrent potentiel qui se situe au même niveau de la chaîne de valeur ajoutée que le donneur (du moins après que la licence a été concédée). Les limites fixées à l'exclusivité territoriale par l'article premier tiennent effectivement compte du fait que les titulaires de la licence et les bailleurs puissent devenir concurrents au moins au niveau de la distribution. Le règlement ne s'applique pas aux reventes, aux coentreprises ni aux communautés de brevets. **La Commission envisage actuellement de présenter des propositions de modification du règlement de manière à instaurer une exemption par catégorie plus simple et éventuellement plus vaste pour les accords de licences technologiques²³.**

C. Abus de position dominante

8. La jurisprudence de la CJCE établit que, «en ce qui concerne la position dominante ... le simple fait d'être titulaire d'un DPI ne saurait conférer une telle position»²⁴. Cette décision a pour corollaire que la législation de l'Union européenne en matière de concurrence s'intéresse davantage à l'abus de position dominante, quelle qu'en soit l'origine, qu'à une utilisation abusive des DPI en soi. Bien que les affaires traitées dans ce domaine, qui sont relativement peu nombreuses, touchent aux principes de l'existence des DPI et de leur exercice ainsi qu'au principe de l'objet spécifique du droit, la CJCE a dans les faits suivi les critères établis à l'article 82 pour qualifier les abus de position dominante fondés sur des DPI. Ainsi, dans deux affaires concernant des droits de conception portant sur des pièces de rechange pour automobiles, la CJCE a indiqué que le refus de concéder ces droits ne saurait en soi constituer un abus, dans la mesure où toute entreprise en position dominante était en droit d'avoir le même comportement que toute autre société intervenant sur des marchés concurrentiels dans la mesure où l'exercice du droit exclusif était légitime, et où le refus de concéder une licence relevait de la latitude laissée au titulaire de DPI²⁵. La Cour a cependant jugé que l'article 82 s'appliquerait lorsqu'un comportement abusif caractérisé serait en cause, tel que le refus arbitraire d'approvisionner les réparateurs indépendants en pièces de rechange, la fixation de niveaux de prix injustifiés ou l'arrêt de la production de pièces de rechange destinées à un modèle donné. La CJCE est même allée plus loin dans l'affaire *Magill*, concernant la possibilité pour le titulaire des droits relatifs à des grilles de programmes de télévision, d'écarter des concurrents du marché dérivé constitué par les guides hebdomadaires de télévision²⁶. Elle a estimé que le refus de concéder une licence constituait un abus dans des circonstances exceptionnelles, étant donné qu'aucun produit n'était effectivement ou potentiellement proposé en remplacement, que ce comportement empêchait l'apparition d'un produit nouveau (en violation de l'article 82²⁷), qu'il y avait exploitation abusive de la position sur un marché secondaire sans justification valable; l'argument de l'exercice d'un DPI invoqué par la défense a été expressément rejeté et elle a jugé que le titulaire n'avait pas le droit de refuser de concéder la licence. La Cour s'est donc attachée essentiellement à établir le caractère anticoncurrentiel du comportement et non à déterminer s'il entrait dans le champ d'application de la concession d'un DPI. Dans une affaire similaire jugée par une juridiction inférieure, le Tribunal de première instance (TPI) a estimé que le refus d'accorder les licences relatives à la transmission télévisée en direct de courses hippiques était fondé, au motif que celles-ci n'étaient pas indispensables à l'exercice des activités de prise de paris du plaignant; le simple fait que ce dernier ait été disposé à payer une redevance raisonnable ne suffisait pas pour qualifier le refus de concéder la licence d'arbitraire ou ne constituait pas

une preuve suffisante d'abus²⁸ (par contre, dans l'affaire *Hilti*, la demande de paiement d'une redevance «excessive» par le titulaire du brevet a été jugée abusive étant donné qu'elle avait comme unique but de faire échec à la concession d'une licence ou, du moins, à en retarder la délivrance de manière déraisonnable, pour l'exploitation d'un droit existant dans la législation britannique sur le brevet²⁹). Les affaires *Magill* et *Ladbroke* témoignent manifestement de la prise en compte du principe du «service essentiel» dans l'interprétation de l'article 82³⁰.

La portée du principe du «service essentiel» pourrait être élargie par une décision de la Commission européenne relative au refus par une entreprise en position dominante de concéder ses droits d'auteur sur une norme de fait dans le domaine de la collecte et de l'analyse des statistiques régionales des ventes de produits pharmaceutiques en Allemagne (concession qui aurait permis à ses concurrents d'intervenir sur le marché couvert par les droits d'auteur en question)³¹; ce refus a été jugé abusif et une concession obligatoire a été ordonnée mais l'affaire est aujourd'hui en appel. La directive concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur dans l'Union européenne fournit un exemple supplémentaire de la prise en compte du principe du service essentiel, dans le domaine des technologies de l'information; elle permet les études rétrotechniques et la décompilation des logiciels de manière à appréhender les concepts et les principes qui ont présidé à la mise au point des différents éléments d'un programme d'ordinateur ou à acquérir les informations nécessaires pour assurer l'interopérabilité des différents programmes informatiques créés de manière indépendante³². Mais même si les études rétrotechniques ne montrent pas qu'il existe un code d'interface, l'obligation de permettre l'accès peut toujours être ordonnée; dans l'affaire *IBM*, une société en position dominante a été contrainte de divulguer le savoir-faire secret concernant ses codes d'interface qui constituaient dans ce domaine une norme de facto exclusive³³, de manière à permettre à d'éventuels concurrents de fabriquer des matériels compatibles (cette décision s'écarte de celles qui ont été prises à l'issue des actions antitrust intentées aux États-Unis à l'encontre de IBM, qui seront examinées au chapitre suivant).

9. Dans une autre affaire relevant de l'article 82 relative à la concession de licences d'exploitation de logiciels, il a été ordonné à la société Microsoft qui domine ce marché de mettre un terme à la pratique des contrats de vente liés de licences d'exploitation de logiciels, notamment des licences «par processeur» qui imposaient le paiement de redevances sur chaque ordinateur vendu, sans qu'il soit tenu compte de l'installation ou non du logiciel sur l'ordinateur; les fabricants de matériels n'avaient de ce fait plus intérêt à acheter les programmes d'ordinateur concurrents³⁴ (comme nous le verrons au prochain chapitre, un engagement similaire a été pris par Microsoft auprès des autorités fédérales américaines chargées de veiller au respect de la législation, qui avaient travaillé de concert avec la Commission de l'Union européenne au sujet de cette affaire). Dans l'affaire *Santa Cruz c. la société Microsoft*, cette dernière s'était vu interdire d'imposer des conditions dans un accord de licence qui empêchaient la mise au point de systèmes d'exploitation reposant sur le logiciel UNIX. Dans une autre affaire encore, dans laquelle Microsoft était mise en cause, le Tribunal de première instance a admis que cette dernière avait le droit de s'opposer aux importations parallèles par la France de logiciels en français en provenance du Canada, étant donné que la directive concernant la protection des programmes d'ordinateur disposait que l'extinction des droits avait lieu uniquement à l'intérieur de l'Union européenne³⁵. Le Tribunal n'en a pas moins jugé que la Commission avait exercé ses pouvoirs d'exécution au regard de l'article 82, en omettant d'examiner si l'écart de prix des produits entre le Canada et la France (où le prix était plus élevé) donnait lieu à un abus; le tribunal a estimé que si, d'une manière générale, l'exploitation d'un droit d'auteur ne

constituait pas un abus, elle pourrait l'être dans des circonstances exceptionnelles. Dans la récente affaire concernant les navigateurs, dans laquelle Microsoft a été mise en cause aux États-Unis, la Commission s'est abstenue d'engager une action avant que celle intentée aux États-Unis n'ait été jugée. Deux affaires mettant en cause Microsoft, concernant l'utilisation présumée du programme Windows 2000 pour accéder au marché des logiciels serveurs, la concession discriminatoire de licences, **la vente liée illégale** et la non-divulgateion d'informations, sont en instance. Dans une autre procédure engagée par la Commission, Microsoft a dû s'engager à ne pas chercher à influencer les cablo-opérateurs dans lesquels ils détient des participations minoritaires pour qu'ils achètent ses produits³⁶.

D. Contrôle des fusions

10. Aux termes de la législation de l'Union européenne, lorsque l'acquisition d'une entreprise par une autre, ou la création d'une coentreprise ayant un caractère de concentration (c'est-à-dire ayant des incidences comparables à une fusion et soumis de ce fait aux contrôles dans ce domaine), entraîne la concession de licences d'exploitation de DPI, ces licences sont considérées comme accessoires à la transaction principale lorsqu'elles ne sont pas exclusives et ne comportent pas de restrictions territoriales (les restrictions relatives au domaine d'utilisation sont admises)³⁷. En conséquence, une concession de licence pourra être acceptée si la fusion ou la coentreprise concernée peut aussi être acceptée. On peut toutefois considérer que l'acquisition de DPI par une entreprise revient à acquérir des actifs qui donnent lieu, de manière directe ou indirecte, à une prise de contrôle d'autres entreprises, formant ainsi une concentration soumise aux contrôles en matière de fusions. L'achat d'une marque de fabrique ou de commerce peut également, dans certaines circonstances, constituer une concentration³⁸. L'aspect le plus important de la façon dont est prise en compte l'interaction entre contrôle des fusions et DPI réside dans la possession de DPI qui permet de déterminer si la condition de fond déclenchant l'application des règles de la politique de concurrence (à savoir la création ou le renforcement d'une position dominante sur le marché considéré) est remplie; le règlement relatif au contrôle des fusions dispose que «tout obstacle, de nature juridique ou autre, s'opposant à l'entrée» doit être pris en compte pour établir s'il existe ou non une position dominante sur le marché. Cette règle peut parfois être liée à la question de la définition du marché considéré. L'obligation de renoncer à des licences d'exploitation de DPI pourrait contribuer à régler les aspects anticoncurrentiels d'une fusion.

11. Les affaires de fusions mettant en jeu des DPI, dont s'est saisie la Commission de l'Union européenne, ont fait apparaître les préoccupations suscitées par la concurrence dans le domaine de la recherche-développement et les débouchés pour les produits nouveaux, notamment dans l'industrie pharmaceutique³⁹. Dans l'affaire *Boeing c. McDonnell Douglas*, la fusion a été autorisée à la seule condition que les autres constructeurs d'avions puissent disposer de licences non exclusives portant sur des brevets et le savoir-faire y afférent détenus par Boeing. Dans l'affaire concernant la fusion *Ciba-Geigy/Sandoz*, la Commission, qui se préoccupait de la position dominante des entreprises intéressées sur le marché du métroprène (ingrédient entrant dans la composition de produits destinés à éliminer les puces des animaux), a vu ses craintes apaisées par l'engagement pris par celles-ci d'accorder, **selon des modalités justes et raisonnables**, des licences non exclusives de fabrication du produit; des questions semblables concernant le marché de la thérapie génique ont également été réglées par l'obligation d'accorder aux parties requérantes, pour une durée de 10 ans et à des conditions commerciales compétitives, des licences de brevet non exclusives⁴⁰ (aux États-Unis, la Federal

Trade Commission (FTC), qui s'inquiétait des conséquences de la fusion sur les «marchés de l'innovation», a résolu le problème par le démantèlement des activités canadiennes et américaines de Sandoz dans le domaine des produits antiparasitaires et par la conclusion d'un accord de transfert de technologie permettant à l'acquéreur de l'entreprise de fabriquer son propre métoprène; la FTC a également obligé Sandoz à accorder des licences non exclusives pour l'exploitation des droits de certains brevets de thérapie génique et d'une autre technologie et lui a interdit d'acquérir des droits exclusifs sur d'autres gènes)⁴¹. Alors qu'elle avait accepté la concession de licences non exclusives dans l'affaire *Ciba-Geigy*, la FTC a exigé, dans deux autres affaires de fusions d'entreprises pharmaceutiques ou chimiques (*Glaxo/Wellcome* et *Dupont/ICI*), la concession de licences exclusives empêchant les titulaires ou des tiers d'exploiter les DPI concernés.

Chapitre II

L'INTERACTION DE LA LÉGISLATION ANTITRUST ET DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AUX ÉTATS-UNIS

A. Aperçu général

12. La législation antitrust applicable aux États-Unis aux pratiques anticoncurrentielles en matière de droits de propriété intellectuelle se fonde essentiellement sur les textes de loi suivants: les articles 1^{er} et 2 de la loi Sherman interdisant respectivement tout contrat, toute association ou toute entente délictueuse visant à entraver les échanges ou le commerce ainsi que les monopoles, les tentatives de création d'un monopole et les ententes délictueuses tendant à créer un monopole⁴²; les articles 3 et 7 de la loi Clayton traitant respectivement des contrats liés et des fusions et acquisitions (l'étude ci-après n'abordera que brièvement les questions liées aux droits de propriété intellectuelle dans le contexte du contrôle des fusions); l'article 5 de la loi portant création de la Commission fédérale du commerce (FTC) qui confère à cette dernière de vastes pouvoirs pour lutter contre les formes de concurrence déloyale et les pratiques déloyales ou trompeuses; la législation régissant les droits de propriété intellectuelle et le commerce ainsi qu'une très vaste jurisprudence. Le traitement antitrust des droits de propriété intellectuelle a connu alternativement des cycles de relative rigueur et de libéralisation au cours du siècle dernier, sous l'influence de théories ou d'écoles de pensée économiques telles que le principe de l'«effet inhérent» en vertu duquel, puisque le droit de propriété intellectuelle est expressément destiné à permettre à son détenteur d'interdire à des tiers d'utiliser l'objet protégé, il devrait être possible d'imposer au preneur de licence les restrictions inhérentes au droit de propriété intellectuelle; la théorie de la «récompense raisonnable» en vertu de laquelle, puisque l'objet de la loi sur les brevets est de récompenser les efforts faits par le détenteur d'un brevet, l'application du droit de la concurrence ne devrait pas priver ce dernier de l'avantage qu'il tire des restrictions licites⁴³; l'importance accordée par l'École de Harvard à la libre concurrence individuelle, qui a joué en faveur de l'application d'une politique contraire aux «neuf restrictions», considérées comme dépassant presque toujours la portée du droit de propriété intellectuelle ou l'avantage raisonnable à tirer de ce droit⁴⁴; l'École de Chicago, qui insiste sur l'efficacité économique et critique l'application de lois antitrust rigoureuses à l'encontre des restrictions verticales, des monopoles et des fusions; et les travaux postérieurs à l'École de Chicago sur les barrières à l'entrée, le coût des opérations, les asymétries en matière d'information, le fonctionnement des marchés porteurs et les comportements commerciaux stratégiques. Il est maintenant généralement admis que les buts et objectifs des lois sur les brevets et des lois antitrust sont complémentaires en ce sens que les unes et les autres visent à encourager l'innovation, l'industrie et la concurrence⁴⁵. Mais ces dernières années, cette approche favorable aux droits de propriété intellectuelle et à leurs diverses modalités d'utilisation n'a pas empêché qu'une action énergique soit entreprise pour éviter qu'il n'en soit fait un usage abusif pour restreindre la concurrence, alors que les services et tribunaux chargés de faire respecter le droit de la concurrence s'efforcent de régler les questions économiques et juridiques complexes que posent les structures de l'industrie et les pratiques en vigueur dans le secteur des technologies de pointe. Toutefois, à l'exception de certaines pratiques manifestement douteuses en matière de concession de licences, les contrôles antitrust actuellement exercés dans le domaine des droits de propriété intellectuelle se limitent encore pour l'essentiel à des cas exceptionnels de conduite monopolistique et de marchés concentrés. Cela s'explique peut-être par un contexte général caractérisé par une économie dynamique développée et technologiquement avancée où l'on

considère que le risque que l'innovation donne lieu à une position de force est limité. La section B passe en revue les mesures prises par les organismes fédéraux chargés de faire respecter la législation antitrust en ce qui concerne les accords de concession de licences, conformément aux directives⁴⁶. La section C expose des affaires ayant fait jurisprudence concernant des monopoles fondés sur les droits de propriété intellectuelle (qui peuvent se produire dans le cadre des accords de concession de licences), et aborde d'autres questions telles que les acquisitions anticoncurrentielles ou l'exercice des droits de propriété intellectuelle, l'utilisation abusive des brevets et l'extinction des droits. **Les développements qui suivent ne visent pas le traitement des fusions d'entreprises détentrices de DPI; dans certaines affaires, de fusion de sociétés pharmaceutiques en particulier, la cession des droits a été ordonnée⁴⁷.**

B. Traitement des pratiques en matière de concession de licences en vertu des directives

13. Les directives définissent la politique antitrust du Département de la justice et de la Commission fédérale du commerce en ce qui concerne la concession de brevets, les droits d'auteur, les secrets de fabrique et les licences de savoir-faire. Elles n'abordent pas la manière de traiter les marques de commerce ou de fabrique, bien qu'elles mentionnent que les principes antitrust généraux applicables aux autres droits de propriété intellectuelle le sont également en ce qui concerne les licences de marques de commerce ou de fabrique. Les directives considèrent favorablement la protection de la propriété intellectuelle en général, faisant observer qu'elle encourage l'innovation et en favorise la diffusion et la commercialisation en instituant des droits de propriété exécutoires pour les créateurs de nouveaux produits utiles, en mettant en place des procédés plus efficaces et en promouvant les œuvres originales, ainsi qu'en empêchant qu'une imitation rapide n'atténue la valeur commerciale de l'innovation et ne décourage l'investissement, lésant en dernière analyse les consommateurs. Les directives s'abstiennent d'aborder de manière formelle le traitement des pratiques en matière de licences et examinent au cas par cas leurs véritables effets dans le contexte des accords de concession de licences, compte tenu de tous les facteurs économiques et juridiques pertinents. Elles consacrent trois principes fondamentaux: 1) à des fins antitrust, les droits de propriété intellectuelle sont fondamentalement comparables aux autres formes de propriété; 2) les droits de propriété intellectuelle en tant que tels ne confèrent pas nécessairement une position de force sur le marché dans le contexte antitrust⁴⁸; et 3) en règle générale, la concession de licences sur les droits de propriété intellectuelle encourage la concurrence car elle permet aux entreprises d'associer des facteurs de production complémentaires. La conclusion qui découle de ces principes est que le traitement antitrust appliqué devrait être le même qu'il s'agisse de droits de propriété intellectuelle ou d'autres formes de propriété; les caractéristiques qui n'appartiennent qu'aux droits de propriété intellectuelle (par exemple la facilité d'appropriation frauduleuse) peuvent être prises en considération dans une analyse antitrust classique, de même que les différentes formes que peuvent prendre les droits de propriété intellectuelle. Les accords de concession de licences ne feraient dans la majorité des cas l'objet d'un contrôle antitrust que lorsqu'ils faussent la concurrence entre des entités concurrentes ou susceptibles de l'être sur tel ou tel marché en l'absence de licence. En ce sens, les directives ont été plus influencées par l'École de Chicago opposée aux restrictions entre concurrents plutôt que par l'École de Harvard soucieuse de préserver la liberté de choix individuelle dans les relations verticales. L'importance qu'accordent les directives à la structure, à la coordination et au cloisonnement des marchés témoigne d'une

forte orientation en faveur des innovations et de leur diffusion. En outre, pour définir les marchés susceptibles de permettre une exploitation des droits de propriété intellectuelle, les directives établissent une distinction entre les «marchés des produits» pour les produits intermédiaires ou finals résultant d'une technologie sous licence ou protégée; les «marchés des technologies» sur lesquels les droits de propriété intellectuelle sont exploités indépendamment des produits auxquels ils se rapportent et les «marchés des innovations» dans le domaine de la recherche-développement pour les nouvelles technologies qui n'existent pas encore. Les trois marchés sont reliés verticalement et les marchés des innovations ou des technologies ne sont pris en considération que lorsqu'il est impossible de réaliser une analyse du marché des produits ou que cette dernière ne tiendra pas pleinement compte de toutes les incidences qu'aurait une opération sur la concurrence. Comme en témoignent les distinctions faites entre ces marchés, les directives semblent partir du principe (comme le fait en grande partie le règlement de l'UE) suivant lequel les donneurs et les preneurs de licence sont * **souvent** en relation verticale. Mais les directives indiquent expressément que la relation entre un donneur de licence et ses licenciés ou entre les preneurs de licence sera traitée comme horizontale s'ils avaient été effectivement concurrents ou susceptibles de l'être en l'absence d'une licence.

14. L'évaluation des pratiques en vigueur dans le cadre d'un accord de concession de licences exige qu'on fasse appel au critère du caractère raisonnable pour apprécier les éventuels effets positifs et négatifs sur la concurrence. * **En règle générale, la méthode consiste à se demander si la restriction considérée risque d'avoir des effets négatifs sur la concurrence et, si tel est le cas, si elle est raisonnablement nécessaire pour obtenir des effets bénéfiques pour la croissance qui font plus que compenser ses effets négatifs (directive 3.4).** Cette évaluation fondée sur le critère du caractère raisonnable se trouve simplifiée lorsque l'accord n'a pas d'effet anticoncurrentiel apparent; il sera présumé raisonnable et ne donnera lieu à aucune autre enquête sauf si des circonstances particulières l'exigent. L'évaluation est également sommaire si de prime abord l'accord est anticoncurrentiel, **et qu'il sera donc** contesté à moins qu'on puisse démontrer que sa contribution à l'amélioration de l'efficacité l'emporte sur son effet négatif sur la concurrence - entrent dans cette catégorie les pratiques commerciales restrictives du type de celles faisant l'objet d'interdictions a priori en vertu de la loi antitrust générale (ententes horizontales et verticales sur les prix et limitation de la production horizontale, partage du marché et boycottages collectifs). La plupart des autres pratiques, telles que les contrats liés, la concession de licences groupées, les accords d'exclusivité, la concession de licences réciproques et l'exploitation commune de brevets ou les rétrocessions, qui n'ont à première vue d'effet ni positif ni négatif sur la concurrence, font l'objet d'une analyse classique fondée sur le critère du caractère raisonnable. La plupart des restrictions verticales ne sont en général considérées comme dangereuses pour la concurrence que dans la mesure où elles peuvent comporter des restrictions * **effectives** entre les concurrents * **horizontaux au niveau du preneur ou du donneur de licence, ou sur un autre marché concerné.** Mais les restrictions horizontales ne sont pas nécessairement considérées comme négatives. C'est ainsi que les accords de concession de licences conclus pour regrouper des actifs complémentaires (par exemple par le biais des licences réciproques), ou pour sortir d'impasses juridiques ou résoudre des problèmes concrets factuels, seraient considérés dans la plupart des cas comme favorables à la concurrence; et un accord formellement restrictif limitant par exemple le domaine d'utilisation ou comportant des restrictions territoriales peut aussi être acceptable à condition qu'il n'entrave pas des technologies concurrentes. Les directives prévoient un «dispositif de sécurité» en vertu duquel les accords de concession de licences ne risquent guère d'être contestés car la concurrence est

suffisante pour écarter la possibilité qu'une position de force sur le marché soit exploitée – entrent dans cette catégorie les accords n'ayant aucun effet anticoncurrentiel apparent (à condition que la part totale du marché des parties sur chaque marché concerné ne dépasse pas 20 %). Ce dispositif ne prévoit par contre pas d'exemptions concernant le contrôle des fusions (qui s'applique tant aux simples cessions qu'aux licences d'exclusivité sur les droits de propriété intellectuelle).

15. Comme il ressort de ce qui précède, les directives confèrent une sécurité juridique moins grande que le règlement de l'UE sur le transfert de technologie du fait qu'elles énoncent des mesures d'application plutôt que des lois, et parce qu'elles suivent une approche flexible fondée sur le critère du caractère raisonnable (qui peut présenter des avantages dans le cas des marchés des technologies de pointe en rapide évolution). Mais les différences à cet égard entre les directives et le règlement de l'UE seraient aplanies par le fait que ce dernier permet une analyse économique souple tandis que les directives fournissent des orientations détaillées sur les mesures d'exécution (qui se basent en grande partie sur la jurisprudence et son évolution) et sur les principes et techniques d'analyse appliqués, sur la base de cas hypothétiques. Il y a des analogies entre la structure analytique exposée dans les directives et la classification dans le règlement de l'UE des pratiques entre «liste blanche», «liste noire» et «liste des procédures d'opposition», de même qu'en ce qui concerne la dérogation visant les accords d'importance mineure et la détermination d'examiner de près les pratiques horizontales, ainsi que les pratiques limitant les innovations technologiques (bien que les notions de marché des technologies et de l'innovation ne soient pas utilisées dans l'UE). De manière générale, les directives ont adopté une approche globalement analogue au règlement en ce qui concerne le problème fondamental que pose la question de savoir comment concilier le souci du donneur de licence de concéder cette dernière et la possibilité pour le preneur d'exercer son pouvoir de concurrence. Toutefois, *** s'agissant de l'exploitation des DPI, la politique de la concurrence des États-Unis est généralement moins contraignante que la législation de l'UE, en ce qui concerne plus particulièrement les accords entre non-concurrents, encore que cette divergence risque de s'atténuer si les propositions actuelles de réforme de la réglementation de l'UE sur le transfert de technologie venaient à être adoptées.**

C. Jurisprudence concernant la monopolisation et d'autres questions

16. On constate des analogies dans l'application pratique des règles adoptées aux États-Unis en ce qui concerne les monopoles afférents aux droits de propriété intellectuelle et les règles de l'UE relatives à l'abus de position dominante dans le domaine des droits de propriété intellectuelle. Comme dans l'UE, il semble que dans certains cas les entreprises en position dominante peuvent perdre un droit fondamental inhérent aux droits de propriété intellectuelle, à savoir le droit de ne pas diffuser l'innovation ou les avantages qu'elle procure. Il existe une vaste jurisprudence montrant, en se fondant sur la doctrine de l'«effet inhérent», qu'un détenteur de brevet est libre de décider ou non de le concéder. *** Aux États-Unis, trois juridictions d'appel se sont penchées sur la question des refus de concéder mais n'ont pas toutes adopté la même approche en la matière⁴⁹.** Aucune juridiction de dernier ressort n'a jusqu'ici accepté de se prononcer sur le fond de la problématique des droits de propriété intellectuelle sur la base de la doctrine des services essentiels. Le fait de traiter les droits de propriété intellectuelle et les autres formes de propriété de la même façon laisserait entendre que la doctrine des services essentiels est applicable en principe aux droits de propriété intellectuelle; mais son application pratique dans un cas précis dépendrait de la portée de la doctrine en général, qui n'est pas claire.

17. Tant l'effet d'amplification des monopoles que les doctrines sur les services essentiels peuvent être applicables lorsqu'une norme de facto est l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, dans le premier cas lorsque cette norme est utilisée pour dominer un marché connexe et dans le second cas lorsqu'il est indispensable de disposer d'une information sur la norme pour pénétrer un marché en amont ou en aval. Récemment encore, le contrôle antitrust sur les normes de facto était appliqué très prudemment. La célèbre action antimonopole intentée par le Département de la justice contre IBM, portant entre autres sur la compatibilité de son matériel périphérique et des ordinateurs fabriqués par d'autres sociétés, a finalement été classée sans suite au bout de 13 ans⁵⁰. Une action civile intentée pour demander à IBM de divulguer à l'avance les modifications techniques des interfaces a été rejetée au motif que IBM n'était pas tenu d'aider les fabricants concurrents⁵¹. Les stratégies d'innovation visant à contrôler tant l'innovation que les marchés en découlant par de nouveaux produits exclusifs ne tombent pas apparemment sous le coup des lois antitrust *; c'est ainsi qu'une action engagée par un fabricant de films pour obtenir d'un fabricant d'appareils photo qu'il fournisse des renseignements sur un nouveau type d'appareil a été rejetée au motif que la divulgation préalable de ces renseignements permettrait de tirer parti librement de l'investissement réalisé pour mettre au point de nouveaux appareils photo, décourageant ainsi la recherche-développement⁵². **La FTC a eu à examiner dernièrement les effets sur la concurrence de la revendication de droits de propriété intellectuelle après que la propriété intellectuelle en question a été incorporée à une norme. En l'affaire *Dell Computer Co.*, C-3658 (20 mai 1996), en particulier, il s'agissait d'une norme de bus local de transfert des instructions entre l'unité centrale et les périphériques d'un ordinateur conçue pour la Video Electronics Standards Association (VESA). Conformément aux règles de normalisation de la VESA, un représentant de Dell aurait certifié par écrit que la norme proposée ne portait atteinte à aucun des droits détenus par Dell. Or, une fois la norme adoptée et, semble-t-il, que le nouveau bus a commencé à faire ses preuves, Dell a informé les membres de la VESA que la norme empiétait sur ses droits de brevet. La Commission a soutenu qu'il s'agissait là d'actes de concurrence déloyale contrevenant à l'article 5 de la loi régissant la FTC. La Commission a expressément fait valoir à l'encontre de Dell que l'acceptation de la nouvelle norme avait été retardée, que les incertitudes quant à cette acceptation avaient accru le coût de mise en œuvre du nouveau procédé et que d'autres sociétés s'étaient abstenues d'utiliser le nouveau bus de crainte que le différend sur les droits de brevet ne nuise à son acceptation en tant que norme. La FTC a en outre reproché à Dell d'avoir jeté un froid sur les velléités de normalisation dans la profession. L'affaire a débouché sur un jugement d'expédient en vertu duquel la société Dell est convenue de ne pas faire valoir ses droits de brevet à l'encontre des fabricants d'ordinateurs utilisant le nouveau procédé, et de ne faire valoir à l'avenir aucun droit de brevet qu'elle aurait intentionnellement omis de divulguer au cours du processus de normalisation. Il y avait dans cette affaire des éléments qui relevaient de la problématique de la divulgation, même si l'affaire en elle-même relevait davantage du refus de traiter ou de la concession réciproque de licences.** * Intel, fabricant de microprocesseurs utilisés dans les ordinateurs occupant une position dominante sur le marché, a réagi au refus de trois fabricants concurrents de concéder des brevets sur des microprocesseurs en cessant de leur communiquer à l'avance des renseignements sur les produits, et en invitant les autres entreprises à ne pas coopérer avec eux; la société Intel a réfuté l'accusation portée contre elle d'exercer un monopole en empêchant d'autres entreprises d'exploiter leurs brevets en disant qu'elle avait le droit de refuser de divulguer des renseignements car elle protégeait et utilisait ses propres droits de propriété intellectuelle. Finalement, l'affaire a été réglée, Intel s'engageant à ne pas recourir à la

divulgarion préalable pour obtenir des licences sur des droits de propriété intellectuelle d'autres entreprises et la FTC acceptant qu'Intel puisse refuser de communiquer à l'avance des renseignements sur ses produits pour des raisons commerciales légitimes, par exemple si un client avait violé un accord de confidentialité ou lorsque Intel appliquait une politique générale de non-divulgarion⁵³. Cette affaire illustre de manière intéressante la façon dont la législation antitrust peut être utilisée non seulement pour limiter un usage anticoncurrentiel des droits de propriété intellectuelle par une société en position de force mais aussi pour protéger les droits de propriété d'autres entreprises soumises aux pressions de la société en position dominante.

À l'inverse, une cour d'appel fédérale a rejeté l'action antitrust d'Intergraph contre Intel et a estimé que les avantages clientèle d'Intel n'étaient pas un service essentiel, que le retrait de ces avantages n'était pas constitutif de refus de traiter et qu'Intel n'avait pas exploité sa position sur un marché d'amont pour prendre pied sur un autre marché⁵⁴.

18. Comme le montre l'affaire *Intel*, les normes de facto sont remises en cause depuis quelques années, compte tenu de la position de force qu'elles permettaient d'acquérir sur le marché de l'informatique et de la crainte que ne se produisent un effet d'amplification de monopole et des «effets réseaux» dans les branches de l'informatique, des télécommunications et autres industries de pointe, qui nécessitent aussi souvent un accès commun à des services uniques⁵⁵. Mais le problème que posent de telles affaires est de savoir comment s'attaquer aux pratiques commerciales restrictives sans porter atteinte aux innovations technologiques et à l'intérêt des consommateurs. Différentes actions intentées aux États-Unis contre Microsoft, dont quelques-unes seulement sont décrites ci-après, ont mis le problème particulièrement en évidence. Comme dans l'UE, une action intentée par le Département de la justice au sujet des pratiques d'exclusivité et de contrats liés ainsi que des modalités appliquées pour calculer les redevances, en particulier les «licences par processeur», a donné lieu à une ordonnance du tribunal interdisant à Microsoft d'imposer de telles clauses sur l'octroi des licences⁵⁶. Toutefois, l'interdiction frappant la vente jumelée et forcée d'autres logiciels de Microsoft comportait une exception pour les produits intégrés, qui permet à Microsoft d'intégrer de nouveaux éléments dans ses systèmes d'exploitation. De nouvelles actions ont été par la suite engagées par le Département de la justice et les Attorney Generals de 20 États contre la société Microsoft accusée d'imposer à tous les acheteurs de systèmes d'exploitation Windows 98 l'obligation d'installer son navigateur Internet – «Internet Explorer» – pour les utilisateurs finals (entraînant un effet réseau en ce sens qu'il est avantageux pour les consommateurs de disposer de logiciels de navigation identiques reliés au système d'exploitation général dominant)⁵⁷. Plusieurs autres pratiques – contrats liés, exclusivité des transactions ou évictions – ont été invoquées, le but général de Microsoft étant de monopoliser le marché des systèmes d'exploitation et d'occuper, grâce à ce monopole, une position dominante sur le marché connexe des logiciels de navigation.

*** En appel, la plupart des conclusions de la juridiction de première instance selon lesquelles Microsoft s'était rendue coupable de tentative de monopolisation du marché des systèmes d'exploitation pour ordinateurs personnels à processeur Intel et compatibles ont été confirmées⁵⁸. La cour d'appel a, en revanche, rejeté les conclusions selon lesquelles Microsoft avait tenté de monopoliser un marché des navigateurs Internet et elle a renvoyé pour complément d'examen la conclusion selon laquelle Microsoft avait violé l'article premier de la loi Sherman en liant le système d'exploitation au navigateur. Enfin, la cour d'appel a annulé la décision de la juridiction de première instance ordonnant une réparation d'ordre structurel et a demandé à ladite juridiction de se pencher de nouveau sur la question de la réparation appropriée. La juridiction de première instance est**

actuellement saisie d'un projet de règlement entre le Gouvernement des États-Unis et Microsoft.

19. Outre les accords de concession de licences ou les refus d'entrer en relation commerciale, il y a d'importants domaines dans lesquels les droits de propriété intellectuelle peuvent être utilisés en violation de l'article 2 de la loi Sherman. L'acquisition d'un droit de propriété intellectuelle grâce à un don du gouvernement peut entraîner une action en responsabilité en application de la loi antitrust dans les cas suivants: 1) s'il s'agit d'un plan concerté entre concurrents pour acquérir une position de force sur le marché; 2) s'il s'agit d'un plan tendant à créer un monopole en accumulant et en exerçant tous les droits de propriété intellectuelle importants sur un marché donné (en particulier s'il y a en plus non-exploitation); ou 3) si le droit est acquis frauduleusement auprès du Bureau des brevets et des marques de commerce ou de fabrique ou du Bureau des droits d'auteur, ou par suite d'une conduite inéquitable qui ne peut être assimilée à la fraude, et s'il est utilisé pour écarter la concurrence sur un marché donné (cette action ne peut être engagée que s'il y a création d'une position de force sur le marché). Les directives précisent que les autorités fédérales responsables de l'application des lois peuvent contester l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle dans les cas visés au paragraphe 3) ci-dessus (sous réserve que certaines conditions supplémentaires soient réunies). Lorsque le droit de propriété intellectuelle est acheté à une autre entreprise, une action en responsabilité en application de la loi antitrust peut être engagée si le but est de créer un monopole comme indiqué au paragraphe 2) ci-dessus, et l'acquisition peut également être soumise aux dispositions sur le contrôle des fusions, comme indiqué dans la section précédente. Toutefois, la simple acquisition d'un brevet «défensif» aux fins d'empêcher un concurrent de l'utiliser est légale. L'exercice ou la menace d'exercice de mauvaise foi de droits de propriété intellectuelle peuvent être illégaux lorsqu'ils visent à nuire à des concurrents potentiels; les directives précisent là encore que les autorités fédérales chargées de l'application des lois peuvent prendre des mesures antitrust en cas d'actions en justice objectivement dénuées de fondement. Depuis peu, les tactiques utilisées par les fabricants de produits pharmaceutiques brevetés pour faire obstacle à la concurrence des médicaments génériques après expiration de leur brevet font l'objet d'un contrôle antitrust. La FTC a reconnu non coupable un fabricant de produits pharmaceutiques qui, juste avant l'expiration d'un brevet basé sur un ingrédient entrant dans la composition d'un médicament, avait déposé un brevet supplémentaire pour ce même médicament au titre d'un autre principe actif qu'il contenait⁵⁹. Par contre, elle a obtenu gain de cause dans plusieurs actions qu'elle avait engagées au sujet de sommes que des fabricants de produits pharmaceutiques brevetés dont les brevets parvenaient à expiration auraient offert de verser à des fabricants de médicaments génériques pour qu'ils ne lancent pas sur le marché ces produits concurrents après l'expiration des brevets concernés, et d'autres procédures sont en cours dans le cadre d'une enquête plus vaste tendant à déterminer si de grandes sociétés de produits pharmaceutiques empêchent illégalement la concurrence des fabricants de médicaments génériques à faible coût⁶⁰.

20. Le comportement des détenteurs de droits de propriété intellectuelle est contrôlé non seulement par la législation antitrust mais aussi par la doctrine de l'exploitation abusive des brevets dégagée par voie jurisprudentielle et fondée sur l'équité qui peut entraîner l'interdiction d'exercer un brevet ou un droit d'auteur si le détenteur en a fait un usage abusif en écartant la concurrence au-delà de ce que lui permettait son droit de propriété intellectuelle, contrairement à l'intérêt général. De nombreux cas d'exploitation abusive concernent des transactions liées. Auparavant, la doctrine de l'exploitation abusive n'exigeait aucune preuve de position

dominante sur le marché, d'effet d'amplification ou de cloisonnement du marché; l'existence d'une clause non autorisée dans une licence était en soi assimilable à un usage abusif. Mais en vertu de la loi sur la réforme des brevets de 1988, lorsque l'usage abusif des brevets a lieu dans le cadre de transactions liées, il faut prouver que le détenteur du brevet a effectivement une position de force sur le marché; il est également précisé que le refus de concéder une licence ne peut justifier le dépôt d'une requête pour usage abusif d'un brevet. Il y a donc convergence entre la doctrine de l'usage abusif et la législation antitrust mais il reste à savoir si les tribunaux exigeront désormais qu'on leur fournisse la preuve qu'il y a position de force sur le marché dans les cas d'usage abusif sans rapport avec les transactions liées.

21. En ce qui concerne l'extinction des droits, la situation varie en fonction du droit de propriété intellectuelle concerné. La première vente par un détenteur d'un droit de propriété intellectuelle d'un produit protégé aux États-Unis éteint **la quasi-totalité de ses *** droits en application de cet article. Toutefois, il peut imposer, dans les limites définies par la législation antitrust (voir ci-dessus), diverses restrictions sur la concession d'une licence sur le produit breveté et/ou sa vente. La doctrine de la «première vente» ne s'applique pas aux produits commercialisés à l'étranger avec le consentement du détenteur du brevet, qu'il y ait ou non de brevet parallèle sur le produit à l'étranger; ce n'est que si les parties prévoient expressément que le titulaire de la licence pourrait bénéficier librement de tous ses droits sur les marchés tant étrangers qu'intérieur que le détenteur du brevet ne pourrait pas empêcher les importations parallèles. En ce qui concerne les produits de marque, en vertu de la législation sur le commerce et les marques de fabrique, les importations aux États-Unis de marchandises relevant du marché gris (importations parallèles) commercialisées à l'étranger sous licence d'un détenteur d'une marque de commerce ou de fabrique américaine sont interdites sans son autorisation, à moins que les titulaires de la marque de commerce ou de fabrique soient les mêmes à l'étranger et dans le pays, qu'il s'agisse de sociétés affiliées ou qu'elles soient placées sous une forme ou une autre de «contrôle commun»⁶¹ (sous réserve que les marchandises soient matériellement différentes de celles qui sont vendues aux États-Unis et risquent de créer une confusion chez les consommateurs). L'importation sans autorisation de matériel soumis à droit d'auteur **et acquis légalement n'est * pas** considérée comme une violation du droit exclusif du détenteur à distribuer des copies aux États-Unis *.

Chapitre III

POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET DPI DANS D'AUTRES PAYS

A. Règles applicables et expérience acquise au Japon

22. Le droit de la concurrence et le régime de protection des droits de propriété intellectuelle en vigueur dans les autres pays développés correspondent dans l'ensemble aux normes adoptées par l'Union européenne et les États-Unis⁶². C'est assurément le cas en ce qui concerne la législation et les directives dans ce domaine au Japon. Ainsi, l'article 23 de la loi antimonopole⁶³ exclut de son champ d'application les actes correspondant à l'exercice de droits visés par la législation sur les droits de propriété intellectuelle. Les accords de licence ne relevant pas de l'exercice de ces droits tombent sous le coup de l'article 3, qui interdit les monopoles privés et les entraves abusives à la liberté du commerce. Les DPI sont également visés par les articles 8 et 19 de la loi, qui proscrivent respectivement les entraves abusives à la concurrence imposées par des associations d'entreprises et les pratiques commerciales déloyales visant à fausser le libre jeu de la concurrence. La Commission japonaise de la concurrence qualifie notamment de déloyales les ventes liées abusives, les accords d'exclusivité, les entraves au commerce avec des tiers et l'abus de position dominante. Elle a par ailleurs émis des directives sur la concession de licence, en se limitant toutefois aux clauses qui peuvent constituer des infractions à l'article 19 de la loi⁶⁴. Ces directives, qui sont applicables tant aux accords nationaux qu'internationaux, indiquent aux entreprises les règles à respecter pour se conformer aux prescriptions de la Commission. Elles ressemblent à certains égards à celles qui sont émises par les autorités américaines: c'est ainsi par exemple qu'elles énumèrent, exemples à l'appui, les types d'accords de licence (concessions croisées, communautés de brevets, licences multiples) ou les refus de concession de licence pouvant être considérés comme anticoncurrentiels. La Commission qualifie notamment d'abus de DPI le fait, pour des fabricants de billards électriques, de s'opposer collectivement à la concession de brevets détenus dans une communauté de brevets afin de restreindre l'accès au marché d'autres agents économiques, le fait, pour une association d'entreprises, de lier une concession de licence au respect de certains quotas de production de germes de radis⁶⁵, ou encore les licences couplées imposées par le fabricant de logiciels Microsoft.

23. En vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, la Commission a également émis en 1993 des directives concernant les programmes communs de recherche et développement (ces textes définissent les critères du «caractère raisonnable» à appliquer pour résoudre les problèmes que peuvent poser au regard du droit de la concurrence et du droit de propriété intellectuelle les technologies et les produits résultant de ces programmes); ses directives de 1991 sur les réseaux de distribution et les pratiques commerciales (notamment sur la restriction abusive des importations parallèles) énumèrent un certain nombre d'entraves illégales mises en place par des distributeurs exclusifs pour empêcher les importations parallèles. Le principe de l'extinction internationale des DPI est pleinement appliqué au Japon. Ainsi, dans l'affaire *BBS*, la Cour suprême a considéré que le détenteur d'un brevet japonais de fabrication de jantes en aluminium ne pouvait s'opposer aux importations parallèles par un acquéreur légitime en Allemagne. Elle a toutefois estimé qu'il aurait pu s'opposer à l'importation parallèle de ces pièces s'il avait été convenu avec son concessionnaire qu'elles ne seraient ni commercialisées ni utilisées au Japon; en cas d'importation parallèle par un tiers, la clause excluant le Japon doit figurer en toutes lettres sur les jantes en question.

B. Règles en vigueur dans quelques autres pays ou régions

24. Les DPI ne sont pas spécifiquement mentionnés dans les lois sur la concurrence et les directives en matière d'exécution qui s'appuient largement sur les articles 81 et 82 du Traité de Rome, ce qui est le cas en particulier pour certains pays d'Europe centrale et orientale, d'Afrique et d'Amérique latine. On ignore par conséquent comment les dispositions de fond contenues dans ces textes législatifs pourraient s'appliquer aussi aux pratiques touchant les DPI, en raison notamment de l'absence de directives en la matière et d'une certaine inexpérience dans le domaine de l'articulation de la politique de la concurrence et des DPI, surtout dans les pays en développement et les pays en transition. La loi polonaise sur la concurrence ne restreint pas les DPI, mais s'applique aux contrats de licences et aux autres activités liées à leur exploitation; la question des licences a fait l'objet de directives distinctes largement inspirées de la réglementation de l'Union européenne⁶⁶. Au Venezuela, les directives publiées en application de la loi sur la concurrence précisent que l'imposition ou l'établissement de restrictions à l'acquisition ou à l'exploitation de DPI, y compris sur des connaissances techniques, doivent faire l'objet d'un agrément préalable de l'administration de la concurrence; elles ne précisent pas toutefois les critères appliqués pour accorder ou refuser l'agrément. En ce qui concerne les États membres de l'Union européenne, si la loi sur la concurrence de pays comme l'Allemagne ou l'Espagne prévoit expressément certaines exemptions en matière de DPI, aucune disposition de ce genre ne figure dans la législation française, où le DPI est néanmoins effectivement protégé.

25. Lorsqu'elles ne s'inspirent pas du modèle de l'UE, les lois sur la concurrence sont généralement plus explicites sur la question des DPI, qui mobilise de plus en plus certains pays (les plus développés). Elles prévoient le plus souvent des exemptions plus ou moins larges et nombreuses en matière d'acquisition et de concession de DPI. *** S'agissant de la concession de droits de propriété intellectuelle, le droit de la concurrence canadien doit être analysé à deux niveaux. Le premier niveau est celui des dispositions générales de la *Competition Act* (loi sur la concurrence) qui déterminent quand le Bureau de la concurrence doit intervenir dans un arrangement commercial, y compris lorsque des DPI sont en jeu. Les dispositions relatives à l'abus de position dominante contiennent une clause selon laquelle un acte qui vise uniquement à exercer un DPI ne saurait être considéré comme anticoncurrentiel, et cette clause vaut pour toutes les dispositions générales de la loi. Le second niveau est celui de l'article 32, disposition sur les recours spéciaux qui habilite le juge fédéral, sur la demande de l'Attorney General, à ordonner des mesures correctives s'il estime qu'une entreprise a utilisé les droits exclusifs et privilèges confiés par la propriété intellectuelle pour entraver indûment la liberté du commerce ou le jeu normal de la concurrence. Ces mesures correctives peuvent consister à ordonner au détenteur du droit de propriété intellectuelle d'en concéder la licence à autrui. Le Bureau de la concurrence a publié en 2000 des «Lignes directrices pour l'application de la loi» qui définissent comment il doit procéder pour déterminer si un comportement touchant la propriété intellectuelle pose un problème au regard de la loi sur la concurrence.** En Australie, la loi sur la concurrence ne s'applique pas à certaines clauses figurant dans les licences et les accords portant sur des DPI, mais il est question de *** raccourcir** la liste des exemptions les ententes horizontales et les accords imposant des restrictions en matière de prix et de quantité. **Il arrive que le comportement d'un détenteur de DPI qui est en position de force sur le marché puisse être assimilé à un usage abusif de cette position mais des critères stricts sont appliqués pour déterminer si tel est le cas; ainsi, dans une affaire récente, une société en position**

dominante a été jugée en droit de refuser d'entrer en relations commerciales avec un concurrent potentiel afin de préserver un système exclusif de distribution de répertoire des rues parce qu'elle n'avait pas profité de sa position dominante pour exclure son concurrent du marché⁶⁷. Comme celui du Japon, le droit de la concurrence de la République de Corée prévoit des exemptions pour les activités assimilables à l'exercice de DPI, mais il interdit les contrats internationaux déloyaux visant des licences de propriété intellectuelle et de technologie. La Note relative aux types et formes de pratiques commerciales déloyales relevés dans les contrats internationaux, y compris les licences de DPI, précise les critères d'évaluation fondés sur le «caractère raisonnable» qui serviront à déterminer si le contrat est effectivement anticoncurrentiel. Des directives sur les restrictions abusives d'importations parallèles ont également été publiées. Les organismes chargés de faire respecter le droit de la concurrence et de la propriété intellectuelle ont établi des mécanismes de consultation réciproque.

26. La législation des pays en développement de *common law* est en général plus précise sur les DPI, mais ces pays n'ont qu'une expérience limitée en matière d'exécution dans ce domaine. La loi jamaïcaine prévoit des exemptions pour les personnes physiques ou morales détentrices d'un droit d'auteur, d'un brevet ou d'une marque de commerce ou de fabrique ou de toute autre concession autorisée par la Commission de la concurrence; elle dispose aussi que les produits brevetés vendus par les distributeurs ne peuvent faire l'objet d'un prix imposé, mais qu'en revanche le détenteur du brevet peut fixer le prix des produits fabriqués par ses concessionnaires ou les titulaires de licences d'exploitation de son brevet⁶⁸. La loi zambienne sur la concurrence prévoit une exemption générale pour les dispositions des accords de licence visant des DPI et tout acte donnant effet à leurs dispositions⁶⁹. * La loi indienne relative aux brevets (1970) prévoit des mécanismes de contrôle pour empêcher les clauses liées et conditionnelles et l'imposition de restrictions après l'extinction des droits attachés aux brevets .

27. De nombreuses lois relatives aux DPI contiennent des dispositions qui répriment l'exercice abusif de ces droits sans qu'il soit besoin de se référer aux lois sur la concurrence; c'est notamment le cas de la législation sur les brevets, qui autorise le plus souvent les concessions de licence obligatoires pour défaut d'exploitation suffisante ou raisonnable au regard des besoins du marché, ou pour permettre l'exploitation de brevets subordonnés. Les pratiques anticoncurrentielles peuvent être sanctionnées par l'obligation de concéder des licences dans des pays comme l'Argentine et le Canada. * La législation canadienne sur les brevets prévoit aussi une obligation de concéder des licences en cas d'exploitation abusive de brevets *. Pour lutter contre l'exploitation abusive de licences de DPI, certains pays, notamment en développement, ont adopté à une certaine époque des lois spéciales sur le transfert de technologie, lesquelles différaient notablement à certains égards des lois sur la concurrence, et qui ont été abrogées ou assouplies. L'importation parallèle de produits brevetés est autorisée par la loi dans des pays comme l'Argentine ou le Honduras, ainsi que dans les États signataires du Pacte andin. Les importations parallèles de produits de marque sont également légales dans les pays du Pacte andin, en Australie, au Honduras, au Mexique, en Nouvelle-Zélande et en Suisse, et celles de produits protégés par un droit d'auteur le sont en Australie, en Nouvelle-Zélande et en Suisse. Au Canada, l'importation de ces produits est légale si le droit d'auteur est détenu par le même titulaire à la fois au Canada et dans le pays étranger concerné, mais le titulaire du droit d'auteur peut exercer un contrôle sur les importations au Canada si ce droit a été cédé à un tiers dans le pays exportateur. Le MERCOSUR reconnaît le principe de l'extinction régionale des DPI. Cependant, dans la plupart des pays de *common law*, la cession ou la concession de DPI par le

détenteur du droit ne libère le produit protégé que si l'accord ne contient aucune condition restrictive (ces conditions étant du reste assujetties aux contrôles prévus par le droit de la concurrence). Les cessions ou concessions ultérieures sont soumises aux mêmes conditions, même si les contrats correspondants ne les mentionnent pas expressément puisque, selon le principe de la «licence implicite», le titulaire d'une sous-licence ne peut acquérir un droit plus favorable que celui que possède déjà le concessionnaire initial. Ainsi, dans une affaire d'importation de produits pharmaceutiques jugée au Kenya, le tribunal a estimé que le distributeur local ne pouvait pas importer au Kenya les produits en question en raison des restrictions territoriales imposées par le détenteur britannique du brevet au titulaire américain de la licence à qui le distributeur avait acheté le produit⁷⁰. Cependant, selon la législation des États-Unis en matière de concurrence, les restrictions de ce type peuvent être considérées comme anticoncurrentielles si elles portent atteinte au commerce d'exportation. Dans l'affaire *Pilkington*, par exemple, le Département de la justice des États-Unis a engagé une procédure visant les restrictions frappant les licences de fabrication de verre flotté accordées à des entreprises américaines par une société britannique ou sa filiale américaine, au motif qu'elles avaient pour effet de restreindre la portée géographique de ces licences sur les marchés mondiaux et d'entraver les importations de verre aux États-Unis ainsi que les exportations de ce produit, alors que les brevets correspondants étaient éteints⁷¹. (Le Gouvernement du Royaume-Uni a élevé une protestation contre cette décision). Il convient aussi de noter que plusieurs pays en développement appliquent des lois n'autorisant la présence que d'un seul distributeur national de produits de marque ou de droits d'auteur, ce qui interdit en fait les importations parallèles.

Chapitre IV

DIMENSION INTERNATIONALE

A. Dispositions des instruments internationaux en matière de DPI

28. Le droit de la concurrence est à peine mentionné dans les Conventions relatives aux DPI dont l'application relève de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. L'article 11 *bis* de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle assure une protection efficace contre la concurrence déloyale. L'article 17 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques dispose expressément que la Convention ne peut porter préjudice au droit de surveillance et de contrôle des autorités nationales – ce qui vaudrait sans doute aussi en matière de concurrence. Le même principe s'appliquerait probablement aux autres conventions relatives à la propriété intellectuelle, même celles qui ne contiennent pas de dispositions similaires à l'article 17, puisque la Convention de Paris autorise dans son article 5 A 2) la concession de licences obligatoires pour prévenir les abus qui pourraient résulter de l'exercice du droit exclusif conféré par le brevet.

29. La Charte de La Havane de 1948 (qui n'est jamais entrée en vigueur) contenait des dispositions en matière de concurrence applicables aux DPI⁷². Les dispositions de fond de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) adopté dans le cadre du Cycle d'Uruguay ont un caractère essentiellement facultatif⁷³. L'article 8 de l'Accord dispose que, sous réserve qu'elles soient compatibles avec les autres dispositions de l'Accord, des mesures appropriées pourront être nécessaires afin d'éviter l'usage abusif du droit de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits ou le recours à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert de technologie. L'article 40 autorise les membres à préciser dans leur législation les pratiques ou conditions en matière de concessions de licences qui peuvent dans des cas particuliers constituer des usages abusifs de DPI ayant un effet préjudiciable sur la concurrence sur le marché considéré, et d'adopter, en conformité avec les autres dispositions de l'Accord, des mesures appropriées pour prévenir ou contrôler ces pratiques, qui peuvent comprendre par exemple les clauses de rétrocession exclusives, des conditions empêchant la contestation de la validité et un régime coercitif de licences groupées. Aux termes du même article, le membre qui estime qu'une société domiciliée sur le territoire d'un autre membre se livre à des pratiques anticoncurrentielles peut adresser une demande de consultation à ce membre, qui est tenu de coopérer en communiquant les renseignements non confidentiels à la disposition du public qui présentent un intérêt en l'espèce et les autres renseignements confidentiels dont il dispose (sous réserve des dispositions du droit interne et de la conclusion d'accords garantissant la confidentialité des informations). De même, si la demande lui en est faite, le membre doit se prêter à des consultations avec tout autre membre qui met en cause un de ses ressortissants ou une personne domiciliée sur son territoire. * L'article 31 énonce les conditions qui limitent le droit d'utiliser des brevets sans l'autorisation du détenteur du droit, y compris par les pouvoirs publics ou des tiers (par le biais des licences obligatoires). Cependant, un certain nombre d'exceptions sont énumérées; c'est ainsi qu'une telle utilisation pourra être permise pour remédier à une pratique jugée anticoncurrentielle à l'issue d'une procédure judiciaire ou administrative. Des dispositions identiques peuvent être appliquées en matière de schémas de configuration de circuits intégrés. L'article 6 de l'Accord dispose par ailleurs que, sous réserve des dispositions relatives au traitement de la nation la plus favorisée et aux accords multilatéraux sur l'acquisition ou le

maintien de la protection, aucune disposition dudit accord ne sera utilisée pour traiter la question de l'extinction des DPI. *, et cette clause a été réaffirmée par la Réunion ministérielle de Doha⁷⁴. La question du traitement des DPI dans la politique de la concurrence a été examinée de manière assez approfondie par le Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence de l'OMC⁷⁵. L'OMC dispose à présent, pour la période allant jusqu'à la prochaine réunion ministérielle, de programmes de travail couvrant aussi bien les ADPIC que l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence⁷⁶.

30. Lors des négociations de l'Accord, il a été décidé que les questions concernant la concurrence et les DPI seraient examinées dans le cadre des négociations parallèles sur le projet de Code international de conduite pour les transferts de technologie (dont le chapitre 4 aurait porté sur les pratiques en la matière). Ce code n'a jamais vu le jour⁷⁷. En conséquence, l'Ensemble de principes et de règles ne contient qu'une seule disposition sur les DPI, à savoir l'article D.4 e), aux termes duquel est considéré comme un abus de position dominante le fait d'imposer des restrictions à l'importation de biens légitimement commercialisés à l'étranger sous une marque de commerce ou de fabrique identique ou similaire à la marque de commerce ou de fabrique protégée dans le pays importateur pour des biens identiques ou similaires, quand les marques en question sont de même origine, c'est-à-dire appartiennent au même propriétaire, ou sont utilisées par des entreprises affiliées, et que le but de ces restrictions est de maintenir des prix artificiellement élevés. La Troisième Conférence des Nations Unies chargée de revoir l'Ensemble de principes et de règles a décidé que le Groupe d'experts devait, à la demande d'États membres et en collaboration avec les autorités nationales et régionales compétentes, s'efforcer de définir et de consolider un terrain d'entente entre les États dans le domaine du droit et de la politique de la concurrence, en déterminant les pratiques commerciales restrictives qui nuisent au développement économique des pays, notamment en apportant des éclaircissements et en encourageant l'échange de vues dans les secteurs où il est plus difficile de trouver un «terrain d'entente», par exemple en cas de différences entre les théories économiques ou entre les lois et politiques relatives à la concurrence, l'un des éléments plus particulièrement souligné étant «la politique de concurrence et l'exercice des droits de propriété intellectuelle ainsi que les licences d'exploitation de ces droits ou de connaissances spécialisées»⁷⁸.

B. Conclusions et conséquences pour la coopération internationale

31. Les pays et régions développés appliquent tous aujourd'hui des règles sensiblement identiques en matière de concurrence et de DPI, malgré quelques différences quant à la portée des exemptions prévues dans ce domaine. Ces règles partent du principe que la politique de la concurrence et le régime des DPI sont généralement complémentaires, car les DPI encouragent l'innovation ainsi que sa diffusion et sa commercialisation, d'où des gains d'efficacité dynamique⁷⁹ et des avancées sociales qui compensent largement les pertes dues à d'éventuelles inefficiences allocatives statiques préjudiciables aux prix et aux quantités des produits. Les DPI sont considérés comme similaires à d'autres droits de propriété qui ne créent une position de force sur le marché que lorsque des technologies ou produits de substitution ne sont pas disponibles. On estime que les concessions de licences de DPI favorisent généralement la concurrence et offrent la possibilité de combiner des productions complémentaires. Mais les autorités chargées de la concurrence interviennent dès lors qu'une position de force concernant un DPI est utilisée pour limiter dans des proportions déraisonnables le libre jeu de la concurrence sur les marchés considérés. En cas d'usage abusif de DPI, les interventions ne sont décidées

qu'au terme d'évaluations pragmatiques ou d'analyses économiques fondées sur le critère du «caractère raisonnable» qui prennent en compte la nécessité de respecter les DPI tout en préservant le libre jeu de la concurrence sur les marchés et, dans le cas des licences, de ne pas dissuader les détenteurs de DPI de concéder des licences tout en préservant la liberté concurrentielle de leurs concessionnaires. Cette souplesse ne va pas sans créer sur le plan juridique un certain flou auquel on s'efforce de remédier en traitant les DPI avec le maximum de clarté et de prévisibilité dans les lois sur la concurrence.

32. On semble aujourd'hui s'intéresser moins à l'étendue des prérogatives conférées par les DPI qu'au comportement des détenteurs de DPI, des concédants et des concessionnaires et de l'incidence de ce comportement sur le jeu de la concurrence, compte tenu de l'ensemble du contexte juridique et économique. On estime qu'il faut surtout veiller à ce que les DPI ne soient pas utilisés dans des conditions qui empêchent d'atteindre l'objet même pour lequel ils ont été accordés (à savoir la promotion de l'innovation). En règle générale, les concessions de licence verticales ne sont pas proscrites, même si l'on examine beaucoup plus attentivement les restrictions imposées par des concentrations ayant la forme de cartels, les pratiques d'exclusion et les abus de monopole de la part d'entreprises dominantes sur les marchés, ainsi que les pratiques et les fusions qui risquent d'avoir un effet paralysant sur l'innovation technologique⁸⁰. Les autres préoccupations communes concernent notamment les normes de facto exclusives, l'interopérabilité, l'accès aux services essentiels et les effets réseau, notamment dans le secteur des technologies de pointe. Mais compte tenu de l'évolution accélérée des technologies, de leur complexité, et des stratégies commerciales qui caractérisent ce secteur d'activité, on ne sait naturellement pas très bien quelles réponses il convient d'apporter à ces questions - une inconnue qui vient s'ajouter aux incertitudes et aux controverses à propos des conditions de concession ou de l'étendue des DPI dans des secteurs comme les produits pharmaceutiques, les logiciels et la biotechnologie. Il existe un consensus dans les pays ou régions développés au sujet de la manière de traiter des interactions entre la politique de la concurrence et la propriété intellectuelle, mais il subsiste des différences importantes au sein de ces pays et régions et entre eux en ce qui concerne la façon d'analyser des questions spécifiques (par exemple, la définition du marché, **les refus de concéder des licences portant sur des DPI ou de vendre des produits protégés à ce titre, la portée de la notion de services essentiels au regard des DPI**, certaines conditions énoncées dans des accords de concession de licences, certains comportements d'entreprises en position dominante, ou les importations parallèles)⁸¹, ce qui s'explique très certainement par des différences au niveau du droit de la concurrence et de la propriété intellectuelle, des politiques tendant à assurer le respect de la loi, des théories économiques, des courants commerciaux, des moyens technologiques et de la structure industrielle et des marchés.

33. D'autres pays ou régions abordent la question des DPI dans leur législation sur la concurrence, mais ils manquent d'expérience dans ce domaine. Avec l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, la protection de la propriété intellectuelle est accessible et applicable dans les mêmes conditions dans l'ensemble des marchés internationaux, ce qui incite les pays désireux de se prémunir contre l'usage abusif de DPI à se doter de lois et de politiques de la concurrence efficaces et à mettre en place des organismes chargés de faire respecter les règles de la concurrence. Dans la plupart des pays, notamment les pays en développement, les DPI sont en grande partie détenus par des entreprises étrangères, qui réalisent l'essentiel des opérations liées à ces droits. On peut donc s'attendre à une multiplication dans ces pays d'actions judiciaires concernant des DPI détenus par des

entreprises étrangères, d'où la nécessité accrue d'avoir accès aux informations dans les pays d'origine de ces entreprises et partout où elles détiennent de tels droits, et de prévoir un mécanisme d'assistance internationale pour faire respecter les règles dans ce domaine. À l'inverse, les marchés de ces pays peuvent ressentir les effets des mesures ordonnées par les administrations chargées de la concurrence d'autres pays, telles que la divulgation d'informations, l'accès libre à des normes exclusives; ou, dans le cas des fusions, la cession forcée d'actifs par l'entreprise absorbée ou l'entreprise absorbante ou ces deux entreprises à certains concurrents de DPI concernant des produits ou des procédés protégés dans des pays étrangers⁸². On sera donc *** probablement amené à avoir de plus en plus recours à l'assistance technique, à des consultations et à la coopération internationales pour traiter de ces questions, * y compris des consultations en application des dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC ***. Les dispositions de l'Accord relatives aux consultations et à la coopération en matière de politique de la concurrence vont sans doute être davantage appliquées. Cette coopération sera particulièrement efficace si les organismes chargés de la concurrence suivent la même démarche, se font mutuellement confiance et ont la même perception des avantages escomptés⁸³. Dans ce contexte, les avantages mutuels pourraient être accrus par l'internationalisation croissante des activités d'innovation⁸⁴ et par le fait que, dans le cas des industries de l'information, dont les produits, utilisés dans le monde entier, créent un effet réseau, la répression des pratiques commerciales restrictives sur un territoire donné, aussi vaste soit-il, ne suffira peut-être pas à prévenir le risque de monopolisation si des sanctions ne sont pas appliquées parallèlement contre ces mêmes pratiques dans d'autres juridictions⁸⁵.

34. Il faut donc s'efforcer de promouvoir la compréhension mutuelle et le renforcement de la confiance dans ce domaine. C'est pourquoi il a été demandé au Groupe de travail de l'OMC chargé de se pencher sur cette question de définir une base analytique qui permettrait de poursuivre le travail de rapprochement des politiques de la concurrence des pays membres de l'OMC et d'examiner un certain nombre d'autres questions, en tenant compte des délibérations du Groupe de travail, des études économiques pertinentes et des réglementations nationales: étude comparée du traitement des accords de licence; rôle du DPI dans les entreprises de réseau; émergence de nouvelles stratégies d'exercice de la puissance commerciale par l'acquisition de DPI et d'actions en contrefaçon engagées pour restreindre l'entrée de concurrents sur les marchés; définition de la notion de «marché d'innovation»; conséquences de la répartition territoriale des DPI et de l'application du principe de l'extinction internationale des droits et l'auteur de cette étude de l'OMC⁸⁶ estime que les administrations de la concurrence pourraient utiliser leurs pouvoirs en matière de défense de la concurrence pour participer au débat en cours sur l'étendue et l'application des DPI, qui contribuent largement à stimuler la concurrence et l'efficacité dynamique dans la nouvelle économie internationale de l'industrie du savoir⁸⁷. Par ailleurs, les participants à une table ronde organisée par l'OCDE ont expressément recommandé que les administrations de la concurrence utilisent leur pouvoir de sensibilisation pour alerter les bureaux des brevets quant aux effets anticoncurrentiels des brevets trop généraux. Tout en recommandant aussi que les administrations chargées de la concurrence ne prennent pas de mesures visant à limiter les effets anticoncurrentiels de tels brevets (car cela tendrait à réduire l'innovation en créant une plus grande incertitude au sujet des rendements éventuels), ils ont noté qu'une certaine régulation automatique était déjà pratiquée car l'étendue des droits conférés par un brevet peut être liée à une position dominante⁸⁸. Un document de travail établi par l'administration chargée de la concurrence au Royaume-Uni laisse entendre que l'émergence du commerce électronique risque d'accroître le nombre d'actions intentées en

matière de concurrence fondées sur des revenus excessifs des DPI, et il y a donc peut-être lieu de réviser quelque peu les lois sur la propriété intellectuelle⁸⁹. De plus, le représentant d'un pays avancé sur le plan technologique a estimé que, compte tenu de l'impact du commerce électronique et de la protection des DPI correspondants sur l'activité économique mondiale, il importait d'étudier les effets de la délivrance de brevets sur des méthodes commerciales et de prendre les mesures qui s'imposent dans le cadre de la politique internationale de la concurrence⁹⁰. (Toutefois, l'Office des brevets et des marques des États-Unis a fait savoir qu'il réexaminera ses procédures de concession de brevets sur des méthodes commerciales.)

*** Dans l'UE, où une loi communautaire sur les brevets logiciels est en préparation, les responsables des questions de concurrence à la Commission ont instamment demandé que la portée de ce texte soit limitée et que soient notamment exclus les brevets sur des méthodes commerciales⁹¹. L'ex-Président de la Commission fédérale du commerce des États-Unis a déclaré qu'«il ne s'agit pas tant de savoir si des incitations à l'innovation devraient être protégées – tout le monde est d'accord à ce sujet – mais plutôt de déterminer l'étendue de la protection qui se justifie»⁹² et que «nombreux sont ceux, à commencer par moi-même, qui jugent préoccupants le nombre et la portée des brevets actuellement délivrés»⁹³.** Il a souligné que parmi les problèmes difficiles auxquels se heurtent les personnes chargées d'appliquer la législation antitrust dans le secteur de la technologie de pointe on peut citer l'opposition entre la propriété intellectuelle et les principes traditionnels de la législation antitrust, l'incompatibilité potentielle entre un marché en évolution rapide et le rythme assez lent de la révision des lois antitrust, et le degré élevé de connaissances techniques dont doit être doté le personnel chargé d'appliquer les lois sur la concurrence, tout en faisant remarquer que l'application de la législation antitrust aux États-Unis avait permis de beaucoup progresser dans la solution de ces problèmes.

35. Il ressort de ce qui précède qu'il existe un risque de divergence dans ce domaine entre les administrations chargées de la concurrence et les organes chargés de la protection des DPI, et entre les différents pays, et qu'il est nécessaire de promouvoir les consultations, la coopération et l'assistance technique. **Une méthode qui conviendrait peut-être aux pays en développement pour réduire ce risque de divergence au plan national consiste à faire comme la Colombie et le Pérou, où une seule institution est chargée à la fois de la politique de la concurrence et des questions de DPI, même si les procédures internes restent distinctes; cette formule a beaucoup facilité les consultations et les communautés de vues⁹⁴.** * Il a été suggéré que, s'agissant des travaux de suivi, une méthode au cas par cas devrait être adoptée, qui devrait permettre à un certain nombre de pays d'organiser une table ronde sur les quelques affaires traitées par leur administration nationale chargée de la concurrence, et que des thèmes communs devrait être choisis, y compris les méthodes qui pourraient être utilisées comme «modèles» pour les directives concernant la protection des droits de propriété intellectuelle⁹⁵. Compte tenu de cette suggestion, de la décision de la Conférence de révision et des conclusions énoncées dans le présent rapport, il est recommandé que dans ses débats sur le *** traitement des DPI dans la politique de la concurrence** le Groupe intergouvernemental d'experts traite des questions suivantes:

a) Pratiques caractéristiques en matière de DPI et étude des motivations et des effets économiques de telles pratiques, en accordant la priorité à l'exclusivité territoriale et aux importations parallèles, aux accords d'exclusivité, aux contrats liés et aux rétrocessions exclusives, compte tenu de l'analyse de ces pratiques figurant dans le document TD/B/COM.2/CLP/10 (reproduit à l'annexe);

b) Identification en matière de DPI, les principes et les critères qui sont appliqués, dans différentes juridictions pour faire le départ entre les pratiques qui visent des objets ou des fins légitimes de saine concurrence, et celles qui n'obéissent pas à une logique de protection légitime et question de savoir dans quelle mesure il a été ou il peut être possible dans ce contexte d'établir une distinction entre pratiques horizontales et pratiques verticales et sur quoi se fondent les administrations de la concurrence pour contrôler la régularité des licences de savoir-faire (étant donné que, dans la plupart des pays, le DPI ne couvre pas spécifiquement le savoir-faire).

c) Dans les affaires de concurrence portant sur des DPI, comment évaluer les marchés considérés, la puissance commerciale ou le jeu de la concurrence pour tenir compte de l'évolution des technologies, des stratégies d'entreprise, du droit ont été ou peuvent-ils être correctement évalués et de la politique de la concurrence, et du cadre international de la protection des DPI.

d) Que prévoient les différentes lois sur la concurrence ou les mécanismes visant à assurer leur application face à certaines pratiques observées couramment dans les accords de licence de DPI, aux abus de position dominante et aux pratiques monopolistiques les plus répandues, en cas d'accords de fusion ou de coentreprises portant sur des DPI ou en ce qui concerne certaines questions que soulèvent le secteur des technologies de pointe, ou les effets réseau, et quelles sont les sanctions en cas d'infraction en fonction de cas hypothétiques ou réels?

e) Les administrations de la concurrence doivent-elles user de leurs pouvoirs en matière de défense de la concurrence pour participer au débat en cours sur l'étendue et l'application des DPI et consulter les organes chargés de la protection des DPI, dans l'affirmative, comment?

f) Dans quelle mesure les politiques de la concurrence doivent-elles prendre en compte la portée relative des DPI dans les différents pays, l'importance accordée respectivement à l'efficacité statique et dynamique dans les politiques de la concurrence, la structure des secteurs d'activité et des marchés nationaux, le niveau de développement technologique et le rôle de l'acquisition et de l'utilisation de DPI dans les stratégies commerciales (en sachant que les marchés de nombreux pays en développement ne disposent le plus souvent que d'un nombre limité de produits ou de technologies de remplacement, que les barrières à l'entrée sont plus élevées, et en tenant compte également de la faiblesse du pouvoir d'achat et/ou de l'insuffisance de la capacité de concurrence par l'innovation)?

g) Quelles conditions et quels mécanismes faudrait-il créer pour renforcer la coopération internationale dans ce domaine?

36. Le Groupe intergouvernemental d'experts souhaitera peut-être aussi demander au secrétariat de la CNUCED de procéder, en tenant compte des résultats de ces discussions et des renseignements communiqués par les États membres, du Groupe d'experts, à l'analyse comparative des observations sur le droit de la concurrence et le traitement des DPI qui figurent dans les «commentaires relatifs à la loi type sur les pratiques commerciales restrictives»⁹⁶ ainsi que des programmes de coopération techniques visant à renforcer les compétences des pays en développement et des pays en transition dans ce domaine.

Notes

¹ Voir CNUCED, *Rapport de la quatrième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives* (TD/RBP/CONF.5/16), chapitre 1, paragraphe 7, de la résolution.

² **Voir le paragraphe 4 de ses conclusions concertées dans CNUCED, *Rapport du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence sur sa troisième session* (TD/B/COM.2/CLP/24, TD/B/COM.2/32).**

³ **Des communications écrites concernant ce rapport ont été reçues des Gouvernements du Canada et des États-Unis.**

⁴ Voir TD/B/COM.2/CLP/10, résumé.

⁵ Voir les articles premier et 39 de l'Accord. L'article 39 stipule que dans le cadre des mesures visant à garantir une protection efficace contre la concurrence déloyale, conformément à l'article 10 *bis* de la Convention de Paris sur la propriété industrielle, les membres sont tenus de protéger les renseignements non divulgués si ceux-ci sont secrets, qu'ils ont une valeur commerciale en raison de leur caractère confidentiel et que des mesures raisonnables ont été prises en vue de le préserver. Cette disposition viserait la notion de secret de fabrication ou d'affaires qui bénéficie de la protection conférée par les DPI dans la législation de nombreux États américains. Elle viserait également la notion de savoir-faire secret (renseignements techniques non brevetés, comme les descriptifs de procédés de fabrication, les recettes, les formules, les modèles ou dessins) qui fait régulièrement l'objet d'accords de concession de licences, et est reconnue juridiquement dans la législation de l'UE.

⁶ L'article 81 1) (ex-article 85) interdit tous accords, toutes décisions et pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. Toutefois, les comportements relevant de l'article 81 1) peuvent déroger à son application sur le fondement de l'article 81 3) s'ils contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte et sans entraîner des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ou donner la possibilité, pour une partie substantielle des produits concernés, d'éliminer la concurrence.

⁷ Règlement n° 240/96, du 31 janvier 1996, concernant l'application de l'article 85 3) du Traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, JO L 31/2 de 1996. Ce règlement remplace deux textes dans lesquels les licences de brevet et les licences de savoir-faire étaient traitées séparément et aborde la question du contrôle de ces restrictions dans une optique sensiblement moins stricte que dans les règlements précédents.

⁸ **Le «noyau dur» des droits qui constituent le DPI proprement dit.** Également appelé doctrine de la «portée de la concession» et qui trouve son origine dans la doctrine de l'«effet inhérent» appliquée dans la législation antitrust des États-Unis.

⁹ Voir CJCE, arrêt du 8 juin 1982, *L. C. Nungesser KG et Kurt Eisele c. Commission des Communautés européennes*, affaire 258/78, *Recueil de jurisprudence 1982*, p. 2015 (affaire «semences de maïs»), et CJCE, arrêt du 6 octobre 1982, *Coditel c. Ciné Vog Films SA*, affaire 262/81, *Recueil de jurisprudence 1982*, p. 3361.

¹⁰ CJCE, affaire 27/87 du 19 avril 1988, *Erauw-Jacquéry c. La Hesbignonne*, Rep. 1988, 1919.

¹¹ L'article 295 du Traité de Rome dispose que le Traité «ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres».

¹² Voir CJCE, arrêt du 25 février 1986, *Windsurfing International c. Commission des Communautés européennes*, affaire 193/83, *Recueil de jurisprudence 1986*, p. 611, et arrêt de la Cour du 27 septembre 1988, *Bayer c. Süllhöfer*, affaire 65/86, *Recueil de jurisprudence 1988*, p. 5249.

¹³ Voir CJCE, arrêt du 11 février 1971, *Sirena c. Eda*, affaire 40-70, *Recueil de Jurisprudence 1971*, p. 69; arrêt de la CJCE du 22 juin 1994, *IHT und Danziger c. Ideal Standard GmbH*, affaire C-9/93, *Recueil de jurisprudence 1994*, p. I-2789.

¹⁴ Voir CJCE, arrêt du 14 septembre 1982, *Keurkoop BV c. Nancy Kean Gifts BV*, affaire 144/81, *Recueil de jurisprudence 1982*, p. 2853.

¹⁵ Sauf lorsqu'une licence obligatoire a été concédée. De même, les droits de distribution conférés par un droit d'auteur ne s'éteignent pas par la première représentation d'un film ou la première diffusion d'une émission de télévision au sein de l'UE.

¹⁶ CJCE, arrêt du 16/7/1998, *Silhouette International Schmied*, affaire C-355/96, *Recueil de jurisprudence 1998*, page I-4799.

¹⁷ Voir l'affaire *Sebago* C-173/98 (1999) 2 C.M.L.R. (*Common Market Law Report*) 1317.

¹⁸ **Voir les affaires jointes *Zino Davidoff/Levi Strauss*, à l'adresse: www.europa.eu.int.**

¹⁹ Voir Pons J.-F., «Innovation and Competition: A view from the European Commission», *Bulletin de la politique de concurrence* (1998), p. 6.

²⁰ Y compris la plupart des clauses de rétrocession, des prescriptions relatives aux quantités, des limitations du domaine d'utilisation et autres dispositions visant à maintenir la protection et à conserver la maîtrise de la technologie faisant l'objet d'une licence d'exploitation, à préserver l'équilibre financier et économique des obligations respectives des parties ou à favoriser le transfert de technologie.

²¹ Y compris les clauses relatives aux prix de vente imposés, certaines dispositions générales visant à proscrire toute concurrence, les interdictions d'exporter découlant d'une action concertée ou ne présentant aucune justification objective, les restrictions concernant la clientèle et les restrictions territoriales absolues ou d'une durée excessive.

²² La procédure s'applique expressément aux accords liés qui ne répondent pas à une nécessité technique ni à des clauses de non-contestation.

²³ **Voir Commission des Communautés européennes, Rapport d'évaluation de la Commission concernant le règlement d'exemption par catégorie n° 240/96 en faveur du transfert de technologie – Accords de transfert de technologie relevant de l'article 81 (http://comm/competition/antitrust/technology_transfer).**

²⁴ CJCE, arrêt du 6 avril 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independant Television Publications Ltd (ITP) c. Commission des Communautés européennes*, affaire C-241/91 P, *Recueil de jurisprudence 1995*, p. I-743, I-822, point 46.

²⁵ CJCE, arrêt du 5 octobre 1988, *CICRA c. Renault*, affaire 53/87, *Recueil de jurisprudence 1988*, p. 6039; CJCE, arrêt du 5 octobre 1988, *Volvo c. Veng*, affaire 238/87, *Recueil de jurisprudence 1988*, p. 6211. La portée qu'il convient de donner aux droits de conception portant sur des pièces de rechange pour automobile fait actuellement l'objet d'une controverse dans l'Union européenne, ce qui a conduit à exclure le sujet de la directive communautaire concernant l'uniformisation des législations nationales protégeant les droits de conception et empêché jusqu'à présent l'adoption d'un règlement instituant un droit de conception commun indépendant.

²⁶ CJCE, arrêt du 6 avril 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independant Television Publications Ltd (ITP) c. Commission des Communautés européennes*, affaires C-241/91 P, C-242/91 P, *Recueil de jurisprudence 1995*, p. I-743.

²⁷ L'article mentionne dans sa liste indicative de pratiques abusives le fait de «limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs».

²⁸ Affaire *Ladbroke*, Tribunal de première instance, arrêt du 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke SA c. Commission des Communautés européennes*, affaire T-504/93, *Recueil de jurisprudence 1997*, vol. II, p. 923.

²⁹ *Hilti AG c. Commission des Communautés européennes*, affaire C-53/92P, *Recueil de jurisprudence*, vol. 1, p. 667.

³⁰ Ce principe existe dans la législation antitrust américaine qui considère comme essentiel un service indispensable pour accéder au marché; service dont la reproduction par un nouvel arrivant est quasiment impossible et à laquelle le propriétaire refuse de donner accès sans invoquer de raison d'ordre commercial sérieuse; l'obligation d'autoriser l'accès sera imposée, si cela est réalisable et si l'utilisation qu'en fait le nouvel arrivant potentiel n'entrave pas sensiblement l'exploitation du service par son propriétaire.

³¹ ***NDC Health/IMS Health*, affaire COMP D3/38.044 (référé), 3 juillet 2001.**

³² Directive 91/250/CEE, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, JO n° L 122, p. 42.

³³ Contrairement à une norme officielle qui est adoptée par un organisme de normalisation, la norme de facto tire son statut de son succès commercial.

³⁴ Engagement du 15 juillet 1994, *Bulletin de l'Union européenne*, 7 août 1994, p. 149 et suiv.

³⁵ Tribunal de première instance, arrêt du 16 décembre 1999, *Micro Leader Business c. Commission des Communautés européennes*, affaire T-198/98.

³⁶ Voir *Financial Times*, 19 avril 2001.

³⁷ Voir la communication de la Commission relative aux restrictions accessoires aux opérations de concentration 4064/89, JO no C 203, 1990, p. 5.

³⁸ Voir la communication de la Commission relative à la notion de concentration, JO C 385/2, 1994, par. III, point 11.

³⁹ Voir Lang J. T., *European Community antitrust law: Innovation markets and high technology industries*, 19 *Fordham International Law Journal*, 20:717.

⁴⁰ Affaire *Ciba-Geigy/Sandoz*, affaire n°IV/M.737, décision de la Commission du 17 juillet 1996, JO n° L 201 du 29 juillet 1997.

⁴¹ *Ciba-Geigy Ltd. et al.*, FTC Dkt. n° C-3725, Consent Order and Complaint (24 March 1997), reported in 5 *Trade Reg. Rpt. (CCH)* 24, 182.

⁴² La notion de monopole est sensiblement plus étroite que celle de l'abus d'une position dominante en vertu de la législation de l'UE, mais peut elle aussi s'appliquer à une action unilatérale. Il faut pouvoir démontrer qu'il y a une situation de monopole sur le marché considéré et acquisition ou exercice délibéré d'une position dominante par des pratiques anticoncurrentielles ou d'éviction; une position très forte sur le marché (70 % par exemple) crée une présomption de monopole, de même que de facteurs tels que l'aptitude d'une société à pousser les prix au-dessus (ou à les abaisser en dessous) du niveau concurrentiel pendant un laps de temps relativement long.

⁴³ Pour une étude critique de ces deux doctrines, voir Ullrich, H., *Technology transfer agreements under EC-competition law: a conservative reform*, Centre d'études internationales de la propriété industrielle, Strasbourg, 1996.

⁴⁴ La liste publiée par le Département de la justice en 1970 comportait neuf restrictions: achats et ventes liés de produits non brevetés, rétrocessions obligatoires, restrictions après vente sur la revente des produits brevetés par les acheteurs, engagements de ne pas acheter les produits d'un concurrent, opposition d'un titulaire de licence à l'octroi de licences supplémentaires, régime contraignant des licences groupées, redevances qui ne sont pas raisonnablement liées à la vente du produit breveté, restrictions sur les ventes de produits non brevetés fabriqués grâce à un procédé breveté et fixation du prix des produits fabriqués à l'aide d'une technologie sous licence.

⁴⁵ *Atari Games Corp. c. Nintendo of America, Inc.*, 879 F.2d 1572 (Cir. Fed. 1990).

⁴⁶ Antitrust Guidelines for Licensing of Intellectual Property, Département de la justice et Commission fédérale du commerce, 6 avril 1994, republié dans 4 Tr. Reg. Rep. (CCH) 13.132.

⁴⁷ Voir Glasgow, Lara J., **Stretching the limits of intellectual property rights: has the pharmaceutical industry gone too far?**, *IDEA The Journal of Law and Technology*, vol. 41 (2001), p. 227.

⁴⁸ Toutefois, les directives reconnaissent que la législation est ambiguë quant à savoir si l'on peut présumer qu'un droit de propriété intellectuelle confère une position de force sur le marché.

⁴⁹ *Data General c. Grumans System Support*, 36 F.3d 1147 (1^{er} Cir. 1995) (pas de condamnations pour refus de concéder une licence sur un droit d'auteur); *Image Tech Servs. Inc. c. Eastman Kodak Co.*, 125 F.3d 1195 (9^e Cir. 1997) (condamnation pour refus de concéder une licence sur un brevet); *CSU, l.l.c. c. Xerox Corp.*, 203 F.3s 1322 (Cir. Fed. 2000) (pas de condamnation pour refus de concéder une licence sur un brevet).

⁵⁰ Voir *US c. IBM Corp.*, 687 F.2d 591 (2^e Cir. 1982).

⁵¹ *California Computer Prods., Inc. c. IBM*, 613 F.2d 727 (9^e Cir. 1979).

⁵² *Berkey Photo c. Eastman Kodak*, 603 F.2d 263 (2^e Cir. 1979).

⁵³ Voir *Agreement Containing Consent Order* (n° de rôle 9288), à l'adresse <http://www.ftc.gov/os/1999/9903/d09288itelagreement.htm>.

⁵⁴ *Intergraph Corp. c. Intel Corp.*, 95 F.3d 1346 (Cir. Fed. 1999).

⁵⁵ Cet effet se produit lorsque la valeur que dégage un utilisateur du réseau s'accroît dans les mêmes proportions que le nombre des usagers rattachés à ce réseau. C'est ainsi que la valeur d'un programme informatique, par exemple, dépend parfois des fichiers de données créés grâce à ce programme, ainsi que de l'interfonctionnement de ce dernier avec des biens ou services complémentaires. Les effets réseaux renforcent à la fois la demande des utilisateurs et la position de force sur le marché du côté de l'offre.

⁵⁶ *US c. Microsoft*, 1995-1 CCH Trade Cases, par. 70, 928.

⁵⁷ Un navigateur est un logiciel spécialisé qui permet aux utilisateurs d'ordinateurs personnels d'avoir accès au World Wide Web d'Internet.

⁵⁸ *États-Unis c. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Circ. 2001).

⁵⁹ Voir *Financial Times*, Drug abuses, 20 avril 2000.

⁶⁰ Voir «Drugs group in antitrust probe», *Financial Times*, et «Antitrust charge in U.S.», *Wall Street Journal*, 3 avril 2001. Voir aussi Glasgow, *op. cit.*

⁶¹ Voir *Kmart Corp. c. Cartier Inc.*, 108 S. Ct. 1811, 6 USPQ2d 1897 (1988).

⁶² Voir OCDE, *Politique de la concurrence et droits de propriété intellectuelle*, Paris, 1998.

⁶³ Loi concernant l'interdiction des monopoles privés et le maintien d'une concurrence loyale, loi n° 54 du 14 avril 1947.

⁶⁴ Directives de juillet 1999 relatives aux accords de licence de brevet et de savoir-faire **en vertu de la loi antimonopole**. Remplacent les directives émises en 1989.

⁶⁵ Voir Groupe de travail de l'OMC sur l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, communication du Japon: relations entre les aspects commerciaux du droit de la propriété intellectuelle et de la politique de la concurrence (WT/WGTCP/W/106 – en anglais). Les directives de 1989 étaient déjà en vigueur à l'époque où la justice s'est prononcée sur ces affaires.

⁶⁶ Voir la loi réprimant les pratiques monopolistiques de 1990 et les directives du Bureau antimonopole pour l'application des dispositions de la loi réprimant les pratiques monopolistiques en matière de licences de brevet et de savoir-faire.

⁶⁷ ***Medway Publishing Pty. Ltd. c. Robert Hicks Pty. Ltd. (t/a Auto Fashions Australia) (2001) 50 I.P.R. 257.***

⁶⁸ Voir loi de 1993 sur la concurrence.

⁶⁹ Loi de 1994 sur la concurrence et la liberté du commerce, art. 3.

⁷⁰ *Beecham Group c. International Products Ltd.*, cité dans D. Gladwell, «The exhaustion of intellectual property rights», 12 *European Intellectual Property Review* (1986), p. 368.

⁷¹ *U.S. c. Pilkington plc*, 7 Trade Reg. Rep. (CCH) 50758 (D. Ariz. 1994) jugement d'expédient.

⁷² L'article 46.3 de la Charte prohibe notamment les pratiques qui, par voie d'accord, empêchent l'amélioration ou la mise en œuvre de procédés techniques ou d'inventions brevetées ou non, ainsi que celles qui étendent l'exercice de droits de propriété intellectuelle à des matières, produits ou conditions de production, d'utilisation ou de vente qui n'entrent pas dans le cadre ou ne font pas l'objet de ces privilèges.

⁷³ Voir à ce propos *The TRIPS Agreement and Developing Countries*, CNUCED, ONU, New York et Genève, 1996. Numéro de vente 96.II.D.10. Pour des études sur les dispositions de l'accord concernant la concurrence, voir CNUCED, *The Scope, coverage and enforcement of competition laws and policies and analysis of the provisions of the Uruguay Round Agreements relevant to competition policy, including their implications for developing countries*, TD/B/COM.2/EM/2, et *L'expérience acquise dans le domaine de la coopération internationale concernant la politique de concurrence et les mécanismes autorisés*, TD/RBP/CONF.5/4, ainsi que l'Organisation mondiale du commerce, *Rapport annuel 1997 – vol. 1 – Dossier spécial – Le commerce et la politique de la concurrence*.

⁷⁴ **Voir OMC, Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, WT/MIN(01)DEC/2, 14 novembre 2001.**

⁷⁵ Voir OMC, *Rapport 1998 du Groupe de travail sur l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence* (WT/WGTPC/2), par. 112 à 122.

⁷⁶ **Voir OMC, Déclaration ministérielle, WT/MIN(01)/DEC/1, 14 novembre 2001.**

⁷⁷ Voir CNUCED, *Projet de code international de conduite pour le transfert de technologie* tel qu'il se présentait le 5 juin 1985, TD/CODE TOT 47 et négociations sur un code international de conduite pour le transfert de technologie, TD/CODE TOT/60, 6 septembre 1995. Le chapitre 4 du projet de code énumérait notamment 14 pratiques pouvant être qualifiées de restrictives à savoir: clauses de rétrocession; contestation de validité, l'exclusivité des transactions, restrictions imposées à la recherche, restrictions imposées à l'emploi du personnel, fixation de prix; restrictions imposées aux adaptations, accords d'exclusivité concernant les ventes ou la représentation, transfert lié, concessions croisées de licences; paiements et autres obligations imposés après l'expiration des droits de propriété industrielle; restrictions imposées après l'expiration de l'accord.

⁷⁸ Voir CNUCED, *Rapport de la Troisième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives*, TD/RBP/CONF.4/15, annexe I, résolution adoptée par la Conférence, par. 11.

⁷⁹ L'introduction optimale de nouveaux produits et des processus de production plus efficaces sur le long terme.

⁸⁰ Parmi les pratiques qui risquent de paralyser l'innovation, les autorités de la concurrence des pays de l'OCDE ont surtout été promptes à réagir contre l'interdiction d'utiliser des technologies brevetés à l'expiration du brevet, les paiements de royalties après l'expiration d'un brevet et les restrictions imposées à la contestation de la validité des brevets, voir OCDE, *op. cit.*

⁸¹ *Ibid.* Voir aussi Office of Fair Trading, *E-commerce and its implications for competition policy*, août 2000, qui donne à entendre que s'agissant des marchés du commerce électronique, il est peut-être possible de réprimer plus sévèrement les pratiques abusives dans les affaires concernant des services essentiels en vertu de la loi sur la concurrence du Royaume-Uni que la jurisprudence de l'Union européenne le laissait penser.

⁸² Pour avoir un exemple des cessions d'actifs imposées à l'échelle mondiale (notamment la vente ou la concession de licences de brevet, de marques ou de droits sur des secrets de fabrique en matière de produits pharmaceutiques à certaines sociétés de produits pharmaceutiques) comme conditions de l'approbation d'une fusion de deux sociétés de produits pharmaceutiques par la Commission fédérale du commerce des États-Unis, voir «Spin-offs resolve anticompetitive concerns triggered by merger of Smithkline and Glaxo», *Antitrust & Trade Regulation Report*, vol. 79, n° 1989, 22 décembre 2000, p. 587.

⁸³ Voir TD/RBP/CONF.5/4.

⁸⁴ Voir OCDE, *op. cit.*, p. 420 et 421.

⁸⁵ Voir l'exposé de M. Hans Ulrich dans CNUCED, *The role of competition policy for development in globalizing markets*, 1999:39.

⁸⁶ Voir R. Anderson, Intellectual property rights, competition policy and international trade, reflections on the work of the WTO Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy, *World Trade Forum 1999 Programme on Intellectual Property: Trade, Competition and Sustainable Development*, Cottier T. (dir. publ.), à paraître.

⁸⁷ Voir R. Anderson, The interface between competition policy and the intellectual property system in the context of the international trading system, *Journal of International Economic Law*, 1998, 1:655.

⁸⁸ Voir OCDE, *op. cit.*

⁸⁹ Voir Office of Fair Trading, *op. cit.*

⁹⁰ Voir OMC, *IPR and Competition Policy for Development – Communication from Japan* (WT/WGTCP/W/147). Pour une étude critique des brevets sur des méthodes commerciales, voir par exemple «Ideas vs. Income: when tech patents collide», *International Herald Tribune*, 24-25 mars 2001.

⁹¹ Voir «EU resists push to widen patent law», *International Herald Tribune*, 5 octobre 2001.

⁹² Voir «Pitofsky insists on relevance of antitrust in “new” economy», *Antitrust & Trade Regulation Report*, vol. 80, n° 1998, 9 mars 2001, p. 208.

⁹³ Voir «FTC and DOJ begin new hearings on intellectual property/antitrust interface», *Antitrust & Trade Regulation Report*, vol. 82, n° 2044, 15 février 2002.

⁹⁴ Voir de Leon, Ignacio, The enforcement of competition policy on intellectual property and its implications on economic development: the Latin American experience, *The Journal of World Intellectual Property*, vol. 4 (2001), p. 729.

⁹⁵ Communication du Bureau de la concurrence du Canada.

⁹⁶ Voir CNUCED, *Projet de commentaires d'éléments pour les articles d'une loi ou de lois types* TD/B/RBP/CONF.5/7, octobre 2000.

Annexe

EXTRAITS DU DOCUMENT TD/B/COM.2/CLP.10

Exclusivité territoriale et importations parallèles

15. Lorsqu'il est possible de diviser les marchés en territoires distincts et de stopper ou de limiter suffisamment les courants d'échanges pour maintenir les prix au plus haut niveau supportable par chaque marché, les donneurs de licences peuvent décider d'attribuer une zone déterminée (une région, une ville, ou tout un pays) en exclusivité à un seul preneur de licence. Il existe deux types différents d'exclusivité territoriale: une version «ouverte» et une version «fermée». La première confère à un preneur de licence une exclusivité contractuelle dans une région donnée, sans lui accorder de protection contre la concurrence d'importateurs parallèles s'approvisionnant auprès de preneurs de licences d'autres régions¹⁶. L'exclusivité territoriale fermée vise l'exclusivité totale de toute vente à l'intérieur d'un territoire. Dans ce cas, les importations parallèles sont interdites et ne sont donc plus source de concurrence pour les produits distribués par le preneur exclusif local de licence.

16. Il a été observé¹⁷ qu'un titulaire de droits de propriété intellectuelle qui divise le marché entre différents preneurs de licences et confère à chacun d'eux un territoire exclusif ne crée pas un nouveau monopole car il détient déjà des droits exclusifs dans chaque région (ou pays) où est instituée une exclusivité territoriale locale. De telles exclusivités peuvent en fait être créées pour différentes raisons dont certaines, sans aucun rapport avec un comportement anticoncurrentiel, sont favorables à l'efficacité et au bien-être des consommateurs. Une réduction de la concurrence intramarque (concurrence entre distributeurs du même bien) peut être une condition nécessaire pour améliorer la concurrence intermarques (concurrence entre différentes marques). Il se peut, par exemple, que des preneurs locaux de licences aient besoin de procéder à des investissements substantiels pour promouvoir de nouveaux produits récemment introduits sur le marché et encore inconnus de la plupart des consommateurs, au moyen de campagnes de publicité, distribution d'échantillons gratuits, magasins d'exposition, etc., ou par l'amélioration des produits sous licence pour les adapter à la demande locale. L'exclusivité territoriale peut permettre de prévenir le parasitisme de ces investissements par d'autres preneurs de licences¹⁸.

17. Pour un nombre limité de produits, une exclusivité territoriale ouverte peut suffire à rentabiliser les investissements engagés par un titulaire de licence exclusive locale. Néanmoins, lorsqu'il y a peu d'obstacles aux échanges et que les coûts de transport sont faibles, un parasitisme important peut résulter de ventes effectuées par des importateurs parallèles qui compromettent la possibilité, pour le preneur local de licence, de rentabiliser ces frais. Une exclusivité territoriale fermée pourrait, en revanche, conduire les preneurs de licences à abuser des doubles marges au détriment des concédants de licences touchant aux droits de propriété intellectuelle. Les preneurs de licences disposant d'un monopole en aval peuvent en fait réduire la production et fixer des prix abusifs, au détriment de toute la structure verticale: une baisse des prix grâce à une meilleure coordination verticale améliorerait les profits tant des donneurs que des preneurs de licences. Les importations parallèles restreignent la faculté des titulaires exclusifs de licences d'imposer des marges excessives en exerçant une pression à la baisse sur les prix.

18. Une autre raison importante, pour les titulaires de droits de propriété intellectuelle, de consentir des exclusivités territoriales tient au parti qu'ils peuvent tirer d'une différenciation des prix. En particulier dans le cas où l'élasticité de la demande est différente selon les régions ou pays, une tarification différente dans ces différentes régions améliore la rentabilité globale, notamment en maximisant les profits globaux par la fixation de prix plus élevés dans des régions où la demande est plus inélastique. Avec une différenciation internationale des prix, les objectifs nationaux de la politique de la concurrence, à savoir maximiser le bien-être des propres citoyens d'un pays, risquent toutefois de s'écarter de la réalisation du bien-être global. Sous l'angle de la prospérité internationale, on peut recourir à des licences exclusives entre pays, comme il a été indiqué, pour parvenir à une différenciation des prix et donc améliorer l'efficacité, en raison de l'expansion mondiale de la production qui en résulte. Pourtant, dans l'optique du pays où les prix sont plus élevés, une suppression des exclusivités territoriales (ou au moins de l'interdiction des importations parallèles) peut se traduire par des avantages nets, en particulier lorsque les titulaires de droits de propriété intellectuelle se trouvent à l'étranger. Effectivement, la concurrence fera baisser les prix, intégralement à l'avantage du bien-être national, tandis que les coûts afférents à la réduction de l'encouragement à innover seront répartis entre tous les pays. Cela vaut particulièrement pour les pays importateurs nets de technologie, c'est-à-dire la plupart des pays en développement. Dès lors, interdire les restrictions territoriales et les autres formes de restrictions en matière de concession de licence pourrait être un choix totalement rationnel.

19. Il importe néanmoins d'envisager ce qui se passerait si l'on tentait de faire obstacle à la différenciation internationale des prix. Les sociétés transnationales pourraient décider de ne plus concéder aucune licence sur leurs technologies. Par ailleurs, certains ont soutenu¹⁹ que la différenciation internationale des prix et l'interdiction des importations parallèles profitent essentiellement aux pays en développement, les entreprises de pays plus industrialisés (et plus riches) pouvant baisser leurs prix sur les marchés pauvres sans être obligées d'en faire de même sur les marchés riches. De cette manière, les sociétés transnationales approvisionnent des marchés qui n'auraient pas été desservis dans le contexte d'une obligation de tarification uniforme²⁰.

20. Une autre conséquence des exclusivités territoriales est le fait qu'elles peuvent aussi faciliter une cartellisation déguisée. Par exemple, des entreprises concurrentes titulaires d'une proportion importante des brevets propres à une classe particulière de produits pourraient convenir de concéder des licences exclusives à une société en participation, laquelle partagerait alors le marché entre les entreprises associées par le biais d'exclusivités territoriales. Il est clair qu'un tel accord conduirait à une réduction substantielle de la concurrence puisqu'il concernerait des entreprises qui, autrement (en l'absence de l'accord de concession de licence), se seraient livrées à une concurrence directe et qu'il n'associerait pas des entreprises fonctionnant à différents niveaux de la chaîne de production verticale.

21. L'octroi d'exclusivités territoriales peut aussi être un moyen direct de favoriser une collusion entre donneurs de licences concurrents, en facilitant le contrôle de violations en aval d'accords de cartellisation. Des donneurs de licences concurrents peuvent effectivement avoir du mal à s'entendre sur les prix des redevances relatives à des technologies sous licence et préférer convenir des prix des produits finis fournis par les preneurs de licences. Les exclusivités territoriales facilitent le contrôle des prix pratiqués en définitive par ces derniers. Le traitement, par les responsables de la politique de la concurrence, des restrictions territoriales dépend nettement de la justification de leur usage dans chaque cas d'espèce et de leur effet probable. Lorsque ces dispositions ne semblent pas être un facteur d'efficacité réelle mais paraissent au contraire s'intégrer dans un dispositif visant à assurer la cartellisation du marché, il est probable que leur incidence sur la concurrence et la prospérité sera négative. Si, en revanche, elles visent à faire échec au parasitisme, à remédier aux asymétries de l'information entre donneurs et preneurs de licences ou à assurer une différenciation des prix, leur incidence sur la prospérité est plus ambiguë et dépend en grande partie de la concentration du marché et des obstacles à l'entrée.

Exclusivité

22. Les arrangements d'exclusivité empêchent les preneurs de licences de fabriquer des produits qui mettent en oeuvre des technologies fournies par des concurrents du donneur de licence. Ils font pendant aux accords de distribution exclusive qui interdisent aux détaillants de proposer à la vente des marques concurrentes. La justification de telles restrictions en matière de concession de licence touchant à la propriété intellectuelle est analogue à celle applicable aux marchés de produits, à savoir éviter tout parasitisme entre donneurs de licences concurrents et favoriser le développement de technologies dans le cadre proprement relationnel entre donneurs et preneurs de licences²¹.

23. Les donneurs de licences qui transfèrent un savoir-faire à des preneurs de licences fabriquant également des biens sous licence d'autres entreprises risquent parfois des fuites d'informations et un détournement de leurs connaissances brevetées. Le développement de relations exclusives avec les preneurs de licences peut être un moyen de surmonter ce risque de parasitisme. Par ailleurs, les arrangements d'exclusivité peuvent accroître la rentabilité d'investissements spécifiques en réduisant le risque d'interruption, par les preneurs de licences, de relations consolidées avec le concédant. Ils peuvent néanmoins aussi entraîner un verrouillage du marché au détriment des donneurs de licences rivaux et restreindre la concurrence, en particulier lorsque les entreprises concluant de tels arrangements détiennent déjà une large part du marché de produits en cause. L'effet de verrouillage dépend dans une large mesure de l'existence d'autres moyens de fabrication pour les donneurs de licences existants ou nouveaux.

Obligations liées

24. La notion d'accord lié vise une obligation contractuelle par laquelle un fabricant n'accepte de vendre un certain bien qu'aux acheteurs acceptant d'acquérir d'autres produits non associés. Il peut y être recouru pour des fins propres à accroître le bien-être, par exemple pour protéger la réputation d'une technologie sous licence. Ainsi, le fabricant d'un nouveau modèle de photocopieuse peut exiger que les acheteurs du nouveau modèle se fournissent en pièces détachées et services de réparation auprès du fabricant. L'objectif peut être de ne pas ternir l'image qualitative de la machine par des services d'entretien ou des pièces détachées médiocres. On peut aussi, par cette pratique, réduire le risque inhérent à la concession de licence sur des

innovations dont la valeur commerciale est encore incertaine, en faisant payer moins cher l'innovation tout en liant celle-ci à un autre bien dont la demande est corrélée à l'utilisation de l'innovation.

25. De façon plus générale, la pratique des obligations liées sert à établir une différenciation des prix entre des consommateurs qui utilisent des produits ou des technologies suivant une intensité variable. Par exemple, des caméras peuvent être louées aux consommateurs à condition que les films employés soient achetés auprès du concessionnaire. Comme il a déjà été noté, la différenciation des prix peut favoriser la prospérité par l'expansion de la production qu'elle provoque en rendant des produits accessibles à des utilisateurs qui, autrement, en auraient été écartés en raison des restrictions de production du monopoleur liées à une tarification uniforme. Il n'en reste pas moins que la pratique des obligations liées peut aussi être incontestablement défavorable au bien-être lorsqu'elle sert de moyen de verrouillage d'autres marchés, par exemple lorsque le donneur de licence, détenant un pouvoir de marché considérable quant au produit initial, parvient à verrouiller substantiellement le marché des produits liés.

Rétrocession exclusive

26. Ce type de restriction vise une situation dans laquelle le donneur de licence demande à disposer de tous les droits sur les nouvelles technologies développées par le titulaire de la licence par le perfectionnement de la technologie sous licence. Cette pratique peut faciliter le transfert de technologie à des preneurs de licences, mais elle peut aussi décourager ceux-ci de s'engager dans la R-D. Des clauses de rétrocession non exclusive, en vertu desquelles les preneurs de licences ont le droit de traiter avec d'autres acheteurs de leurs inventions complémentaires, comportent moins de risques de réduction de la concurrence tout en maintenant des incitations suffisantes à la concession de licence relatives à de nouvelles technologies.

Notes

¹⁶ Tel est le cas, par exemple, au sein de l'Union européenne, où l'interdiction de l'importation parallèle de biens et de services fournis par des fabricants étrangers est prohibée. Le principe d'épuisement vise l'autorisation des exclusivités territoriales ouvertes mais l'interdiction des exclusivités territoriales fermées.

¹⁷ Voir, par exemple, Patrick Rey et Ralph A. Winter, «Exclusivity restrictions and intellectual property» dans «*Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy*» (Directeurs de publication: Robert D. Anderson et Nancy T. Gallini), 1998.

¹⁸ Sans une répression des pratiques de parasitisme les titulaires de licences n'investiraient pas dans les marchés locaux et, en définitive, les consommateurs n'auraient pas accès à leurs biens.

¹⁹ Voir David A. Malueg et Marius Schwartz, «Parallel imports, demand dispersion and international price discrimination», *Economic Analysis Group Discussion Paper*, US Department of Justice, Antitrust Division, 25 août 1993.

²⁰ Une critique opposée aux arguments présentés dans l'article de Malueg et Schwartz illustrant les avantages pour des pays en développement d'une différenciation internationale des prix se trouve dans l'ouvrage de Frederick M. Abbott intitulé «*First Report (Final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the subject of Parallel Importation*», *Journal of International Economic Law* (1998). Il y est affirmé que «...(Malueg et Schwartz)... n'envisagent pas l'incidence d'un système de différenciation internationale des prix sur les producteurs et les consommateurs de pays en développement agissant hors du champ du produit du monopoleur. Plus important encore, ils n'envisagent pas les effets plus généraux d'un système de différenciation internationale des prix sur la répartition internationale des ressources. Si les producteurs de pays développés échappent à toute pression née de la concurrence sur les prix pour améliorer leur efficacité, la répartition efficace des ressources dans les pays développés s'en trouvera faussée. Si les producteurs/preneurs de licences de pays en développement voient limiter la rentabilité de leurs opérations, cela limitera d'autant les investissements de leur pays dans une production future. Si le potentiel lucratif des investissements en capital dans les pays en développement est limité, cela incitera les pays en développement à continuer de tabler sur les exportations des pays développés à fort coefficient de capital...». Il est également noté ce qui suit: «... une part substantielle du commerce international porte sur des biens qui ne sont pas protégés par des droits de propriété intellectuelle, en particulier dans les secteurs des produits de base et des biens semi-transformés. Les pays en développement ne sont pas dépourvus de ces produits. Les acheteurs de pays en développement peuvent être approvisionnés à plus bas prix en biens protégés par des droits de propriété intellectuelle grâce à une différenciation des produits.»

²¹ Voir Patrick Rey et Ralph A. Winter, «Exclusivity restrictions and intellectual property» dans «*Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy*» (Directeurs de publication: Robert D. Anderson et Nancy T. Gallini), 1998.
