

**Etude critique et théorique de l'application des
mécanismes du droit de la concurrence du Canada et de
l'Union européenne aux brevets technologiques :
Théorie des organisations.**

Gaël DEMOURES

Institut de droit comparé, Faculté de droit

Université de Mc Gill, Montréal

Novembre 2003

**A thesis submitted to McGill University in partial fulfillment
of the requirements of the degree of Masters in
Comparative Law.**

© Gaël DEMOURES



Library and
Archives Canada

Bibliothèque et
Archives Canada

Published Heritage
Branch

Direction du
Patrimoine de l'édition

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file Votre référence

ISBN: 0-612-98780-9

Our file Notre référence

ISBN: 0-612-98780-9

NOTICE:

The author has granted a non-exclusive license allowing Library and Archives Canada to reproduce, publish, archive, preserve, conserve, communicate to the public by telecommunication or on the Internet, loan, distribute and sell theses worldwide, for commercial or non-commercial purposes, in microform, paper, electronic and/or any other formats.

The author retains copyright ownership and moral rights in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

AVIS:

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque et Archives Canada de reproduire, publier, archiver, sauvegarder, conserver, transmettre au public par télécommunication ou par l'Internet, prêter, distribuer et vendre des thèses partout dans le monde, à des fins commerciales ou autres, sur support microforme, papier, électronique et/ou autres formats.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur et des droits moraux qui protègent cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

In compliance with the Canadian Privacy Act some supporting forms may have been removed from this thesis.

Conformément à la loi canadienne sur la protection de la vie privée, quelques formulaires secondaires ont été enlevés de cette thèse.

While these forms may be included in the document page count, their removal does not represent any loss of content from the thesis.

Bien que ces formulaires aient inclus dans la pagination, il n'y aura aucun contenu manquant.


Canada

*« S'il n'est de plus grand devoir que les Gouvernements ont à retenir, c'est de
laisser à l'Homme le choix de se déterminer librement dans toutes ses entreprises.
Car s'il sait ce qui est bien pour lui, il cherchera tout à la fois ce qui est bien pour
les autres.*

*C'est n'est pas par penchant naturel mais plutôt par calcul raisonné que de vouloir
le bien de l'autre afin qu'il n'interfère pas dans la recherche de son bien propre.
L'un suscite l'autre et réciproquement. »*

A Lavie,

Résumé.

Les rapports entre concurrence et brevets sont complexes. Alors que les deux institutions juridiques concourent au même objectif, la satisfaction des besoins de la société de consommation et, corrélativement, le soutien de la croissance économique, leurs modalités opératoires sont opposées. Le droit des brevets crée et protège des monopoles alors que le droit de la concurrence cherche à les limiter voire à les combattre. En raison des risques financiers qu'il implique, le développement technologique moderne ne peut prospérer sans l'assurance d'être soutenu par le monopole juridique du brevet. Fondé sur des postulats néo-classiques qui sacralisent l'échange au meilleur prix et l'atomicité du marché, le droit de la concurrence applique une vision statique du marché qui ne prend pas suffisamment en compte le processus d'innovation technologique moderne. Il est nécessaire d'assouplir les postulats avec des théories économiques plus adaptées à l'innovation et la diffusion technologique sur les marchés.

Abstract.

The relationship between patent and competition is rather complex. Whereas both sets of rules contribute to the same objective, i.e. consumer welfare and economic growth, their means collide. Patent laws create and protect monopolies while competition laws seek to limit their influence or even oppose their occurrence. However, since technological development is a financially risky process, it needs to be secured through a strong rewarding monopoly. Neo-classical theory has been so far the cornerstone of competition law. It is driven by a view of the market where price equilibrium and market atomicity constitute the main elements of allocative efficiency. But it promotes a rather static view of the market which neglects the fundamental aspects of technology-driven markets in the modern economy. Therefore we need to curb the role of the mainstream economic postulates by taking into account adequate theories in order to reflect modern innovation and technological diffusion onto the markets.

Remerciements.

Je remercie en tout premier lieu le Professeur Richard Gold pour sa supervision patiente, compréhensive et inspiratrice qui m'a permis d'adopter une approche plus théorique et m'a ainsi ouvert à une manière de penser plus anglo-saxonne ;

Egalement, le Professeur Lionel Smith pour son soutien et son intervention en faveur des étudiants de maîtrise auprès de la faculté d'études supérieures lors de l'application des nouvelles règles administratives de soumission ;

Enfin Margaret Baratta, Dalia Piccioni et Pasqualina Chiarelli pour leur présence chaleureuse tout au long de cette année et leur travail dévoué.

Je tiens à remercier plus personnellement mon cher ami Jined pour ses conseils, ses critiques, son dévouement et son éclairage d'économiste promptement apportés et au combien appréciés tout au long de la réalisation de cette étude ;

Aussi Philippe Riutort pour son aide bibliographique ;

Loubna, Julien, Gaël, Damien et Mario pour leur présence émulative et très utile de tous les jours lors l'écriture de cette étude ;

Je remercie du fond du cœur Lavinie pour sa patience, son soutien et son aide dans la mise en forme de mon étude, mais aussi pour les nombreuses discussions intellectuelles approfondies que j'ai eu beaucoup de plaisir à entretenir avec elle. Je la remercie encore pour avoir donné à ce séjour à Montréal une valeur inestimable et je fais le vœu d'un futur tout aussi semblable.

Enfin, je remercie vivement Mme Ruth Sefton-Green pour son utile soutien sans lequel je n'aurais peut-être pas eu l'occasion d'écrire ce qui suit.

Introduction :	1
Chapitre 1^{ER} : L'imperméabilité du droit des brevets au droit de la concurrence.	8
Introduction partielle.	8
Section n°1 : Le droit de la concurrence et la création des droits de brevet : les sphères séparées.	9
A- Les conditions d'octroi des brevets.	10
B- La position du droit de la concurrence à l'égard de l'existence du brevet.	17
Section n°2 : L'exercice du droit de brevet et la protection de sa finalité vis-à-vis du droit de la concurrence : relativiser la séparation.	20
A- Immunité et objet spécifique du brevet : le droit de l'union européenne.	22
B- Immunité du brevet et la restriction induite de concurrence : la position du droit canadien.	34
Section n°3 : Les justifications théoriques aux rapports entre le droit des brevets et le droit de la concurrence.	45
A- Le recours à l'institution de la propriété comme justification de l'autonomie du brevet.	46
B- Le recours à la théorie économique du droit de propriété comme justification de l'autonomie du brevet.	52
Conclusion partielle.	54
Chapitre 2^{ème} : l'exploitation des droits de brevet par le biais des contrats de licence :	
l'applicabilité des mécanismes traditionnels du droit de la concurrence.	55
Introduction partielle.	55
Section n°1 : Le traitement des accords de licence par les mécanismes traditionnels du droit de la concurrence.	55
A – L'application du droit canadien aux accords de licence de brevets technologiques.	55
B- L'application du droit de l'union européenne aux licences de brevet technologique.	78
Section n°2 : La remise en cause de la pertinence des critères classiques de concurrence.	91
A- Le brevet technologique et les critères de marché pertinent et part de marché.	92
B- La prise en compte de l'innovation dans le traitement de la concurrence.	98
Conclusion partielle.	103
Chapitre 3^{ème} :	104
Pour une refondation théorique du droit de la concurrence : la prise en compte des réalités de l'organisation industrielle moderne sur les marchés technologiques.	104
Introduction partielle.	104
Section n°1 : de la concurrence par les prix à la concurrence technologique.	106
A- La théorie de la croissance par la technologie.	107
B- La contestabilité technologique du marché : le monopole temporaire.	113
C- La libre exploitation du brevet technologique : reconnaître la profitabilité temporaire et favoriser la diffusion technologique.	119
Section n°2 : Pour une reconnaissance des organisations institutionnelles parallèles au marché : la prise en compte de l'efficacité procédurale et des coûts de transaction.	125
A- La remise en cause du recours au marché comme lieu d'échange efficient.	125
B- L'intégration contractuelle comme alternative au marché.	129
C- Les conséquences de l'intégration contractuelle.	131
D- L'application des coûts de transaction au droit des brevets.	133
E- La théorie des coûts de transaction les restrictions contractuelles dans les contrats de licence.	139
Conclusion partielle.	143
Conclusion finale :	145

Introduction :

« Un marché sans incitation à l'innovation technique, ni système de différenciation des intervenants est en réalité, un marché non concurrentiel »¹. Le point de vue du Professeur Pollaud-Dullian souligne que le droit de brevet représente la marque juridique de la différenciation technique sur un marché. La technologie nouvelle est protégée au bénéfice de son inventeur et elle renseigne le consommateur sur les nouvelles opportunités à saisir sur le marché. La pensée libérale a pu renier le principe même du droit de brevet comme étant un élément perturbateur de l'offre. Il ne concourt ni à la persistance de l'homogénéité des produits, ni à la transparence sur un marché où le prix devrait être le seul élément de distinction pour le bénéfice du consommateur.

En réalité, le moteur même des droits de propriété industrielle est d'encourager l'inventeur à investir et développer ses idées ainsi qu'à leur donner une application industrielle sans risquer de se voir voler le fruit de ses efforts. Quelque soit le fondement philosophique qu'on veuille bien accorder au droit de brevet, personnalisation hégélienne² de l'invention ou reconnaissance hobbesienne de l'activité inventive et de l'investissement substantiel³, il est communément accepté que le breveté ait droit à la jouissance totale de son invention : il peut ainsi en retirer tout le bénéfice. Cette jouissance est la récompense pour son apport à l'état de la technique.

Cependant, si certains ont défini le droit de brevet comme un droit transcendantal qui réalise la nécessaire et naturelle propriété de la pensée⁴, celui-ci subit d'énormes tensions en raison de l'évolution technologique actuelle. En effet, on observe un double mouvement inverse qui témoigne de l'affaiblissement du contenu du droit de brevet concurremment à une extension des domaines de protection. De la protection des dessins et modèles à celle des semi-conducteurs ou des variétés végétales, en passant par les découvertes biotechnologiques et les logiciels, le droit de brevet est devenu un instrument

¹ Frédéric Pollaud-Dullian, « Droit de la propriété intellectuelle », Paris, Domat, 1999. Au n°66.

² Justin Hughes, "The philosophy of Intellectual Property", 77 Geo. L.J. 287 (1988).

³ Lawrence C. Becker, "Deserving to own intellectual property", 68 Chi.-Ken L.Rev. 609 (1993).

⁴ Stanislas de Boufflers, Rapport à l'Assemblée nationale de 1791. cité par Joanna Schmidt-Szalewski & Jean-Luc Pierre « Droit de la Propriété industrielle », Paris, Litec, 2nde Edition, 2001. A la p5.

économique d'importance pour les entreprises afin de s'assurer de leur supériorité technique. Il aboutit aussi à une discrimination de plus en plus importante sur un marché où sont présumés se confronter des produits homogènes. Le monopole juridique devient omniprésent.

Les brevets technologiques tels qu'ils sont envisagés dans cette étude soulignent spécifiquement le développement technique accru et mettent en évidence l'importance économique de l'avantage technologique détenu par une entreprise face à ses concurrents. La notion de brevet technologique n'est ni juridiquement ni économiquement consacrée en littérature. Selon nous, elle doit toutefois représenter le visage moderne du brevet en tant qu'agent perturbateur des mécanismes traditionnels du marché et révéler dans le brevet un élément incontournable pour caractériser certains types de marchés industriels. La notion de brevet technologique est le reflet juridique de la structure de l'économie contemporaine marquée par l'explosion technologique et la multiplication de la recherche et des découvertes d'envergure. Celles-ci créent de nouveaux marchés et changent le visage des marchés traditionnels. Une étude de la Commission du Commerce américaine a présenté certains de ces enjeux sous l'appellation de « marché de haute technologie »⁵. Ce n'est pas la forme juridique du brevet qui importe pour définir le brevet technologique. Celle-ci était communément vue comme l'habit traditionnel de toute invention brevetable. C'est le type de technologie qui donne au brevet une dimension nouvelle. Certaines conséquences économiques spéciales sont attachées à la protection juridique et toute la réflexion de cette étude tourne autour du contexte économique spécifique que confère l'exclusivité juridique du brevet à une « haute technologie ».

Il n'y a pas vraiment d'élément constitutif qui définirait les brevets technologiques. Un brevet est classable comme tel dès lors que certaines conséquences précises sur le marché sont attachées à la technologie protégée. Il s'agit invariablement de technologies novatrices et à forte valeur ajoutée. Elles produisent un effet symptomatique sur le marché : une modification complète des rapports de force. Premièrement, la

⁵ Rapport de la Commission du commerce américaine (FTC) à l'OCDE.: « Application de la politique de concurrence aux marchés de haute technologie » Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de concurrence, 2000, vol.1, p215.

commercialisation de la technologie même ou celle du produit auquel elle est incorporée provoque un effet de rupture sur le marché par rapport aux technologies existantes. Deuxièmement, la technologie aboutit à la création d'un marché nouveau pour lequel des produits concurrents ne sont pas disponibles et elle capte ainsi la totalité de la demande actuelle (voire potentielle).

Dans le premier cas, une technologie de rupture peut incorporer des avantages techniques qui procurent une meilleure qualité, une meilleure durabilité, une meilleure sécurité, une plus grande gamme de services ou encore des avantages qui rompent avec un type de dépendance ou de consommation, etc. ; C'est le cas par exemple d'une technologie de compression qui permet un plus grand stockage et qui sert de nouveaux standard technique (le DVD, le MP3). Dans une autre configuration, la technologie aboutit à la satisfaction d'un besoin nouveau ou existant mais non encore satisfait. C'est typiquement le cas de médicaments novateurs ou plus performants que les médicaments existants.

Les inventions qui sont protégées par des brevets technologiques nécessitent invariablement des investissements financiers et intellectuels combinés particulièrement lourds. Les brevets peuvent aboutir sur une ou plusieurs applications directes ou alors faire l'objet de recherches complémentaires pour améliorer la technologie ou le produit d'application. Les brevets issus de la recherche génétique sont symptomatiques de ce nouveau type de marché. Si la brevetabilité d'une découverte génétique est acceptée dès lors que celle-ci est reproductible artificiellement, l'utilisation directe du brevet sur un marché de produits n'est toutefois pas automatique. Le brevet peut être le résultat intermédiaire d'un processus de recherche plus important qui va déboucher sur la mise au point de nouveaux produits, des médicaments et des thérapies génétiques par exemple . Souvent, le brevet octroie un contrôle clé sur tout un domaine de recherche et soumet dès lors de nombreuses recherches dérivées au contrôle du monopoleur breveté.

Un exemple parlant est le cas du brevet sur le gène BRCA1 associé avec le cancer du sein⁶. Le brevet a été obtenu par la compagnie américaine Myriad Genetics après une

⁶ Elle détient par ailleurs l'exclusivité d'exploitation du gène BRCA2.

course à l'identification avec l'établissement public français Institut Pasteur⁷. Les actions en contestation du brevet, débutées notamment devant l'Office européen des brevets, soulignent l'importance économique du monopole qui est en jeu. La contestation de la légitimité du brevet montre qu'une telle protection juridique ne doit être octroyée qu'après un examen approfondi des demandes de brevets technologiques⁸. Myriad Genetics autorise par ailleurs l'utilisation de sa méthode de dépistage brevetée à la condition que l'analyse des résultats soit exclusivement pratiquée au sein de ses laboratoires. D'une part, elle entraînerait un surcoût important et d'autre part, et cela d'une manière plus préoccupante, elle permet à celle-ci de constituer une base de données génétique dont les autres laboratoires de recherche seraient privés. Myriad bénéficierait d'un avantage incontestable pour la recherche future en concentrant toutes les informations disponibles dans ce domaine.

Les enjeux de l'exploitation d'un brevet sont devenus différents. Le brevet est devenu un outil économique plus qu'une simple protection juridique. Il confère un pouvoir économique d'envergure et cela nécessite une certaine prudence dans l'examen des demandes de brevet étant donné les conséquences qui découlent de son octroi. Mais cette prudence est du ressort des administrations concernées et des juridictions qui interviennent, le cas échéant, lorsque la nullité du brevet est excipée ou lorsqu'une action en contestation du brevet est engagée⁹.

⁷ Voir le communiqué de presse de Myriad Genetics à l'adresse internet suivante : http://www.corporate-ir.net/ireye/ir_site.zhtml?ticker=mygn&script=413&layout=9&item_id=212152&sstring=BRCA1 (dernier accès le 24/10/2003). Accessible à partir du site internet de la Compagnie : www.myriad.com (accédé le 24/10/03).

⁸ Voir le communiqué de presse du 29 mai 2001 de l'Institut Pierre et Marie Curie. Accessible sur le site internet de l'Institut (dernier accès le 24/10/2003) : http://www.curie.fr/upload/presse/117_fr.pdf. « Cancers du sein et/ou de l'ovaire liés à une altération héréditaire du gène BRCA1 : les méthodes de séquençage ne suffisent pas à détecter toutes les mutations génétiques. ». « Focalisées sur la recherche d'anomalies ponctuelles ou de petites tailles, les analyses génétique habituellement pratiquées, en particulier par la technique de séquençage utilisée par le laboratoire américain Myriad Genetics, ne permettent de détecter que deux tiers des mutations attendues. Or les médecins et chercheurs ont émis l'hypothèse de l'existence de mutations de plus grandes tailles, pouvant même affecter l'ensemble du gène. L'équipe de l'Institut Curie a donc utilisé une méthode différente pour effectuer l'étude génétique d'une famille américaine présentant de nombreux cas de cancers du sein et de l'ovaire, chez qui Myriad Genetics n'avait trouvé aucune altération. Cette technique, appelée peignage d'ADN, qui permet l'analyse globale du gène, a montré l'existence d'une grande délétion représentant 15% de BRCA1. Cette délétion, qui conduit à la synthèse d'une protéine anormale, serait donc à l'origine de la prédisposition au cancer dans cette famille ».

⁹ C'est le cas des juridictions européennes, le droit canadien ne reconnaissant pas aux tiers intéressés le droit de contester le brevet une fois qu'il a été octroyé.

Lorsque le droit des brevets est correctement appliqué, l'institution du brevet n'est pas détournée de sa fonction. Elle se borne alors à octroyer un monopole juridique limité au titulaire d'une invention qui remplit scrupuleusement les critères de brevetabilité. L'objectif du droit des brevets est de favoriser la recherche et l'innovation technique afin de contribuer à la croissance économique. Le breveté obtient un monopole en échange de quoi il met à la disposition du public son invention et les éléments techniques qui contribuent à sa compréhension. Pour favoriser l'intérêt général, le droit des brevets cherche à susciter et protéger les intérêts individuels dès lors qu'ils contribuent à améliorer l'état de la technique.

Le droit de la concurrence partage les mêmes objectifs que le droit des brevets puisqu'il cherche à favoriser l'expansion économique. Toutefois, il diffère du droit des brevets quant aux modalités opératoires. En effet, le droit de la concurrence contribue à stimuler la concurrence des agents économiques sur un marché donné afin de veiller à un transfert des ressources là où elles sont le mieux valorisées. Plaider en faveur de la concurrence atomistique évite que des agents économiques profitent de leur position de force sur le marché et exigent des consommateurs un prix pour les produits offerts qui soit plus important que celui qui serait atteint en présence de concurrents. Cela aboutirait à l'utilisation économiquement inefficace de ressources qui se retrouveraient chez le producteur alors qu'elles pourraient être employées à l'acquisition d'autres produits.

D'un côté le droit des brevets assure l'inventeur d'un monopole protégé, de l'autre le droit de la concurrence combat les monopoles économiques au nom de l'émulation économique qui équilibre les marchés. Peut-on tout à la fois protéger le breveté et l'empêcher de jouir de son succès technique dès lors que celui-ci s'assure d'une position de domination économique en plus de son monopole juridique ? Cela semble rendre peu de justice au brevet en le limitant à un rôle de « monopole en concurrence ». Si l'oxymore est chose possible, elle n'en est pas moins qu'un simple phénomène économique qui ne peut systématiquement préjuger de l'application des « hautes technologies » sous brevet. L'utilisation du vêtement juridique du brevet est à notre sens un élément incontournable de

l'évolution technologique moderne. S'il représente un aboutissement à l'ensemble des investissements en recherche et développement (R&D) et, par-là même, au risque financier auquel s'est exposée l'entreprise innovatrice, il est aussi, et avant tout, une composante initiatrice et incitatrice dans la prise de décision des entrepreneurs face au défi technologique. Sans la perspective d'un brevet et d'une exploitation monopolistique de l'invention, il n'y a ni soutien financier ni investissement intellectuel dans l'innovation puisque la rentabilisation n'est tout simplement pas assurée.

Dans une telle perspective, la force de l'institution du brevet est de pouvoir évoluer hors du contrôle du droit de la concurrence. Sa raison d'être est au-delà de tout calcul concurrentiel car les conditions de la concurrence ne sont tout simplement pas réunies en l'absence d'un marché, d'une offre ou d'une satisfaction de la demande. Dans le meilleur des cas, la concurrence est tirée vers le bas sur un marché où les produits seraient dénués de toute technicité et où les concurrents ne chercheraient pas la nouveauté par peur de l'imitation et crainte de ne pouvoir rentabiliser celle-ci.

L'institution du brevet procure un monopole juridique que le droit de la concurrence se doit ainsi de respecter. Ce dernier ne peut s'immiscer dans un domaine qui partage les mêmes objectifs tant il est philosophiquement étranger au monopole incitatif et tant il se doit de respecter les bénéfices qu'apportent les inventions brevetées. Toutefois, le droit de la concurrence, tel qu'il est appliqué par les autorités de la concurrence au sein de l'Union européenne et au Canada, limite au minimum la sphère d'autonomie du brevet. Les autorités et juridictions compétentes examinent scrupuleusement les actes d'exploitation du brevet lorsque ceux-ci sont inclus dans des contrats de licence pour déterminer ceux qui ressortissent à l'exploitation même des droits de brevet et leurs effets cumulatifs sur la concurrence. Cependant, elles se fondent sur un postulat économique partisan, issu de la théorie économique néo-classique, et qui prend en compte la structure du marché sur une durée limitée. Il s'agit d'examiner les rapports de force entre les acteurs économiques et de conserver une structure économique atomistique qui tendrait à réaliser la concurrence pure et parfaite et l'échange économique au meilleur prix.

Il faut faire appel à des fondements théoriques qui puissent servir d'alternative aux fondements économiques actuels. Nous n'entendons pas refonder la politique de concurrence dont les éléments ne sont en général pas totalement inadéquats. Ils révèlent en réalité une mauvaise appréhension du phénomène technologique et de l'implication des brevets technologiques en la matière. La concurrence doit être pensée suivant la recherche d'un équilibre car ce n'est effectivement pas la pérennité d'une domination non méritée qui peut assurer la stabilité du système économique. A l'image de toute politique économique, la politique de concurrence révèle les enjeux philosophiques qui construisent un Etat. La liberté d'entreprendre, la liberté du commerce et de l'industrie, le libre investissement et le libre déterminisme des entrepreneurs sur un marché. Toutes ces libertés contribuent au développement économique et à la prospérité technologique. La modernisation économique passe par la sécurité qui peut être accordée aux entreprises innovantes lorsqu'elles en viennent à introduire leurs technologies sur un marché. De la liberté contractuelle qui est donnée au breveté dépend la diffusion technologique. La théorie néo-classique cerne difficilement pareil enjeu car il est fait appel à des équilibres macro-économiques à plus long terme dont elle ne cerne pas l'ensemble des éléments, notamment les coûts qui sont associés à l'exploitation technologique.

Cette étude nous permettra de souligner en premier lieu l'indépendance de l'institution du brevet vis-à-vis des mécanismes de concurrence. Les deux corps juridiques sont des outils de même valeur et aux objectifs communs mais ils ne peuvent être combinés directement l'un à l'autre au risque de détruire la fonctionnalité et l'essence même de l'institution du brevet.(I)

Nous verrons ensuite que les mécanismes de concurrence sont appliqués aux méthodes d'exploitation du brevet afin de limiter l'ampleur des conséquences de la domination économique sur un marché issu du monopole juridique du brevet induites. Toutefois, la police du brevet, telle qu'elle est menée par les autorités de la concurrence européennes et canadiennes, se fonde sur des critères qui trahissent une vision du marché et de la concurrence insuffisamment prospective et, de ce fait, restrictive. Celle-ci ne prend ainsi pas suffisamment en compte l'importance économique du brevet sur les technologies

nouvelles ainsi que les nécessités juridiques et économiques qui sont liées au phénomène technologique. (II)

Dans ce sens, nous proposons que les autorités de la concurrence ainsi que les juridictions compétentes examinent les pratiques liées à l'exploitation d'un brevet technologique avec moins de rigidité que ce qui est apporté par le cadre théorique dans lequel elles se confinent. En cela, elles doivent prendre en compte les théories économiques qui prônent le recours à des institutions alternatives au marché néo-classique en soutenant le libéralisme contractuel et la rentabilisation technologique. Ces deux impératifs sont révélateurs de la concurrence technologique qui se développe entre les entreprises et ils jouent ainsi un rôle moteur dans l'innovation et le renouvellement technologique au plus grand bénéfice du consommateur. (III)

Chapitre 1^{ER} : **L'imperméabilité du droit des brevets au droit de la concurrence.**

Introduction partielle.

Le point d'accord est que le droit de la concurrence et le droit des brevets partagent les mêmes objectifs¹⁰. Les deux corps de règle ont pour fonction de promouvoir le développement de l'innovation technologique en sécurisant chacun à leur façon le cadre économique dans lequel les entreprises réalisent leurs investissements. Si l'objectif est partagé, nous avons esquissé l'opposition des instruments mis en place.

Le droit de la concurrence a pour objectif de préserver un environnement économique dans lequel les décisions d'affaire sont exemptes de pressions externes aux mécanismes du marché. L'entrepreneur se trouve en concurrence parfaite avec les acteurs

¹⁰ Voir ci-dessus l'introduction générale.

économiques du même marché. Il cherche à maximiser ses profits en répondant le plus rapidement et le plus fidèlement aux variations. Egalement, l'entrepreneur cherche à se différencier de ses concurrents en investissant dans des technologies nouvelles qui puissent lui procurer un avantage technologique. Le droit des brevets y trouve son utilité en incitant l'entrepreneur à investir dans la recherche et le développement. Pour cela, il lui confère un monopole sur l'exploitation de sa technologie.

Nous verrons successivement que le droit de la concurrence et le droit des brevets constituent deux corps de règles qui, tendant vers des objectifs similaires mais avec des moyens opposés, se développent dans l'ignorance l'un de l'autre (I). Toutefois, le droit des brevets ne peut servir de protection afin de mettre en œuvre des actes clairement contraires à la concurrence. La séparation des deux corps de règles est relativisée pour éviter les abus, détournements ou tout simplement une intervention trop limitée du droit de la concurrence (II). Nous avancerons à cette occasion deux propositions théoriques pour expliquer les rapports frictionnels entre le droit des brevets et le droit de la concurrence.(III)

Section n°1 : Le droit de la concurrence et la création des droits de brevet : les sphères séparées.

Entre concession d'un monopole et promotion de la concurrence, les deux corps de règle semblent s'influencer et se neutraliser. Comment justifier l'octroi d'un brevet qui confère un monopole d'exploitation à son bénéficiaire, alors qu'à côté, les règles de la concurrence recherchent traditionnellement l'établissement ou la conservation d'une concurrence atomistique ? En réalité, le droit de la concurrence et le droit des brevets sont nés et ont prospéré dans l'ignorance l'un de l'autre. Nous examinerons les conditions d'octroi du brevet pour y démontrer que les préoccupations économiques y sont étrangères. Egalement, nous étudierons la position du droit de la concurrence pour souligner combien l'essence du brevet est préservée de tout examen concurrentiel.

A- Les conditions d'octroi des brevets.

Le droit des brevets comporte deux objectifs, l'un rétrospectif et l'autre prospectif. Tout d'abord, il récompense l'entrepreneur pour le succès de ses activités de recherche quand celles-ci ont abouti à la mise au point d'une invention technique. Ensuite, il incite les autres entrepreneurs à se lancer sur le chemin coûteux et risqué de la recherche et du développement technologique en sécurisant les attentes économiques d'un éventuel succès technologique. L'octroi d'un monopole d'exploitation sur la technologie envisagée en est l'aboutissement, si la technologie est mise au point¹¹.

Le monopole d'exploitation sur une technologie n'est pas donné en raison de la structure économique qui règne sur le marché. Au contraire, le droit des brevets est aveugle à toute considération économique externe. La création d'un nouveau marché, l'absence de concurrence efficace déjà constatée avant l'octroi du brevet n'y ont aucun impact. C'est aussi le cas des conséquences technologiques qu'un brevet peut avoir comme la désuétude d'une technologie existante, et par conséquent, la sortie forcée du marché d'un concurrent en raison de son retard technologique. Aucune considération économique n'est ainsi présente dans la loi sur les brevets quand il s'agit d'examiner la brevetabilité d'une invention.

La brevetabilité d'une invention répond à une série de critères techniques précis qui sont sensiblement semblables en droit canadien¹² et dans les législations des Etats-membres de l'Union européenne¹³. Malgré quelques différences d'appréciation, les critères

¹¹ I. Govaere, "The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in EC Law", London, Sweet & Maxwell, 1996. A la p14.

¹² Voir l'article 2 de la loi des brevets sur la définition de l'invention : « Toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité. » (L.R. (1985), ch. P-4, art. 2; L.R. (1985), ch. 33 (3^e suppl.), art. 1; 1992, ch. 1, art. 145(F); 1993, ch. 2, art. 2, ch. 15, art. 26, ch. 44, art. 189; 1994, ch. 47, art. 141; 1995, ch. 1, art. 62) ; Voir pour comparaison l'article L611-10 du Code français de la Propriété intellectuelle (Section 3 du Livre VI sur la protection des inventions et des connaissances techniques) : « Sont brevetables les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle ». Paris, Dalloz, 2003.

¹³ La propriété intellectuelle en principe (ce principe est de plus en plus contesté) est du ressort des législations nationales et ne procède donc pas de normes supranationales. Chaque Etat de L'union européenne dispose ainsi de sa législation en matière d'octroi des brevets ainsi que ses règles de procédure. Toutefois, en vertu de la convention de Munich de 1972, il est possible de faire une demande unique pour

utilisés sont tous conformes à ceux dégagés dans les « Accords sur les aspects de propriété intellectuelle qui touchent au commerce¹⁴ » signés dans le cadre de L'Organisation mondiale du commerce le 14 avril 1994 à Marrakech (OMC)

L'invention doit être nouvelle car elle doit constituer un apport à l'état de la technique. Elle doit refléter une activité inventive c'est-à-dire être le résultat d'un processus intellectuel, une découverte simple n'étant ainsi pas brevetable. Enfin, elle doit être utile, c'est-à-dire justifier d'une application industrielle.

Ce dernier point est le moins problématique, le critère de l'application industrielle ayant pour objet de justifier l'octroi d'un monopole d'exploitation. Sans application, l'invention ne peut être valorisée économiquement. Elle ne mérite ainsi pas d'être protégée puisque l'objectif du brevet est de permettre au titulaire des droits exclusifs y afférant de rentabiliser ses investissements en interdisant aux tiers de tirer bénéfice de l'invention qu'il a mise au point.

C'est pourtant le seul critère de dimension économique puisqu'il fait référence à l'exploitation de l'invention sur un marché qui va de pair avec la faculté d'exclure le tiers du domaine d'application du brevet.

Les législations en matière de brevets comportent toutefois des dispositions qui peuvent mettre en cause directement les prérogatives du breveté. En effet, tant le droit des Etats membres que le droit canadien¹⁵ donnent en matière de brevet le pouvoir au juge de sanctionner l'absence de toute exploitation du brevet ou alors une exploitation insuffisante.

l'ensemble des pays membres (27 au total) qui sera examinée par l'Office central des Brevets et qui permet d'obtenir une protection dans les Etats membres qui ont été sélectionnés. Cette procédure a été instituée entre des pays européens qui ne font pas forcément partie de l'Union européenne. Elle est donc indépendante de l'ordre juridique européen.

¹⁴ Appelés plus communément Accords ADPIC. Voir l'article 27(1) : « Un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle. » [Texte officiel avec les notes de bas de page omises]. Accessible sur le site de l'Organisation mondiale du Commerce à l'adresse internet suivante (dernier accès le 1^{er} septembre 2003) : http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips.pdf

¹⁵ Loi des brevets (L.R. (1985), ch. P-4), Section 65(1) : « Le procureur général du Canada ou tout intéressé peut, après l'expiration de trois années à compter de la date de la concession d'un brevet, s'adresser au commissaire pour alléguer que, dans le cas de ce brevet, les droits exclusifs qui en dérivent ont donné lieu à un abus, et pour demander un recours sous l'autorité de la présente loi. »

Ainsi, la Section 65(2) de la loi canadienne sur les brevets¹⁶ et l'article L613-11 a) et b) du Code français de la propriété intellectuelle¹⁷ sanctionnent-ils le fait que le titulaire de la licence ne soit pas en mesure (volontairement ou non) de répondre à la demande pour le produit breveté ou incorporant la technologie brevetée¹⁸. Le Commissaire au brevet au Canada ou le juge en France peut alors, après un délai de trois ans suivant l'octroi du brevet, accorder à un tiers intéressé une licence non-exclusive du brevet. La législation canadienne prévoit également que le Commissaire peut aller jusqu'à prononcer la déchéance du brevet si le simple octroi d'une licence n'est pas suffisant pour mettre fin à l'abus constaté¹⁹.

Toutefois ces dispositions ne remettent pas en cause la procédure d'octroi du brevet et elles ne changent aucunement les critères utilisés pour juger de la brevetabilité d'une invention et du bien-fondé d'une demande. Il s'agit de sanctionner les défauts dans la mise en œuvre des prérogatives. A ce propos, le droit canadien rajoute des cas admissibles pour une application des sanctions par le Commissaire. Ces cas relèvent plus de problèmes touchant à l'exploitation des droits qu'aux conditions d'octroi en elle-même²⁰. La plupart

¹⁶ *Ibid.* Section 65(2) : « Les droits exclusifs dérivant d'un brevet sont réputés avoir donné lieu à un abus lorsque l'une ou l'autre des circonstances suivantes s'est produite : c) il n'est pas satisfait à la demande, au Canada, de l'article breveté, dans une mesure adéquate et à des conditions équitables [...] »

¹⁷ Article L611-13 du Code de la propriété intellectuelle tel qu'il a été introduit par la loi n°92-527 du 1^{er} juillet 1992 et amendée par la loi n°96-1106 du 18 décembre 1996 : « Toute personne de droit public ou privé peut, à l'expiration d'un délai de trois ans après la délivrance d'un brevet, ou de quatre ans à compter de la date du dépôt de la demande, obtenir une licence obligatoire de ce brevet, dans les conditions prévues aux articles suivants, si au moment de la requête, et sauf excuse légitime le propriétaire du brevet ou son ayant cause :

a) N'a pas commencé à exploiter ou fait des préparatifs effectifs et sérieux pour exploiter l'invention objet du brevet sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté économique européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

b) N'a pas commercialisé le produit objet du brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché français. [...] ».

¹⁸ Voir la loi des brevets, Section 65(5) : « Pour l'application du présent article, «article breveté» s'entend notamment des articles fabriqués au moyen d'un procédé breveté. » (L.R. (1985), ch. P-4, art. 65; 1993, ch. 2, art. 5, ch. 15, art. 51, ch. 44, art. 196).

¹⁹ Section 66 d) de la Loi sur les brevets (L.R. (1985), ch. P-4, art. 66 – Pouvoir du Commissaire en cas d'abus) : « d) si [le Commissaire] est convaincu que l'exercice de l'un des pouvoirs prévus au présent article ne peut en réaliser les objets et ceux de l'article 65, il ordonne la déchéance du brevet, soit immédiatement, soit à l'expiration d'un délai raisonnable que spécifie l'ordonnance, à moins que dans l'intervalle n'aient été remplies les conditions que fixe l'ordonnance en vue de réaliser les objets du présent article et de l'article 65 [...] »

²⁰ Section 65(2)(d),(e),(f) : « (2) Les droits exclusifs dérivant d'un brevet sont réputés avoir donné lieu à un abus lorsque l'une ou l'autre des circonstances suivantes s'est produite : (d) par défaut, de la part du breveté, d'accorder une ou des licences à des conditions équitables, le commerce ou l'industrie du Canada, ou le

des Etats-membres de l'Union européenne ont également des dispositions semblables²¹ qui sont limitées à des questions spécifiques comme la santé publique. Elles aboutissent à l'octroi de licences obligatoires non-exclusives qui est justifié par des considérations d'intérêt général (ou d'intérêt public). L'Union européenne est pour sa part intervenue dans le domaine bien particulier des inventions biotechnologiques et génétiques en introduisant un régime de licence obligatoire lorsque l'exploitation d'un brevet est gênée par un certificat d'obtention végétale antérieure, et vice versa²². La licence obligatoire sur le brevet antérieur ou le certificat d'obtention végétale n'est accordée que si le titulaire du second brevet (ou certificat) a tenté sans succès d'en obtenir une du breveté originaire à des conditions commerciales raisonnables.²³

commerce d'une personne ou d'une classe de personnes exerçant un commerce au Canada, ou l'établissement d'un nouveau commerce ou d'une nouvelle industrie au Canada subissent quelque préjudice, et il est d'intérêt public qu'une ou des licences soient accordées; e) les conditions que le breveté, soit avant, soit après l'adoption de la présente loi, fixe à l'achat, à la location ou à l'utilisation de l'article breveté, ou à la licence qu'il pourrait accorder à l'égard de cet article breveté, ou à l'exploitation ou à la mise en oeuvre du procédé breveté, portent injustement préjudice à quelque commerce ou industrie au Canada, ou à quelque personne ou classe de personnes engagées dans un tel commerce ou une telle industrie; f) il est démontré que l'existence du brevet, dans le cas d'un brevet pour une invention couvrant un procédé qui comporte l'usage de matières non protégées par le brevet, ou d'un brevet pour une invention portant sur une substance produite par un tel procédé, a fourni au breveté un moyen de porter injustement préjudice, au Canada, à la fabrication, à l'utilisation ou à la vente de l'une de ces matières. » [emphasis rajoutée]

²¹ Voir pour la France, l'article L613-16 du Code de la Propriété intellectuelle : « Si l'intérêt de la santé publique l'exige, les brevets délivrés pour des médicaments, pour des procédés d'obtention de médicaments, pour des produits nécessaires à l'obtention de ces médicaments ou pour des procédés de fabrication de tels produits, peuvent, au cas où ces médicaments ne sont mis à la disposition du public qu'en quantité ou qualité insuffisantes ou à des prix anormalement élevés, être soumis, par arrêté du ministre chargé de la propriété industrielle, sur la demande du ministre chargé de la santé publique, au régime de la licence d'office dans les conditions prévues à l'article L. 613-17 du présent code.

Voir pour l'Irlande, Section 70 Patent Act 1992, l'insuffisance d'exploitation y est le critère principal.

Voir pour l'Allemagne, Section 24.(1) de la loi du 16 décembre 1980 amendée par les lois du 16 juillet et du 6 août 1996 : « Une autorisation non-exclusive d'exploiter à des fins commerciales une invention est donnée par le Tribunal des brevets après examen individuel et selon les conditions 1. Le demandeur a tenté pendant une période raisonnable d'obtenir du breveté le droit d'exploiter l'invention à des conditions commerciales raisonnables ; et 2. l'intérêt public exige l'octroi d'une licence obligatoire. » [Notre traduction]

Voir également pour l'Italie le Décret royal n°1127 du 29 juin 1939 amendé par le décret législatif n°198 du 17 mars 1996).

Voir encore pour l'Espagne l'article 86 de la loi 11/86 du 20 mars 1986 sur les brevets amendée par la loi 50/1998 du 30 décembre 1998 relative à des mesures diverses administratives fiscales et de politique sociale : « Dans le cas où une licence ne fait pas l'objet d'une offre de licence officielle, il est peut être octroyé une licence si l'une des conditions suivantes est remplie : (a) insuffisance dans l'exploitation du brevet ; (b) nécessité d'exportation ; (c) dépendance des brevets ; (d) l'intérêt général le requiert. » [Notre traduction]

²² Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques – JOCE n° L 213 30/07/1998 p13. article 12 et considérants d'introduction 13, 52, 53. La même disposition se retrouvait déjà dans le Code français de la propriété intellectuelle à l'article L613-5 tel qu'il a été introduit par la loi n° 96-1106 du 18 décembre 1996.

²³ *Ibid.* Article 12(3). Voir aussi l'article 21 de la Proposition de règlement du Conseil sur le brevet communautaire, JOCE C237/278 du 28 novembre 2000. « La Commission peut accorder au titulaire d'un

Ces licences forcées ne remettent pas en cause l'octroi du droit de propriété dont doit bénéficier le titulaire du fait de son invention. Au contraire, les mesures envisagées concernent spécifiquement l'exploitation de son brevet en sanctionnant principalement l'insuffisance d'exploitation. Dans tous les cas, il est fait mention de l'obligation de verser des redevances raisonnables au titulaire²⁴. De plus, la licence forcée est octroyée afin de permettre l'exploitation d'un nouveau brevet ou d'un brevet plus spécifique. Cela souligne bien qu'il ne peut être possible de s'opposer à l'octroi de ce nouveau brevet et à son exploitation, même si cela vient limiter le droit exclusif du titulaire d'un brevet antérieur.

Des auteurs ont proposé de tenir compte, lorsqu'il s'agit de délivrer des brevets de haute technologie, de considérations extérieures et étrangères aux critères techniques d'attribution²⁵. Selon eux, la délivrance d'un brevet peut aller à l'encontre de la politique qu'il entend promouvoir, c'est-à-dire l'incitation à innover. Toutefois, les propositions qu'ils soumettent sont totalement différentes en tant qu'elles ne se réfèrent pas aux mêmes circonstances.

Dans un cas, les auteurs adoptent une approche économique en mettant en exergue le risque de double investissement entre concurrents dans l'innovation²⁶. En effet, le système traditionnel de protection par le brevet est fondé sur l'exclusivité et la nécessité d'un gagnant et d'un perdant. Le perdant fait face à une perte sèche équivalente au montant

brevet national ou communautaire ou au titulaire d'un droit d'obtention végétale qui ne peut pas exploiter son brevet (second brevet) ou son droit d'obtention végétale national ou communautaire sans porter atteinte à un brevet communautaire (premier brevet), sur demande, une licence obligatoire sur le premier brevet, à condition que l'invention ou l'obtention végétale revendiquée dans le second brevet ou le droit d'obtention végétale suppose un progrès technique important, d'un intérêt économique considérable, par rapport à l'invention revendiquée dans le premier brevet. » Article 21.

²⁴ *Ibid.* Article 12(1) ; article L613-12 alinéa 2 du Code français de la Propriété intellectuelle ; Section 66(4) de la loi canadienne des brevets (L.R. (1985), ch. P-4, art. 66; L.R. (1985), ch. 33 (3^e suppl.), art. 24; 1993, ch. 44, art. 197.) : « 4) En arrêtant les conditions d'une licence [...], le commissaire s'efforce autant que possible : b) d'obtenir au breveté le bénéfice maximal qui soit compatible avec une exploitation, au Canada, raisonnablement rémunératrice de l'invention par le porteur de licence. »

²⁵ Voir John S. Leibovitz, "Inventing a nonexclusive patent system" 111 Yale L.J. 2251. 2002 ; Robert P. Merges "Property rights theory and the commons – the case of scientific research." In "scientific innovation, philosophy and public policy" by Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller Jr. & Jeffrey Paul, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 1996.

²⁶ John S. Leibovitz, *Ibid.* à la p2268 ; voir aussi mais avec des enseignements différents, J.H. Reichman, "Legal hybrids between the patent and copyright paradigms". 94 Colum.L.Rev. 2432, at 2476 (1994)

des investissements exposés dans la course au brevet. Le résultat d'une course au brevet est marqué par l'image "*the first past the post*"²⁷. Cela oblige l'entrepreneur à accélérer ses activités de recherche et à dépenser ainsi des sommes supplémentaires qui n'auraient pas été exposées en l'absence d'une telle incertitude²⁸.

John Leibovitz propose alors un système de protection par le brevet où l'exclusivité serait amoindrie au profit de la coexistence de brevets²⁹. Cette proposition aurait, par exemple, permis à l'Institut Pasteur d'obtenir un brevet similaire à celui de Myriad Genetics et de l'exploiter avec les mêmes droits³⁰. L'auteur ajoute également qu'un brevet non exclusif comporte des avantages certains pour pallier les risques d'insuffisance d'exploitation technologique. La concurrence définit le brevet comme bénéfique lorsqu'il débouche sur la conclusion de licences aux tiers à des conditions raisonnables³¹. Elle instaure alors dans un domaine exclusif une concurrence par les prix³².

Cette solution est très critiquable en tant qu'elle supprime la perspective d'obtenir un monopole d'exploitation sur sa propre invention alors que ce monopole sert de motivation *ex ante* à l'innovation. Cette constatation est renforcée par le fait qu'en situation de duopole les profits sont inférieurs à ceux d'une situation de monopole³³. Si l'entreprise sait que le coût d'innovation risque d'être inférieur aux profits qu'elle retirerait de l'invention en situation de duopole alors elle n'investira pas dans la recherche³⁴. De plus, l'auteur voit négativement un processus d'innovation rapide alors que la rapidité de

²⁷ L'auteur n'utilise pas cette expression mais il s'agit d'une adaptation personnelle. Elle est issue du droit constitutionnel et de la description du mode de scrutin majoritaire uninominal à un tour à l'anglaise qui préside aux élections à la Chambre basse des Communes.

²⁸ Leibovitz, *Supra note 25*. À la p2260.

²⁹ *Ibid.* A la p2258.

³⁰ Voir Introduction générale.

³¹ Leibovitz, *Supra note 25*. Aux pp2262-2263.

³² *Ibid.* à la p2264. En duopole, la concurrence en prix est bien plus sévère que la concurrence en quantité. [Notes personnelles]. Voir aussi sur la notion de duopole Bernard Guerrien, « dictionnaire d'analyse économique », Paris, Ed. La Découverte, 2002.

³³ On aurait un duopole et non un monopole et les profits en duopole sont inférieurs à ceux de monopole, ce qui est moins incitatif. De plus, il faut distinguer deux types de concurrence monopolistique, la première en quantité appelée « à la Cournot » (selon la théorie du duopole de Cournot) et la seconde en prix appelée « à la Bertrand » (selon la théorie du duopole de Bertrand enrichie par la théorie de l'équilibre de Nash) ; voir *supra note 32*. Voir aussi pour une explication plus technique, Murat Yildizoglu, « Organisation industrielle », présentation accessible sur le site internet de l'Université Bordeaux II : <http://beagle.montesquieu.u-bordeaux.fr/yildi/ioweb/> Section 2.2 (dernier accès le 24/10/2003).

³⁴ En effet soit une entreprise qui sait qu'elle va aboutir à une innovation mais que le processus de recherche va lui coûter S . Elle s'adresse à un économiste qui lui dit qu'en monopole son profit sera M et qu'en duopole son profit sera D . Maintenant si on a $M > D$ mais $D < S$, alors l'entreprise ne fera rien du tout.

l'innovation sert l'intérêt social puisque les technologies sont mises plus rapidement sur le marché. Elles augmentent alors l'offre de produits de qualité ainsi que les incitations pour les concurrents à innover, l'objectif étant de dépasser la nouvelle technologie et de différencier les produits. En réalité, cette proposition est critiquable parce qu'elle vient justement introduire des considérations qui sont du ressort du droit de la concurrence. Elle remet alors en cause l'essence même du droit des brevets qui est d'octroyer un monopole afin de récompenser l'innovation.

Dans le deuxième cas, un auteur a proposé de réadapter les règles d'octroi des brevets afin de tenir compte des caractéristiques spécifiques qui président aux relations au sein du monde scientifique³⁵. En effet, le caractère exclusif du brevet est étranger au partage altruiste présent dans la communauté scientifique³⁶. Selon lui, le brevetage ne doit pas faire obstacle à la recherche scientifique, notamment dans le cas où le brevet porte sur des inventions de base et ouvre la voie à d'autres recherches pour lui donner des applications concrètes. Il ne doit pas être non plus à l'origine d'une remise en cause du partage scientifique lié au risque de brevetage parallèle d'entreprises opportunistes. Toutefois, le Professeur Merges ne remet pas en cause le principe même du brevet exclusif. Il propose plutôt d'adapter les règles pour les rendre plus souples afin de protéger plus fortement l'inventeur lorsque celui-ci veut publier sa découverte ou approfondir celle-ci. Également, il s'agit d'éviter que le brevet mette un frein à la recherche scientifique en admettant une exception de recherche beaucoup plus large³⁷. Mais là encore Merges ne remet pas en cause les prérogatives du breveté³⁸.

³⁵ Robert P. Merges, *supra* note 25. A la p145.

³⁶ Id. à la p148, Merges fait référence à Robert King Merton ("The Sociology of Science" Chicago, University of Chicago Press, 1973) pour décrire les relations au sein de la communauté scientifique : "Merton described four norms that define the scientific culture: universalism, communism, disinterestedness, and organized skepticism." [Langue d'origine conservée].

³⁷ Voir Merges, *supra* note 25 ; à la p147. Voir aussi "Genetic Inventions, Intellectual Property Rights and Licensing Practices: Evidence and Policies" – Table ronde de l'OCDE – 24 & 25 Janvier 2002. à la p31 et à la p59. Accessible sur le site internet de l'OCDE à l'adresse suivante (dernier accès le 24/10/2003) : <http://www.oecd.org/dataoecd/42/21/2491084.pdf>

³⁸ Leibovitz fait la même remarque dans son article mais pour supporter ses propres conclusions en faveur d'un brevet non exclusif : « Les brevets sur les recherches biologiques fondamentales pourraient rendre les recherches subséquentes beaucoup plus onéreuses et plus homogènes dans leur répartition. À terme, ils pourraient remettre en cause le développement de traitements médicaux utiles et rentables fondés sur les recherches scientifiques les plus récentes. Afin de contrebalancer cette perte sociale, les critiques proposent une variété de règles collectives et de remèdes ex post incluant les licences obligatoires des brevets de base et

B- La position du droit de la concurrence à l'égard de l'existence du brevet.

Nous avons eu l'occasion de souligner l'antagonisme de moyens entre le droit des brevets et le droit de la concurrence alors que les objectifs servis par ces deux corps de règles sont semblables : promouvoir la croissance économique et l'innovation en procurant un environnement économique favorable au développement des entreprises. Cette opposition laisse penser que le droit de la concurrence pourrait mettre en péril le monopole conféré au breveté³⁹.

Toutefois, le droit de la concurrence au Canada et au sein de l'Union européenne n'intervient pas dans la procédure d'octroi d'un brevet. Au contraire, le législateur canadien et le Traité des Communautés européennes (Traité CE) ont présenté le droit des brevets comme une tolérance du droit de la concurrence.

Alors que la loi canadienne sur les brevets sanctionne, dans son article 79, l'abus de position dominante, elle relativise directement la portée de cette sanction en écartant la propriété industrielle de cette disposition. Ainsi l'article 79(4) dispose à l'égard des droits de propriété intellectuelle :

« Pour l'application [de l'article 79], un acte résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la Loi sur les brevets [...] ne constitue pas un acte anticoncurrentiel. »⁴⁰

Le Traité unique de l'Union européenne souligne la limite entre le droit de la concurrence et le droit des brevets avec d'autant plus de force que ce dernier corps de règle est uniquement du ressort des législations nationales. La distinction prend ainsi encore plus d'importance. Les articles 28 et 29 du Traité CE⁴¹ posent l'interdiction de toute mesure

un examen plus exigeant lorsque ceux-ci sont utilisés. En comparaison à ces propositions, le brevetage non exclusif fournit un mécanisme de gestion dynamique des prix qui permet aux scientifiques d'avoir un retour sur investissement équitable sans toutefois oublier une possible réparation aux frais du contribuable si la découverte a une forte importance médicale sur le long terme. », *Supra* note 25, aux pp2282-2283.

³⁹ Voir Steve Anderman "EC Competition policy and intellectual property rights", Oxford, Oxford University Press, 1998. Aux pp6-7. Sur les fondements théoriques du droit de la concurrence moderne, voir ci-dessous en 2^{ème} partie.

⁴⁰ Section 79(4) de la Loi canadienne sur les brevets. L.R. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 45; 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37; 2002, ch. 16, art. 11.4.

⁴¹ Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée 2002) – JOCE n°C 325 du 24 décembre 2002 – article 28 (ex-article 30) : « Les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures

nationale destinée à entraver le commerce entre les Etats membres. Cette disposition vise la mise en œuvre d'une des quatre libertés fondamentales que le Traité CE garantit pour la création d'un Marché unique: la liberté de circulation des marchandises⁴².

Toutefois le Traité prévoit aussi une exception concernant les droits de propriété intellectuelle. l'article 30 du Traité CE⁴³ dispose ainsi :

« Les dispositions des articles 28 et 29 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de [...]protection de la propriété industrielle et commerciale. »

L'exemption donnée par le droit européen est d'importance car elle reconnaît indirectement les prérogatives qui sont conférées par le droit des brevets et, spécialement, le droit d'exclusion des tiers qui procure un monopole d'exploitation de l'invention au breveté. La Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) a confirmé cette position en affirmant que : « Le seul fait d'obtenir des brevets [...] ne constitue pas un abus de position dominante *au* sens de l'article 86 [maintenant l'article 82] du Traité »⁴⁴. L'acceptation de ce monopole implique alors de relativiser la liberté de circulation des marchandises, incluant le procédé breveté, entre les pays membres de l'Union européenne. Cette disposition n'est pas sans conséquence sur le droit de la concurrence puisqu'il est en partie le bras juridique qui met en œuvre les libertés fondamentales du droit européen.

En réalité, le droit européen est étranger à l'existence même du brevet. Sa fonction est de sanctionner les conséquences sur le marché des actions des acteurs économiques, notamment les tentatives d'arriver abusivement à une position dominante, monopolistique ou non, pour pouvoir l'exploiter à leur profit⁴⁵. La Cour de justice des communautés

d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres. » ; article 29 (ex-article 34) : « Les restrictions quantitatives à l'exportation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres. »

⁴² Les autres libertés fondamentales du Traité CE sont les libertés de circulation des personnes (art 39), des capitaux (art 56 et svts) et des services (art 49 et svts).

⁴³ Ex-article 38. *Supra* note 41..

⁴⁴ CJCE 5 Octobre 1988 Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli et Maxicar c/ Régie nationale des usines Renault (appelé plus loin arrêt Renault). Rec. 1988 p6039.

⁴⁵ Voir notamment les dispositions de l'article 81 du Traité CE sur les ententes: « Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises [...]qui ont pour objet [...]de restreindre ou de

européennes (CJCE) a pris clairement position contre l'immixtion du droit européen de la concurrence dans la sphère du brevet avec l'objectif d'examiner la conformité de celui-ci en regard des règles de concurrence⁴⁶. A cette occasion, l'Avocat général Romer a corroboré la position des parties appelantes :

« La plupart des parties ont souligné à juste titre que [la restriction de concurrence est] une notion économique, par conséquent, qu'il ne suffisait pas de prouver l'existence d'un monopole juridique. »⁴⁷

La position du droit européen a récemment été reprise avec encore plus de force par le droit français. Dans le cas des Etats membres, l'application du droit de la concurrence se fait toujours par les juridictions nationales si les atteintes sont limitées au marché de l'Etat⁴⁸. Or, en raison des dispositions de l'article 30 du Traité CE et en l'état actuel de la réglementation communautaire, il est clair qu'aucun dépôt de brevet ne peut être examiné au regard du droit de la concurrence européen⁴⁹. Seule une instance nationale peut arguer de cette compétence.

Le Conseil français de la concurrence a ainsi eu à statuer sur le caractère anticoncurrentiel d'un dépôt de brevet en France. Dans la décision *Iomega Corp.* du 2 septembre 2001⁵⁰, le Conseil a estimé que « même s'il était établi que la société IOMEGA se trouvait en situation de position dominante, le simple fait, de sa part, de déposer des

fausser le jeu de la concurrence. » *Supra* note 41. Voir aussi CJCE 14 septembre 1982 *Keurkoop*, Rec. 1982 p. 2853.

⁴⁶ Voir sur ce point CJCE 29 février 1968 *Parke, Davis and Co. c/ Probel, Reese, Beintema-Interpharm et Centrafarm*. Rec. 1968, p81 (plus loin appelé arrêt *Parke-davis*).

⁴⁷ Conclusions de l'avocat général Romer sous l'affaire *Parke Davis*. Rec. 1968, p119.

⁴⁸ Le Traité CE requiert à chaque fois que l'atteinte à la concurrence « affecte le commerce entre les Etats membres. » Voir les articles 81 et 82 du Traité CE. *Supra* note 41.

⁴⁹ Arrêt *Parke-Davis*, *supra* note 46 : « L'existence du droit de brevet ne relève actuellement que de la législation nationale ».

⁵⁰ Décision no 01-D-57 du Conseil de la concurrence en date du 21 septembre 2001 relative à une saisine et une demande de mesures conservatoires de la société *Advanced Mass Memories (AMM)* à l'encontre des sociétés *IOMEGA Corporation* et *IOMEGA International*. BOCCRF n°16 30 octobre 2001 Commentaires Véronique Sélinisky – Juridique Lamy Concurrence ; Communication, commerce électronique 2002 n°4 note Christian Caron. L'absence d'abus dans le dépôt d'un brevet avait déjà été implicitement signalée par l'autorité française de régulation de la concurrence comme dans l'affaire « Industrie du Magnésium » (Commission Technique des ententes, avis, 8 oct. 1955) ; l'affaire « Dupont de Nemours – Dow Chemical » (Cons. Concu. 5 mai 1992, BOCCRF 30 mai, p.188 note J-M Mousseron) ; l'affaire « Presses à fromages » (Cons. Concu. 11 mars 1997, BOCCRF 8 juillet, p455 note J-M Mousseron) .

brevets pour ses lecteurs ZIP et les cartouches correspondantes et de défendre les droits qui en découlent devant les juridictions compétentes, ne saurait être regardé comme abusif. »⁵¹

Le Conseil de la concurrence en a alors conclu « [qu'] *en se bornant à invoquer des pratiques de dépôt de brevets* et de défense, devant les juridictions compétentes, du droit de propriété intellectuelle, [...] *la saisine ne peut être regardée comme comportant des éléments probants de l'existence de pratiques susceptibles de constituer un abus d'une éventuelle position dominante* détenue par la société IOMEGA. »⁵²[emphase rajoutée]

Section n°2 : L'exercice du droit de brevet et la protection de sa finalité vis-à-vis du droit de la concurrence : relativiser la séparation.

Comme nous l'avons vu précédemment, le droit de la concurrence reste étranger à toute régulation des conditions d'octroi du brevet⁵³. L'octroi d'un brevet ne peut constituer en soi une atteinte à la concurrence puisqu'une demande est accueillie uniquement sur la base de critères techniques spécifiques. Il s'agit d'un monopole juridique que le droit de la concurrence ne peut sanctionner a priori, celui-ci régissant les monopoles économiques. Toutefois, il est largement accepté que la coïncidence entre les deux monopoles n'est pas impossible. Le droit de la concurrence pourrait ainsi s'appliquer aux activités qui entravent le bon fonctionnement de la concurrence, même si celles-ci procèdent de l'exploitation a priori licite d'un brevet.

« Le droit des brevets se caractérise par une exclusivité sur un bien ou sur un procédé. *Il est simultanément absolu dans ses effets juridiques mais limité dans son assiette* puisqu'il ne vaut que pour un produit ou un procédé [...] ce n'est donc qu'exceptionnellement que l'objet de ce droit et une position dominante se rencontrent quand il n'existe aucun produit substituable »⁵⁴[Note de bas de page omises] [Emphase rajoutée]

L'immunité totale du brevet n'est aucunement possible car elle ne répondrait pas aux objectifs même de la loi sur les brevets : offrir un monopole d'exploitation doublement

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ Voir ci-dessus la 1^{ère} sous-partie *Les conditions d'octroi des brevets*.

⁵⁴ J-J Burst & R. Kovar, J.-cl. Brev. Fasc. 4860. à la p4. Paris, Ed. Techniques, mise à jour 2003.

limité quant à la durée mais aussi quant à l'objet de son exploitation. Comme le souligne Christopher Stothers :

« Il semble qu'il n'y ait aucune raison pour laquelle la propriété intellectuelle serait sujette à l'application du droit de la concurrence. Il serait certainement possible d'avoir un système où la 'récompense' inclurait le pouvoir d'agir en dehors des contraintes du droit de la concurrence. Cependant, il devrait y avoir un fondement qui puisse expliquer qu'on confère cette invulnérabilité à un droit de propriété intellectuelle, et celui-ci est tout simplement inexistant dans le droit de propriété réel »⁵⁵ [Notre traduction] [Notes de bas de page omises].

Mais, il n'en reste pas moins que ce sont les objectifs du droit des brevets qui sont protégés en premier lieu.

« [...] Lorsque le produit breveté a tellement de succès qu'il évolue dans son propre marché [...] ou réussit à s'approprier une part substantielle d'un marché préexistant, le droit des brevets et le droit de la concurrence empiètent nécessairement l'un sur l'autre. Dans ces cas là l'objet premier du droit de la concurrence – la préservation d'une structure concurrentielle – peut être remis en cause au moins temporairement du fait de l'exercice par le titulaire d'un brevet de son droit d'exclusivité pendant la durée de son monopole. »⁵⁶ [Notre traduction]

En réalité, le droit européen et le droit canadien établissent une distinction entre les actes qui relèvent de la sphère d'immunité du brevet et ceux qui tombent sous le coup du droit de la concurrence. Cette distinction est délicate, et c'est ce qui fait l'objet de la discussion ci-dessous, lorsque est en cause le droit fondamental du breveté⁵⁷ à exploiter lui-même son invention et à en exclure les tiers. Afin de marquer cette frontière juridique, le droit européen utilise la notion « d'objet spécifique » et le droit canadien celle de « restriction induite ». Dans les deux cas, les deux systèmes juridiques reconnaissent que les conséquences juridiques du brevet peuvent avoir un effet exclusif sur la concurrence qui n'est pas forcément sanctionné.

⁵⁵ Christopher Stothers. "The end of exclusivity? Abuse of intellectual property rights in the EU — E.I.P.R. 2002, 24(2), 86. Commentaire de la décision de la Commission européenne IMS Health sur l'octroi de mesures provisoires : Aff. D3/38.044 ; affirmée par le TPICE dans son ordonnance du 26 octobre 2001, Aff. T 184-01/R_2. [Notre traduction] [Notes de bas de page omises].

⁵⁶ Alan S. Gutterman, "Innovation and competition policy : a comparative study of the Regulation of patent licensing and collaborative research and development in the United States and the European Community", London, Kluwer Law International, 1997. à la p11.

⁵⁷ Le droit de brevet est avant tout un droit négatif qui se résume en la faculté de son titulaire d'exclure les tiers de son domaine d'exploitation.

A- Immunité et objet spécifique du brevet : le droit de l'union européenne.

A la différence du droit canadien, la délimitation entre les actes bénéficiant d'une immunité contre le droit de la concurrence et ceux qui sont soumis à la scrutation des autorités européennes de la concurrence présente un double enjeu qui agit comme un mouvement de balancier tantôt en faveur d'une politique interventionniste tantôt en faveur d'une certaine retenue.

Tout d'abord, la délimitation a un impact juridique spécifique en raison des partages de compétence entre le droit national et le droit européen. Les autorités de la concurrence doivent s'attacher à ne pas dénuer de toute portée juridique les droits conférés par la loi nationale au titulaire d'un brevet⁵⁸. Elles interviendraient alors directement en contravention avec l'article 30 du Traité CE⁵⁹.

Ensuite, la délimitation a un impact économique. La Communauté européenne a pour objectif l'intégration totale des marchés et le droit de la concurrence en est un outil de premier plan. Une utilisation plus attentiste des mécanismes du droit de la concurrence vis-à-vis des droits de brevet pourrait laisser prospérer librement certains comportements anticoncurrentiels.

Toutefois, les autorités européennes de la concurrence, si elles remplissent une mission très politique, doivent cantonner leur rôle à une approche très économique des mécanismes de concurrence⁶⁰. A ce propos, la jurisprudence communautaire a établi des critères de distinction complexes entre les actes immunisés et les actes qui tombent sous le

⁵⁸ Voir CJCE 6 mars 1974 *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corp. c/ Commission* (appelé arrêt *Commercial Solvents*) . Rec. 1974 p223 : «L'interdiction d'un abus de position dominante, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, vise à délimiter la sphère d'application des règles communautaires par rapport aux législations nationales » Considérant n°4.

⁵⁹ Voir ci-dessus et *supra* note 43 . Voir aussi l'arrêt *Renault*, *supra* note 44. «Il suffit de constater [...] que le droit exclusif accordé par la législation nationale aux titulaires de brevets [...] est indifféremment opposable tant à ceux qui fabriquent [...] sur le territoire national qu'à ceux qui [...] importent d'autres Etats membres et que cette législation ne vise pas à favoriser les produits nationaux par rapport aux produits originaires d'autres Etats. ». Voir aussi CJCE 14 septembre 1982 *Keurkoop c/ Nancy Kean Gifts* ; Rec. 1982, p2853.

⁶⁰ Voir Steve Anderman, *Supra* note 39. à la p24. "To judges on the European Court of Justice and the members of the European Commission it has proven difficult to avoid the temptation of using Articles 81 and 82 as well as Article 360 as the driving force to achieve the integration of the Common Market by keeping open the bridges of trade from one member state to another, particularly as the evidence mounted that the method of integration by harmonization was going to be an agonizingly slow process." [langue d'origine]

coup du droit de la concurrence. Ces critères permettent d'immuniser le breveté lorsqu'il revendique son monopole sur le marché sur lequel le brevet est directement exploitable (1) alors que le refus de licence sur d'autres marchés serait soumis à examen (2).

1. L'immunité d'exploitation du brevet sur le marché direct.

Le monopole d'exploitation du brevet constitue la prérogative fondamentale du breveté en raison du droit d'exclure les tiers qui lui est octroyé. La CJCE a eu très tôt l'occasion de distinguer entre l'existence des prérogatives du breveté et leur usage et elle propose d'appliquer le droit de la concurrence dès lors que l'examen porte sur l'usage des droits de brevets⁶¹.

Toutefois la distinction entre l'existence et l'exercice des droits, si elle renseigne sur la séparation entre le droit national et le droit européen sur ce point, se révèle être en réalité inappropriée. Elle indique en effet que le droit de la concurrence pourrait s'appliquer à tout exercice du droit de brevet dès lors qu'il constitue un abus de position dominante⁶². Or, il est tout à fait possible d'imaginer que si le breveté se retrouve en position dominante sur un marché, le refus de licence voire la poursuite en contrefaçon, en tant qu'exercice légitime de son droit, soit interprété, à juste titre, comme étant une volonté de garder son monopole économique sur le marché. Par conséquent, le refus serait sanctionné au titre de l'article 82 du Traité CE⁶³.

Afin de ne pas voir le droit de la concurrence intervenir à chaque fois que le breveté exerce ses prérogatives, la jurisprudence a affiné ses critères. Il s'agissait de ne pas priver d'effet le droit des brevets en soumettant systématiquement à un test de concurrence les actes du breveté qui sont censés refléter le libre exercice de son monopole.

⁶¹ CJCE 29 février 1968. Parke-Davis, *supra* note 46. Rec. 1968 p81 et svts : « Seul [l'] usage [du droit de brevet] pourrait relever du droit communautaire au cas où cet usage contribuerait à une position dominante dont l'exploitation abusive serait susceptible d'affecter le commerce entre les Etats membres. »

⁶² id. « [L']abus de position dominante exige [...] la réunion de trois éléments : l'existence d'une position dominante, l'exploitation abusive de celle-ci, et l'éventualité que le commerce entre Etats membres puisse en être affecté. [...] Si le brevet d'invention confère à son titulaire une protection particulière dans le cadre d'un Etat, il n'en résulte pas pour autant que l'exercice des droits ainsi conférés implique la réunion des trois éléments dont il s'agit. » ; Voir aussi CJCE 8 juin 1971 Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c/ Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG. , Rec. 1971 p487.

⁶³ *Supra* note 41.

Dans l'arrêt *Sterling c. Centrapharm*⁶⁴, la CJCE a introduit le critère de l'objet spécifique du droit qui est devenu le critère essentiel de démarcation pour l'application du droit de la concurrence. Reprenant à son compte la distinction entre existence et exercice du droit, la Cour écarte de l'application du droit de la concurrence les actes qui sont réalisés dans le cadre de l'objet spécifique du droit des brevets. La CJCE inclut dans l'objet spécifique du droit « tout acte [qui] assure au titulaire le droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation de produits industriels, soit directement soit par l'octroi de licences à des tiers, ainsi que le droit de s'opposer à toute contrefaçon. »⁶⁵

Cet arrêt a été tout d'abord interprété comme confirmant la doctrine de l'épuisement intra-communautaire introduit par l'arrêt *Deutsche Grammophon*⁶⁶. Mais c'est sur l'étendue du marché concerné que la Cour nous renseigne le plus. L'objet spécifique du droit confère ainsi un monopole de fabrication et de commercialisation sur le marché du produit breveté. Dès lors que le titulaire du brevet confine son activité économique à la fabrication de ce produit, son monopole sera protégé même si celui-ci débouche sur l'obtention d'une position dominante sur le marché.

Sur ce dernier point, la CJCE a confirmé sa jurisprudence et donné ainsi plus de force au monopole du breveté. En effet, certains brevets confèrent d'office un monopole de facto sur la fabrication d'un produit, ce qui affecte la fourniture de différents marchés. Dans deux décisions du même jour, la CJCE a considéré que, peu importe le nombre de marchés sur lesquels devaient être mis en circulation le produit ou le procédé breveté, le monopole d'exploitation est de l'essence même du brevet et ne peut donc être remis en cause par des tiers.⁶⁷

⁶⁴ CJCE 31 octobre 1974 *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper contre Sterling Drug Inc.* Rec 1974 .p.1147.

⁶⁵ id. 9^{ème} considérant

⁶⁶ *Deutsche Grammophon c/ Metro*; voir *supra* note 62. Voir aussi Simon Behmo & Michel Marandon « Coexistence de la réglementation de la concurrence avec les droits de brevet ou de marque dans la Communauté économique européenne et aux USA ; Paris, thèse Paris I Panthéon-Sorbonne, [1982]. A la p91.

⁶⁷ CJCE 5 octobre 1988 *Volvo c/ Veng*, Rec.1988,p.6211 ; CJCE *CICRA e.a. c/ Renault*, *supra* note 44. Dans les deux espèces était en cause la fourniture de pièces détachées de voitures protégées par des brevets de dessins et modèles. Des indépendants avaient décidé de produire des pièces génériques sans en demander l'autorisation aux constructeurs automobiles titulaires des brevets : « le seul fait d'obtenir le bénéfice d'un

Cependant, si le titulaire d'un brevet est libre d'exercer les prérogatives légales conférées par le droit national dans les limites de leur objet spécifique, celles-ci ne doivent pas permettre à une entreprise de prendre « une mesure constituant un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres. »⁶⁸. Dans les mêmes décisions, la CJCE a eu l'occasion de présenter les limites de l'objet spécifique du brevet lorsque le breveté exploite son invention sur un marché pertinent⁶⁹ et qu'il se situe en position dominante sur ce marché, c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'alternative valable aux yeux des acheteurs. Il ne peut ainsi refuser arbitrairement de livrer le produit, fixer le prix de ce produit à un niveau inéquitable⁷⁰ ou décider de ne plus produire le produit en question alors qu'il existe toujours une demande⁷¹, notamment attachée à un autre type de produits ou de services⁷².

Des auteurs se sont montrés prudents sur ces limites en raison de la spécificité des faits dans les deux espèces⁷³. Toutefois, ces limites sont particulièrement adaptées à

droit exclusif accordé par la loi, droit dont la substance consiste à pouvoir empêcher la fabrication et la vente de produits par des tiers sans son consentement dans d'autres Etats membres constitue la substance de son droit exclusif. » (Renault)

⁶⁸ Voir l'article 30 du Traité CE. *Supra note 41*. L. Delfaque, in Commentaires Mégret, droit de la CEE, Editions de l'Université de Bruxelles, 1, n°317, A la p301.

⁶⁹ Sur la définition de marché pertinent, voir plus spécifiquement ci-dessous dans le 2^{ème} chapitre. *Section n°1 : Le traitement des accords de licence par les mécanismes traditionnels du droit de la concurrence*

⁷⁰ Voir l'arrêt Volvo, *supra note 67*.

⁷¹ *Ibid.* Cette situation peut aussi être réglée par le droit des brevets et les dispositions concernant les licences obligatoires de brevet.

⁷² *Ibid.* En l'espèce, il s'agissait de pièce détachées de voitures ; le produit doit être fourni tant qu'il existe toujours une demande substantielle. Voir en droit US, la controverse née des jurisprudences opposées : Inc. Image Technical Servers. v. Eastman Kodak Co., 125 F.3d 1195, 1216, 44USPQ2d 1065, 1079 (9th Cir. 1996) suivant une décision de la Cour Suprême 504 U.S. 451, 481-82 (1992) ; Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation ("Xerox") 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000). Dans l'affaire Eastman, la Cour a considéré que le breveté était présumé exercer son droit de bonne foi en refusant de licencier sa technologie mais que des éléments pouvaient renverser la présomption et prouver que le refus est un acte anticoncurrentiel. Dans l'affaire Xerox, la cour a refusé d'examiner l'intention subjective du breveté et a conclu qu'un tel refus reflétait l'exercice naturel par le breveté de son droit d'exclusion dès lors que celui-ci ne rentrait pas dans une des trois exception objectives (litiges à outrance, obtention frauduleuse du brevet ou encore lier des produits non brevetés au brevet). Voir notamment dans la doctrine américaine, Michael A. Carrier "Unraveling the patent". 150 UPALR 761 (2002), pp775-778 et aux pp788-795. Voir aussi la virulente critique de l'arrêt Xerox par Ronald S. Katz & Adam J. Safer "Should one patent court be making antitrust law for the whole country?" 69 Antitrust LJ 687. Aux pp700-710. Hillary Greene "Afterword: the role of the competition community in the patent law discourse" 69 Antitrust LJ 41 (2002). Voir aussi David A. Schneider, "Licensed to kill? The battle between patent and antitrust in monopoly leveraging cases", 20 Hastings Comm. & Ent. LJ. 857 (1998).. A la p868.

⁷³ Voir notamment Steve Anderman, *supra note 39* ; à la p11.

l'exploitation du marché direct⁷⁴ puisqu'il est reconnu que le monopole du brevet est absolu dans la mesure où le breveté répond à la demande sur le marché uniformément et dans des conditions commerciales acceptables⁷⁵

Ce dernier point a fait l'objet de nombreuses discussions tant en doctrine⁷⁶ qu'en jurisprudence puisqu'il était entendu que le breveté pouvait exploiter son invention de la manière dont il l'entendait⁷⁷ et que le prix avait le caractère de récompense⁷⁸. Toutefois, dans le cas où le breveté est également en position dominante sur un marché, la fixation des prix est exercée avec la plus grande attention⁷⁹, notamment pour permettre une meilleure circulation des marchandises dans le cadre de l'UE⁸⁰ lorsque les conditions de concurrence sont homogènes⁸¹. Mais plus récemment, le contrôle de la fixation des prix s'est élargi pour prendre en compte les conditions commerciales appliquées à la vente du produit breveté hors de la Communauté européenne⁸². Cette position peut être critiquée

⁷⁴ Entendu comme le marché de la technologie breveté ou du produit breveté et non comme un marché secondaire où le droit de brevet s'il peut être indispensable à l'exploitation sur ce marché n'en est pas pour autant l'objet principal de l'activité.

⁷⁵ La jurisprudence n'a pas eu l'occasion de définir ce que pourraient être des conditions commerciales acceptables, ce qui lui laisse une latitude dans son interprétation, latitude quelque peu problématique. Différents critères pourraient être utilisés comme le modèle de l'homme d'affaire raisonnable ou de la règle de jugement ou encore la similarité avec des transactions communément passées sur le marché (cela nécessite un marché assez étendu ou déjà bien implantés, ou alors d'autres marchés de produits aux caractéristiques similaires).

⁷⁶ Voir la position de Goldman, Lyon-Caen et Vogel, « Droit commercial européen », 5e éd., Dalloz, 1994. n°63

⁷⁷ Voir John Stewart Mill « l'utilitarisme », Paris, Flammarion, collection champs science, 1999 : « [Que l'inventeur] doi[ve] être compensé et récompensé ne peut être nié. Si tout le monde pouvait profiter de son génie sans à avoir à partager les dépenses qu'il a faites pour rendre son idée pratique, ou bien personne n'assurera les dépenses, excepté des individus très riches et ayant le sens du bien public, ou bien l'Etat attache une valeur au service rendu et lui accorde une subvention...; en général un privilège exclusif, d'une durée temporaire, est préférable; parce que la récompense dépend de l'utilité de l'invention, et la récompense est d'autant plus élevée que celle-ci est utile à la collectivité; et parce qu'elle est payée par les personnes à qui cette invention rend service: les consommateurs du bien considéré... »

⁷⁸ CJCE Sterling c/ Centrapharm, *supra* note 64.

⁷⁹ Voir les conclusions de l'Avocat général K. Roemer dans l'affaire Parke-Davis : « il est possible de voir dans une structure excessive de prix un indice en faveur de l'existence d'une position dominante sur le marché et son exploitation abusive au sens de l'article 82 » (Rec. 1968 p110)

⁸⁰ CJCE 18 février 1971, Sirena S.r.l. c/ Eda S.r.l. et autres, Rec.1971 p 69. « si l'écart entre le prix de réimportation d'un autre Etat membre et le prix de vente sur le territoire national ne révèle pas nécessairement un abus de position dominante, il peut cependant, en raison de son importance, et en l'absence de justification objective, constituer un indice déterminant dudit abus »

⁸¹ CJCE 14 juillet 1981, Merck c/ Stephar et Exler Rec.1981 p.2063 ; pour une concurrence totale en Italie en raison de l'absence de protection par le brevet pour les médicaments.

⁸² Tribunal de 1ère instance des Communautés européennes (TIPCE) Micro Leader Business c/ Commission des Communautés européennes (communément appelé arrêt Microsoft) 16 décembre 1999 , Rec. 1999, II,

comme étant trop interventionniste puisqu'elle nie le droit à la récompense issu du brevet.⁸³ En réalité, la fixation des prix ne peut être libre et doit être justifiée par l'objet même du brevet⁸⁴. Il ne s'agit pas d'un droit conféré par le brevet mais d'un pouvoir économique issu du monopole dont jouit le breveté qui doit, par conséquent, être soumis au droit de la concurrence⁸⁵. Ainsi seuls les actes qui aboutissent à une manipulation de la structure de concurrence sont condamnables. C'est la position de la CJCE. La juridiction communautaire sanctionne le comportement du breveté sans que cette sanction ne remette en cause la portée des droits conférés par les lois nationales⁸⁶.

p3989. Rev.Trim. Dr. Eur. 2000 p116 obs. Bonet ; Communication, commerce électronique 2000 n°18 obs. Caron : « s'il est certes exact que [...] la commercialisation par Microsoft de copies des logiciels au Canada n'épuise pas, à elle seule, ses droits d'auteur sur ces produits dans la Communauté, les éléments de fait présentés par la requérante constituent, à tout le moins, un indice que, pour des transactions équivalentes, Microsoft appliquait des prix plus faibles sur le marché canadien que sur le marché communautaire et que les prix communautaires étaient excessifs. (54) [...] Or, il ressort de la jurisprudence que si, en principe, l'exercice de droits d'auteur par leur titulaire, comme l'interdiction d'importer certains produits d'un territoire non communautaire vers un État membre de la Communauté, ne constitue pas en lui-même une violation de l'article 86 du traité, un tel exercice peut toutefois, dans certaines circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif. (56) [...] En l'espèce, la Commission ne pouvait donc soutenir que les éléments en sa possession au moment où elle a adopté la décision attaquée ne constituaient pas des indices de l'existence d'un comportement abusif de Microsoft sans approfondir son examen de la plainte (57) » considérants 57, 56 et 57.

⁸³ A. Alexander, brevets d'invention et règles de concurrence du Traité CE, Bruylant, Bruxelles, 1971

⁸⁴ Voir CJCE 27 mars 1974 BRT c/ SABAM ; Rec.1974,p.313. Valentine Korah propose de calculer le prix du brevet sur la rentabilisation des frais de Recherche & Développement (R&D) et d'autres éléments comme le risque assumé et le temps nécessaire pour obtenir les profits escomptés (tout le problème consiste alors à valoriser ces éléments). Valentine Korah, « no duty to licence independent repairers to make spare parts : the Renault, Volvo and Bayer & Henneke Cases », E.I.P.R. 1988, 10(12), 381. Voir aussi Georges Karadis « Les licences de brevet et de savoir-faire et les règles du droit français et communautaire de la concurrence – Essai d'une approche comparative » Paris, Thèse Paris I Panthéon-Sorbonne, [1989] : l'auteur propose de tenir compte d'un critère de "Goodwill" c'est-à-dire qu'il s'agit de déterminer le niveau des redevances sur les technologies comparé à des produits fabriqués sur la base de technologies ou de produits semblables (ou comparables) (cf.p223).

⁸⁵ Voir les conclusions de l'Avocat général Römer, *supra* note 79.

⁸⁶ CJCE 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can Co. c/ Commission des Communautés européennes, Rec.1973,p.215 (aussi appelé arrêt Tetra-PakI) : « La distinction entre les mesures affectant la structure de l'entreprise et les pratiques ayant une incidence sur le marché n'est pas déterminante, toute mesure structurelle étant susceptible dès lors qu'elle accroît les dimensions et la puissance économique de l'entreprises d'avoir une incidence sur les conditions du marché. » au §21. En l'espèce a été sanctionnée l'acquisition par l'entreprise déjà en position dominante sur les marché de conditionnement en métal léger de son concurrent qui disposait de la seule technologie sous brevet alternative. Ce n'est pas la détention du brevet qui est sanctionnée mais le renforcement de la position dominante par le biais d'une croissance exogène. Il s'agit d'une reconnaissance implicite du monopole du brevet puisque l'acquisition du brevet renforcerait la position de l'entreprise qui pourrait opposer aux tiers ses nouveaux droits d'exclusivité.

Voir aussi CJCE 10 juillet 1990 Tetra Pak c/ Commission. Rec.1990,p.II-309(Tetra-Pak II) : « La simple acquisition d'une licence exclusive de brevet par une entreprise en position dominante n'est pas en soi constitutive d'un abus au sens de l'article 86 du traité ». En effet, aux fins de l'application de cette disposition, doivent être prises en considération les circonstances entourant une telle acquisition et en

2. L'exploitation d'un marché secondaire : la zone grise de l'objet spécifique.

La jurisprudence communautaire a répété à maintes reprises que l'exploitation du monopole conféré par le brevet d'invention ne pouvait être sanctionnée et devait être protégée pour autant que le breveté n'ait pas l'intention de réaliser des actes qui constitueraient une restriction déguisée au commerce ou une discrimination arbitraire contraire à l'article 30 du Traité CE⁸⁷. Le refus de licence et son corollaire, l'action en contrefaçon, sont ainsi des actes tout à fait discrétionnaires qui reflètent l'usage légitime du monopole du breveté.

Toutefois, le monopole du breveté pose des problèmes à l'égard d'entreprises qui ne sont pas forcément ses concurrentes sur le marché mais qui ont besoin d'obtenir une licence du brevet afin de développer leurs activités sur des marchés secondaires⁸⁸. Le titulaire du brevet peut devenir l'acteur juridique incontournable pour un tiers qui veut entrer sur un de ces marchés satellitaires. Le postulant doit alors négocier avec le breveté les conditions d'utilisation du brevet, ce qui permet au titulaire du brevet de contrôler l'entrée sur le marché secondaire. Le monopole du breveté prend un autre visage. En plus d'octroyer l'exploitation exclusive sur le marché primaire, il devient un obstacle juridique à l'entrée sur des marchés annexes sur lesquels le droit des brevets n'a pas vocation à s'appliquer⁸⁹. Cet obstacle ne peut être résolu que par la négociation. Il devient également

particulier ses effets sur la structure de la concurrence sur le marché en cause. L'acquisition par une entreprise en position dominante d'une licence exclusive de brevet portant sur un nouveau procédé industriel constitue un abus de position dominante, dès lors qu'elle a pour effet de renforcer la position, déjà très forte, de l'entreprise concernée sur un marché où la concurrence est très fortement réduite et d'empêcher, ou du moins de retarder considérablement, l'entrée d'un nouveau concurrent sur ce marché, une telle acquisition ayant pour effet d'exclure en pratique toute la concurrence sur le marché en cause. » 1^{er} considérant.
[Emphase rajoutée]

⁸⁷ Voir *supra* note 68.

⁸⁸ La définition du marché pertinent est importante. Elle a souvent pour effet, lorsqu'elle est restrictive, de diviser les activités commerciales en différents marchés ou de définir dans un produit des marchés distincts du produit global pour ses éléments constitutifs. Voir par exemple l'affaire IBM Personal Computers (décision 84/233 de la Commission, 1984) qui a permis de dégager l'existence de trois marchés différents (le marché de fabrication des machines d'ordinateur avec son processeur 370, le marché de la mémoire vive et le marché des logiciels système) pour définir la position dominante d'IBM sur les deux derniers marchés. Voir aussi l'affaire Microsoft de 1993 (décision 89/113 [1989]) où la Commission a dégagé l'existence de trois marchés différents (le marché des systèmes d'exploitation, le marché des interfaces graphiques, et le marché des logiciels d'application)

⁸⁹ Il est également la source d'ententes possibles afin de s'assurer une suprématie sur les marchés satellitaires.

un moyen pour le breveté d'étendre son activité économique vers des marchés protégés *de facto* à défaut de l'être *de jure*.

Cette situation s'explique par le fait que le brevet est devenu un droit de propriété incontournable pour intégrer un marché. Il a été vu que le droit de la concurrence répugne à s'appliquer au refus de licence en tant qu'il constitue l'exercice plénier par le breveté de son droit de propriété. Cependant, la jurisprudence a progressivement remis en cause cette position en acceptant des entorses au droit de propriété sur le fondement de la théorie jurisprudentielle des ressources essentielles⁹⁰. Selon la Direction générale de la concurrence à la Commission européenne (DG IV), les ressources essentielles couvrent les cas suivants :

« [Il s'agit d'une] installation ou infrastructure nécessaire pour atteindre les clients et/ou pour permettre aux concurrents d'exercer leurs activités. Une facilité est essentielle lorsque sa reproduction est impossible ou extrêmement difficile en raison de contraintes physiques, géographiques, juridiques ou économiques. »⁹¹

La jurisprudence communautaire a commencé par appliquer la doctrine des ressources essentielles aux droits réels de propriété⁹². Ainsi, dans l'affaire *Corsica Ferries*⁹³, la CJCE a sanctionné sur le fondement de l'article 82 du Traité⁹⁴ et l'abus de position dominante l'imposition de tarifs différentiels par le gestionnaire des installations portuaires pour les services qu'il propose aux compagnies maritimes. Celui-ci distinguait selon que l'utilisateur faisait du commerce inter-étatique ou national et appliquait un tarif

⁹⁰ On utilisera le cas échant indifféremment la notion de ressources, moyens ou équipements essentiels. La notion anglaise est celle de "essential facilities". Cependant, traduire par le terme de facilités (ou même commodités) serait un anglicisme. C'est pourtant, et à tort, cette notion de « facilité essentielle » qu'utilise la Direction générale à la concurrence. Voir notamment le Glossaire de la DGIV accessible à l'adresse internet suivante : http://europa.eu.int/comm/competition/general_info/f_fr.html.

⁹¹ Id.

⁹² Pour une première esquisse de la doctrine, voir la décision de la Commission, *Europort AIS c/ Denmark* [1993] Rec. 1993, p457 ; sur l'accès aux équipements du port de Rødby. Voir aussi *Sabena c/ London European* [1989] Rec. 1989, p881 : pour le refus de prendre en charge les réservations de L.E sur le système de réservation que Sabena gérait en situation de position dominante (deux marchés sont à distinguer : le marché du transport aérien et le marché de la réservation). Même solution pour l'aff. *British Midland c/ Aer Lingus* [1993] Rec. 1993, p596)

⁹³ CJCE 17 mai 1994 *Corsica Ferries c/ Corpo dei piloti del porto di Genova* Rec. 1994, I, p1783.

⁹⁴ Ex-article 86.

plus onéreux au premier⁹⁵. Cette position a été reprise plus récemment par la Commission dans sa décision *Aéroport de Francfort*⁹⁶ pour obliger le gestionnaire (et propriétaire) d'installations aéroportuaires à concéder l'exploitation des services de maintenance et de débarquement des passagers à des entreprises tierces du choix des compagnies aériennes utilisatrices des installations. Au nom du principe de la liberté du commerce, le gestionnaire ne pouvait empêcher, sauf s'il justifiait de restrictions inhérentes à l'usage de son droit de propriété⁹⁷, l'exploitation de marchés annexes à ce droit.

Cette décision se fonde sur la jurisprudence *Hauer* qui a autorisé pour la première fois des atteintes au droit de propriété. A cette occasion la CJCE a déclaré :

«Le fait d'apporter des restrictions [au droit de propriété] ne saurait être considéré comme incompatible, dans son principe, avec le respect du droit de propriété. Il faut toutefois que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la communauté et qu'elles ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable dans les prérogatives du propriétaire, qui porterait atteinte à la substance même du droit de propriété.»⁹⁸

Ayant enfin eu à se pencher sur la légalité d'un refus de licence, la jurisprudence a adopté une attitude de principe clairement en faveur de l'immunité des droits de propriété intellectuelle face au droit de la concurrence. Dans son arrêt *Magill*⁹⁹, la CJCE a tout d'abord réaffirmé la position de principe prise depuis l'arrêt *Parke-Davis*¹⁰⁰ :

⁹⁵ Voir l'aff. *Corsica Ferries*, *supra* note 93. « L'article 30 du traité ne s'oppose pas à une réglementation d'un État membre qui impose aux entreprises de transport maritime établies dans un autre État membre, dont les navires font escale dans les ports du premier État membre, de recourir, moyennant une rétribution supérieure au coût effectif du service rendu, aux services des groupes de lamaners locaux titulaires de concessions exclusives, dès lors qu'une telle réglementation ne fait aucune distinction selon l'origine des marchandises transportées, qu'elle n'a pas pour objet de régir les échanges de marchandises avec les autres États membres et que les effets restrictifs qu'elle pourrait produire sur la libre circulation des marchandises sont trop aléatoires et trop indirects pour que l'obligation qu'elle édicte puisse être regardée comme étant de nature à entraver le commerce entre les États membres » Considérant n°3.

⁹⁶ Décision Com. Eur. n°98/190/CE du 14 janvier 1998 *Aéroport de Francfort* - JOCE L173/32 (C(1998)67) 11 mars 1998, note Enrico Maria Armani. Competition Policy newsletter N°3 Octobre 1999 p.15.

⁹⁷ *Ibid.* En l'espèce, le gestionnaire de l'aéroport de Francfort avait argué de l'existence de contraintes physiques qui ne permettaient pas l'ouverture à la concurrence des activités en cause. Cet argument a été en partie accepté par la Commission.

⁹⁸ CJCE 13 décembre 1979 *Liselotte Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz*. Rec. 1979 p3727. Considérant n°5.

⁹⁹ CJCE 6 avril 1995 *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission des Communautés européennes* (autrement appelé *Magill*), Rec. 1995, I, p743. ; voir aussi l'arrêt du TPICE, 10 juillet 1991, Rec. 1991, II, p485.

¹⁰⁰ Voir *supra* note 61.

« En l'absence d'une unification communautaire ou d'un rapprochement des législations, la fixation des conditions et des modalités de protection d'un droit de propriété intellectuelle relève de la règle nationale et le droit exclusif de reproduction fait partie des prérogatives de l'auteur, en sorte qu' un refus de licence, alors même qu' il serait le fait d' une entreprise en position dominante, ne saurait constituer en lui-même un abus de celle-ci. »¹⁰¹ [emphasis rajoutée]

Toutefois, la CJCE ne confère pas une immunité absolue aux droits de propriété intellectuelle en général et au droit de brevet en particulier. Elle consent ainsi à soumettre un refus de licence au droit de la concurrence pourvu que ce refus intervienne dans des « circonstances exceptionnelles »¹⁰². Ces circonstances apparaissent ainsi au moment où le refus du breveté de donner en licence tout ou partie de son droit de PI ne concerne pas l'exploitation de celui-ci sur le marché direct sur lequel se situe l'invention¹⁰³, mais affecte l'entrée d'un tiers sur un marché secondaire¹⁰⁴.

La CJCE a ainsi posé deux critères alternatifs qui vont permettre de dégager l'existence d'un abus de position dominante du fait de l'exercice de ses prérogatives de breveté. Tout d'abord, dans les deux cas, il doit être prouvé que le droit de brevet confère un monopole de fait à l'entrée du marché. La licence du droit de brevet doit alors être un élément indispensable pour permettre au tiers d'exploiter son activité sur le marché secondaire. Ensuite, à ce niveau là, le refus de licence doit entraîner une des deux conséquences suivantes pour être qualifié d'abus au sens de l'article 86 : Soit le refus pour effet de permettre au titulaire du brevet de s'approprier le marché¹⁰⁵, soit le refus

¹⁰¹ Magill *supra* note 99 Considérant 2.

¹⁰² Voir Magill, *supra* note 99 : « Un comportement d' une entreprise en position dominante qui relève de l'exercice d' un droit qualifié de "droit d' auteur" par le droit national n' est pas, de ce seul fait, soustrait à toute appréciation au regard de l' article 86 du traité.[...] L' exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif. » Considérant 2 et §50.

¹⁰³ Auquel cas les jurisprudences Renault et Volvo s'appliquent et confèrent l'immunité au breveté vis-à-vis du droit de la concurrence lorsqu'il refuse de donner une licence à un tiers en tant qu'il exerce son droit d'exclusivité fondamental. Voir l'aff. Renault, *supra* note 59 et aff. Volvo, *supra* note 67.

¹⁰⁴ Voir pour une étude plus approfondie : Rosa Greaves « Magill est arrivé ...RET and ITP v. Commission of the EC, 4 Eur.Comp.L.Rev. 244, (1995), du même auteur, "The Herchel Smith Lecture 1998: Article 86 of the EC Treaty and IPRs" Eur.I.P.Rev. 379 [1998].

¹⁰⁵ CJCE 3 octobre 1985, SA Centre belge d'études de marché - télémarketing (CBEM) c/SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) et SA Information publicité Benelux (IPB)., Rec.1985 p3261. «Constitue un abus de position dominante au sens de l'article 86 CE le fait, pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché donné, de se réserver [...], et sans nécessité objective, une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par une tierce entreprise dans le cadre des activités de celle-ci sur un

empêche le tiers d'introduire un nouveau produit sur le marché pour lequel il n'y a aucun substitut réel ou potentiel¹⁰⁶ alors qu'une demande pour celui-ci existe déjà¹⁰⁷. Toutefois, le breveté peut toujours justifier son refus par des considérations propres à l'activité qu'il mène sur le marché principal ou alors propres aux caractéristiques mêmes du brevet dont il est demandé licence. Les raisons peuvent tenir à des problèmes de qualité du produit fabriqué sous licence ou alors à des problèmes de sécurité ou de santé publique si la fabrication ou l'utilisation du procédé breveté est particulièrement dangereuse.¹⁰⁸

Les critères introduits par la jurisprudence *Magill* comme étant des éléments à prendre en compte dans l'examen du refus ont été réaffirmés avec plus de force dans l'arrêt *Ladbroke*¹⁰⁹. La CJCE a écarté le critère de l'appropriation du marché comme n'étant pas indispensable¹¹⁰ pour se concentrer sur la substituabilité du droit de brevet.

« Le refus [...] ne pourrait relever de l'interdiction de l'article 82 du Traité que s'il concernait un produit ou un service qui se présente soit comme essentiel pour l'exercice de l'activité en cause, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel, soit comme un produit nouveau dont l'apparition est entravée, malgré une demande potentielle spécifique, constante et régulière de la part des consommateurs »¹¹¹

marché voisin, mais distinct, au risque d'éliminer toute concurrence de la part de cette entreprise» au §86; Voir aussi *Magill supra note 99* au §56. Voir aussi l'aff. Commercial Solvent, *supra note 58*. En l'espèce il s'agissait du contrôle de la fourniture des matières premières pour éliminer les concurrents sur un marché secondaire : « Le détenteur d'une position dominante sur le marché des matières premières qui, dans le but de les réserver à sa propre production des dérivés, au risque d'éliminer toute concurrence de la part de celui-ci, exploite sa position dominante d'une façon abusive au sens de l'article 86 du Traité CE .» Considérant n°3.

¹⁰⁶ *Ibid.* Au §52.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ On peut également rajouter des questions de sécurité publique ou de défense nationale.

¹⁰⁹ TPICE 12 juin 1997 *Tiercé Ladbroke c/ Commission des Communautés européennes* 12 juin 1997, Rec. 1997, II, p923 ; Contrats, conc. consom. 1997, comm. 167, obs. Vogel.

¹¹⁰ La preuve de l'appropriation n'est pas simple à rapporter.

¹¹¹ Considérant n°10. Cette position a été reprise par l'Avocat général Tizzano dans l'affaire *IMS Health*. Ce dernier a surtout mis l'accent sur la présence d'une demande non satisfaite des consommateurs et qui rend alors le refus abusif tout en acceptant la légitimité du refus lorsque la licence serait pour un produit concurrent du produit du dominant déjà en circulation : « le refus de licence ne peut être considéré comme abusif que dans le cas où l'entreprise qui a demandé la licence n'entend pas se limiter en substance à reproduire les biens ou services qui sont déjà offerts sur le marché dérivé par le titulaire du droit de propriété intellectuelle, mais a l'intention de produire des biens ou services présentant des caractéristiques différentes, qui - même s'ils viennent en concurrence avec les biens ou services du titulaire du droit de propriété intellectuelle - répondent à des besoins spécifiques des consommateurs qui ne sont pas satisfaits par les biens et services existants ». conclusions présentées le 3 octobre 2003 de l'Avocat général Tizzano dans l'affaire n° C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG c/ NDC Health GmbH & Co. KG*. Accessible sur le site de la CJCE: www.curia.eu.int (dernier accès le 15/10/2003).

Cette jurisprudence laissait entendre que l'intention du titulaire du brevet n'était ainsi prise en compte que dans le cas où lui-même exploiterait la technologie sur le marché dérivé. Toutefois, la CJCE a eu l'occasion de reprendre les mêmes critères que le TPICE dans une hypothèse qui ne concernait pas le droit des brevets. Elle a ainsi mis de côté l'intention du défendeur sollicité¹¹². En l'espèce, il était demandé à la Cour d'obliger le défendeur à offrir l'accès à son système de portage à domicile de journaux car le demandeur ne pouvait lui-même développer, en raison de son tirage restreint, un réseau de distribution parallèle. La cour a répondu que l'accès au système exclusif du défendeur n'était justifiable que si le refus « éliminait toute concurrence sur le marché »¹¹³. Par conséquent, l'existence d'une alternative, même si la deuxième solution est plus onéreuse ou commercialement moins attrayante, est de nature à justifier le refus comme relevant du libre exercice des prérogatives du titulaire du brevet.¹¹⁴ Dès lors qu'on peut envisager une duplication des moyens d'accès au marché secondaire à un coût raisonnable, le refus de licence ne pourra être sanctionné¹¹⁵.

Toutefois, l'objectivation des critères n'est que toute relative car la restriction anticoncurrentielle ne résulte en réalité que du comportement du titulaire du brevet et non des droits dont il dispose. Encore une fois, il faut rappeler que l'article 30 du Traité CE fonde l'immunité du droit de brevet vis-à-vis du droit communautaire de la concurrence

¹¹² CJCE 26 novembre 1998 Oscar Bronner GmbH & Co. KG c/ Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG et Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG. (arrêt Bronner) Rec. 1998 p7791.

¹¹³ *Ibid.* Au § 51 : « Dès lors, à supposer même que cette jurisprudence relative à l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle soit applicable à l'exercice d'un droit de propriété quel qu'il soit, encore faudrait-il, pour que l'arrêt Magill, puisse être utilement invoqué pour conclure à l'existence d'un abus au sens de l'article 86 du traité dans une situation telle celle qui fait l'objet de la première question préjudicielle, non seulement que le refus du service que constitue le portage à domicile soit de nature à éliminer toute concurrence sur le marché des quotidiens de la part du demandeur du service et ne puisse être objectivement justifié, mais également que le service en lui-même soit indispensable à l'exercice de l'activité de celui-ci, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel audit système de portage à domicile. » [Emphase rajoutée]

¹¹⁴ *Ibid.* 2^{ème} considérant : « [L'absence de substitut n'est pas constatée] lorsque, d'une part, d'autres modes de distribution de quotidiens, tels que la distribution par la voie postale et la vente dans les magasins et kiosques, même s'ils devaient être moins avantageux pour la distribution de certains d'entre eux, existent et sont utilisés par les éditeurs de ces quotidiens, et que, d'autre part, il n'y a pas d'obstacle technique, réglementaire ou même économique qui soit de nature à rendre impossible, ni même déraisonnablement difficile, pour tout autre éditeur de quotidiens, de créer, seul ou en collaboration avec d'autres éditeurs, son propre système de portage à domicile à l'échelle nationale et de l'utiliser pour la distribution de ses propres quotidiens ». [emphase rajoutée]

¹¹⁵ S. Bishop & D. Ridyard, "Oscar Bronner – legitimate refusal to supply" (1999) European Law and Economics 24-25.

dans la mesure où l'exploitation du droit ne contribue pas à des actes de discrimination arbitraire ou de restriction déguisée au commerce. Le droit communautaire intervient donc uniquement pour sanctionner l'acte du breveté et non la jouissance du droit exclusif que lui confère la législation nationale¹¹⁶. Il ne faut ainsi pas réduire les motivations ex ante qui incitent les entrepreneurs à investir dans l'innovation : « Mettre des obstacles aux investissements ne peut être ni un objectif ni une conséquence d'une politique de concurrence saine. »¹¹⁷. La CJCE conclut dans le même sens dans l'affaire *Ladbroke*¹¹⁸ :

« Les articles [81 et 82] du traité ne visent que des comportements anticoncurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative. Si un comportement anticoncurrentiel est imposé aux entreprises par une législation nationale ou si celle-ci crée un cadre juridique qui lui-même élimine toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part, les articles 85 et 86 ne sont pas d'application. »¹¹⁹

Surtout, le droit communautaire de la concurrence insiste sur la nécessité de diffuser la technologie brevetée. Si le droit de la concurrence se soumet au droit de la Propriété industrielle pour favoriser la divulgation de techniques nouvelles, il en limite l'étendue lorsque le monopole du breveté est utilisé pour indûment restreindre cette diffusion en érigeant des barrières à l'entrée des marchés secondaires.

B- Immunité du brevet et la restriction induite de concurrence : la position du droit canadien.

Le droit canadien de la concurrence n'est pas aussi développé que le droit communautaire en ce qui concerne la délimitation entre les actes d'exploitation susceptibles d'être sanctionnés et l'exercice absolu des prérogatives. Cependant, la législation, et surtout la jurisprudence qui a eu jusqu'alors à se prononcer sur les droits de propriété intellectuelle, semblent aligner le droit canadien sur le raisonnement européen. Nous verrons qu'a priori l'exercice des prérogatives conférées par le brevet n'est pas

¹¹⁶ Voir Hedvig Schmidt "Article 82's "exceptional circumstances" that restrict intellectual property rights" Eur.Comp.L.Rev. 2002, 2 (5), 210.

¹¹⁷ Enrico Maria Armani, *supra* note 96. à la p17. [Notre Traduction].

¹¹⁸ CJCE 11 novembre 1997 Commission des Communautés européennes et République française c/ Ladbroke Racing Ltd, Rec. 1997, I, p6265.

¹¹⁹ *Ibid.* au §33.

soumis au droit de la concurrence (1) sous réserve que les actes d'exploitation ne consistent pas en une restriction induite du droit de la concurrence (2).

1. Le principe : l'exploitation du brevet est immunisée contre le droit de la concurrence.

La loi canadienne sur la concurrence fonde principalement l'intervention du droit de la concurrence sur l'article 79¹²⁰ qui sanctionne les abus de position dominante. Toutefois, de la même façon que le droit communautaire¹²¹, la législation exclut de son domaine d'intervention les pratiques qui découlent de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle. Ainsi l'article 79 alinéa 5¹²² dispose-t-il :

« Pour l'application [de l'article 79], un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la Loi sur les brevets [...] ou de toute autre loi fédérale relative à la protection de la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anticoncurrentiel. » [Emphase rajoutée]

En réalité, la formulation même de l'exemption est bien plus claire que le droit européen. L'alinéa 5 oppose les agissements résultant du seul fait de l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle aux actes anticoncurrentiels mentionnés dans l'alinéa 1 et qui sont énumérés non limitativement¹²³ dans l'article 78-1 de la loi¹²⁴. La jouissance du monopole d'exploitation et les droits attachés, tels que l'action en contrefaçon afin d'exclure les tiers du domaine du brevet et le refus de licence, sont écartés a priori de l'application du droit de la concurrence.

¹²⁰ Article 79 de la loi canadienne sur la concurrence : « Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante : a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions; b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels; c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché, le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique. » (L.R. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 45; 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37; 2002, ch. 16, art. 11.4).

¹²¹ Article 30 du Traité CE, voir ci-dessus et *supra* note 43.

¹²² Article 79(5), voir *supra* note 120.

¹²³ Nutrasweet, *infra* note 271.

¹²⁴ Article 78(1), L.R. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 45; 2000, ch. 15, art. 13.

Le Tribunal de la concurrence canadien a eu à se prononcer par deux fois sur la validité d'un refus de licence de droit de propriété intellectuelle¹²⁵. Dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c/ Tele-Direct (Publications) Inc.*¹²⁶, le Tribunal de la concurrence avait à examiner si le refus du titulaire de la marque « Pages jaunes » était constitutif d'abus de position dominante, étant donné qu'il ne permettait pas au demandeur de faire de la publicité dans l'annuaire professionnel « Pages jaunes ». Le Tribunal de la concurrence a tout d'abord rappelé le caractère propriétaire du droit de marque en cause avec les conséquences juridiques qui s'en suivent quant au contrôle de son exploitation.

« Le refus d'octroyer des licences d'utilisation [de] marques de commerce relève entièrement de la prérogative [de leur titulaire]. Le droit du propriétaire d'octroyer de telles licences comporte nécessairement celui de déterminer s'il convient d'en accorder et à qui. La protection des marques de commerce repose sur la possibilité d'opérer une sélection. »¹²⁷

Le Tribunal met en perspective ce pouvoir avec les dispositions en matière de concurrence pour souligner la compatibilité du refus de licence avec les règles qui régissent l'abus de position dominante :

« La décision d'accorder une licence, c'est-à-dire, essentiellement, de partager cet achalandage relève d'une prérogative appartenant entièrement au propriétaire de la marque. Le refus d'octroyer une licence se distingue de l'assujettissement d'une licence à des conditions anticoncurrentielles. L'empire exclusif du propriétaire sur l'octroi de licences est conforme aux dispositions de la Loi sur les marques de commerce. La Loi, en effet, ne prévoit aucune procédure permettant de saisir le registraire des marques de commerce d'une demande de licence d'utilisation, d'où il ressort qu'il revient au propriétaire de la marque de décider de l'octroi des licences. »¹²⁸
[emphasis rajoutée]

La position du Tribunal est justifiée par deux arguments. Tout d'abord, il y a un argument économique. Il s'explique par la valeur intrinsèque de la marque de commerce puisque celle-ci est un élément constitutif du fonds de commerce qui reflète l'achalandage. Ensuite, il y a un argument juridique. Le titulaire d'une marque est obligé de défendre son

¹²⁵ Un refus de licence de marque et un refus de licence de droit d'auteur.

¹²⁶ *Directeur des enquêtes et recherches c/ Tele-Direct (Publications) Inc.* [1997] 73CPR(3d)1 (Tribunal de la concurrence)

¹²⁷ *Ibid.* à la p34.

¹²⁸ *Ibid.* à la p35.

droit contre toute appropriation non autorisée au risque de perdre le caractère distinctif qui fonde la pertinence et la protection de sa marque¹²⁹.

Même si les caractéristiques mises en avant sont spécifiques au droit des marques, le raisonnement ne devrait pas énormément différer pour un refus de licence de brevet. Comme la marque, le droit des brevets confère un monopole d'exploitation à son titulaire, monopole qui réside avant tout dans le droit d'obtenir l'arrêt de toute activité contrefaisante non autorisée. Le droit d'exclusion est commun au droit de conserver le caractère distinctif de sa marque et souvent le brevet est utilisé comme un moyen commercial de distinguer son produit des autres¹³⁰. De plus, la valeur économique du brevet technologique est semblable au départ à celle d'une marque en raison des investissements dans la mise au point de l'invention et des perspectives d'exploitation¹³¹. Ceci étant dit, la position du Tribunal de la concurrence est très claire en ce qui concerne le refus de licence et l'application du droit de la concurrence en la matière. L'exercice de cette prérogative par le titulaire du droit de propriété intellectuelle est étranger à toute considération de respect de la concurrence :

« Bien que la preuve indique que la concurrence entre, pour une part du moins, dans le refus [du titulaire des droits de marque] d'accorder des licences d'utilisation de ses marques de commerce, il n'en reste pas moins que la *Loi sur les marques de commerce* donne aux propriétaires de marques le droit de déterminer à qui ils délivreront des licences. Les motivations fondant le refus d'octroyer une licence à un concurrent sont sans pertinence puisque la Loi ne prescrit aucune limite à l'exercice de ce droit. »¹³²

En droit des brevets, la seule limite existante est celle des dispositions concernant les licences obligatoires dans un but d'intérêt général quand la demande sur le marché ne

¹²⁹ Le Tribunal de la concurrence fait référence à la jurisprudence fédérale *Unitel Communications Inc. c/ Bell Canada* du 24 avril 1995. Version anglaise publiée dans 61 C.P.R. (3d) 12 (C.F. 1re inst.) [1995] : « la Cour a même radié les marques de commerce que possédait Bell Canada, parce que, notamment, la société n'avait pas exercé de contrôle sur l'utilisation de ses marques par une compagnie de téléphone indépendante ». (p35)

¹³⁰ Les fabricants en viennent même jusqu'à apposer la mention « demande de brevet en cours » (patent pending) pour insister sur le caractère différent du produit vis-à-vis de la concurrence.

¹³¹ Cet argument n'est toutefois valable que dans un premier temps et doit être ensuite puisque l'un des postes d'investissement les plus importants aujourd'hui est la publicité et le marketing. De plus les dépenses de R&D pour le développement d'une technique sont limitées dans le temps alors que celles réalisées pour la publicité ne le sont pas.

¹³² *Tele-Direct*, *supra* note 126 ; à la p35.

peut être suffisamment satisfaite¹³³. En aucun cas, elle ne s'intéresse aux justifications subjectives qui conduisent au refus de licence.

Le Tribunal a confirmé par la suite sa position dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c/ Warner Music Canada Ltée*¹³⁴. En l'espèce, une société refusait de licencier les droits d'auteur sur son catalogue de musiques. Le directeur du Bureau considérait que le refus de licence était abusif en tant qu'il empêchait Universal Music d'intégrer le catalogue de Warner dans son réseau de vente par correspondance. Il a demandé au Tribunal d'octroyer à Universal une licence obligatoire sur les droits d'auteur de Warner en arguant que le refus de licence constituait un refus de vente au sens de l'article 75 de la loi sur la concurrence.

Le Tribunal a considéré que les droits de propriété intellectuelle ne pouvaient être considérés comme étant des produits au sens de l'article 75¹³⁵ même s'ils sont des produits au sens des dispositions générales de la loi (notamment les articles 79 et 32)¹³⁶. En réalité, cette position est justifiée par le fait qu'il existe des solutions à une situation semblable en vertu des dispositions sur l'abus de position dominante. Les dispositions de l'article 75 concernent la fourniture de produits et non directement la licence de droits de Propriété intellectuelle.

Il n'en demeure pas moins que le Tribunal de la concurrence a de nouveau réitéré la position qu'il avait prise dans l'affaire *Télé-Direct*¹³⁷ et souligne encore : « Le droit

¹³³ Voir ci-dessus et *supra* note 15.

¹³⁴ *Directeur des enquêtes et recherches c/ Warner Music Canada Ltd* (1997), 78 CPR (3rd) 321 (Trib. concu.)

¹³⁵ *Ibid.* « Les exigences de l'article 75 selon lesquelles il doit y avoir une "quantité" amplement suffisante d'un "produit" et des conditions de commerce normales à l'égard d'un produit montrent qu'un droit exclusif en matière de propriété intellectuelle ne peut constituer un "produit" ; il ne saurait en effet y avoir une quantité amplement suffisante de droits en matière de propriété intellectuelle, qui sont exclusifs de par leur nature même et il ne peut y avoir de conditions de commerce normales lorsqu'une licence peut être refusée. » à la p15.

¹³⁶ *Ibid.* « Considéré dans le contexte de l'article 32 et du paragraphe 79(5) de la Loi, le terme "produit" employé à l'article 75 ne peut être interprété comme englobant les licences relatives au droit d'auteur. ». A la p16.

¹³⁷ *Ibid.* à la p16. Le Tribunal cite directement le passage de *Télé-Direct* mentionné. Voir ci-dessus et *supra* notes 126 et 128.

accordé par le législateur d'exclure autrui est fondamental en matière de propriété intellectuelle et ne peut être jugé anticoncurrentiel. »¹³⁸

2. L'exception : la condamnation de la « restriction induite » de concurrence.

Même si le Tribunal de la concurrence accorde une immunité à l'exercice des prérogatives du breveté, il est admis que le droit de la concurrence ne reste pas étranger aux pratiques découlant de l'exploitation d'un brevet.

« La notion d'abus de position dominante est susceptible de s'appliquer à un nombre très large de pratiques attachées à l'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle comme les clauses liées, les restrictions d'utilisation à des domaines précis ou encore les clauses d'achat exclusif »¹³⁹

La législation prévoit un recours spécial en matière de droits de propriété intellectuelle à l'Article 32 de la loi sur la concurrence (a). Toutefois, malgré l'exemption à l'égard des droits de brevet de l'article 79(5), certaines dispositions pourraient trouver à s'appliquer au refus de licence et limiteraient alors l'intérêt d'une disposition spéciale (b).

(a) Le recours à l'article 32.

L'article 79(5) souligne que les droits de propriété intellectuelle ne sont pas soumis au droit de la concurrence lorsque sont mis en œuvre les prérogatives qui découlent directement du brevet. Il établit toutefois une distinction entre les actes qui ressortent du simple exercice du droit de brevet et les actes qui impliquent plus que la volonté d'exploiter le brevet.

C'est dans cette perspective que des auteurs¹⁴⁰ proposent un partage des applications entre l'article 79 et l'article 32 de la loi sur la concurrence. Selon Corley et Facey, une lecture combinée de l'article 79(5) et de l'article 32 peut laisser supposer un

¹³⁸ *Ibid.* à la p16. Voir aussi Donald M. Cameron & Iain C. Scott "Intellectual Property rights and Competition law: when worlds collide, Part A of "Intellectual Property rights and Competition Act : different perspectives on welfare maximization" in James B. Musgrove "Competition Law for the 21st century", Papers of the Canadian Bar Association 1997 Annual Conference of the Competition Law Section, Aylmer & New York, juris Publishing, 1997; aux pp304 à 352; ici à la p330.

¹³⁹ Voir Weistone cite dans Competition Law of Canada Vol.2, §12.01, n°10 at 4. Davies, Ward & Beck, New York Juris Pub [2003].

¹⁴⁰ Richard F.D Corley & Brian A. Facey. Can.Comp.Rec. Spring/Summer 2000 p5. Aux pp15-17.

partage des domaines d'application comme suit. L'article 79, et accessoirement les autres dispositions civiles, s'appliqueraient aux actes anticoncurrentiels qui iraient au-delà de l'objet initial du droit de brevet¹⁴¹. Par conséquent, il ne s'appliquerait pas aux actes qui résultent du simple exercice du droit de brevet ; et notamment le refus de licence. Pour sa part, l'article 32 s'appliquerait à sanctionner tout effet négatif sur la concurrence qui découlerait de l'utilisation simple des droits de brevet, notamment du refus de licence qui est à la base du droit du breveté.

L'article 32 possède une place à part dans l'architecture de la loi sur la concurrence. Il ne s'apparente ni aux dispositions d'ordre pénal des articles 45 et suivants ni aux dispositions civiles, notamment l'article 79. Il est d'ailleurs rangé dans une section bien particulière « remèdes spéciaux ». L'article 32 contient des dispositions qui concernent directement les droits de brevets.

En vertu de l'article 32 « (1) Chaque fois qu'il a été fait usage des droits et privilèges exclusifs conférés par un ou plusieurs brevets d'invention [...] pour : d) [...] empêcher ou réduire indûment la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, l'échange, la vente, le transport ou la fourniture d'un tel article ou d'une telle denrée ; (2) La Cour fédérale, sur une plainte exhibée par le procureur général du Canada, peut, en vue d'empêcher tout usage, de la manière définie au paragraphe (1), des droits et privilèges exclusifs conférés par des brevets d'invention [...] c) prescrire l'octroi de licences d'exploitation du brevet [...] ou, si cet octroi et les autres recours prévus par le présent article semblent insuffisants pour empêcher cet usage, révoquer le brevet. »¹⁴²

Toutefois la distinction entre l'usage simple des prérogatives et l'exploitation plus large du brevet semble être plutôt récente et ne reflète ni la formulation de l'article 32¹⁴³ ni

¹⁴¹ Voir *Tele-direct*, *supra note 126*. Le refus de licence a été considéré comme illicite au regard de l'article 77 puisqu'il était intervenu après le refus du demandeur d'accepter de passer par les services de publicité que le titulaire de la marque commercialisait. L'article 787 sanctionne les pratiques de ventes liées sans toutefois obliger le demandeur à prouver une position dominante et un abus de celle-ci. La constatation de la pratique est suffisante pour mettre en application l'article 77.

¹⁴² Article 32 de la loi sur la concurrence L.R. (1985), ch. C-34, art. 32; L.R. (1985), ch. 10 (4^e suppl.), art. 18; 1990, ch. 37, art. 29; 2002, ch. 16, art. 4(F).

¹⁴³ *Ibid.* Article 32(2) : « (2) La Cour fédérale, sur une plainte exhibée par le procureur général du Canada, peut, en vue d'empêcher tout usage, de la manière définie au paragraphe (1), des droits et privilèges exclusifs conférés par des brevets d'invention [...] rendre une ou plusieurs des ordonnances suivantes : a) déclarer nul, en totalité ou en partie, tout accord, arrangement ou permis relatif à un tel usage; b) empêcher toute personne d'exécuter ou d'exercer l'ensemble ou l'une des conditions ou stipulations de l'accord, de l'arrangement ou du permis en question [...] »

la rare jurisprudence qui s'est prononcée sur ce fondement¹⁴⁴. Il semble que le caractère sui generis de l'article 32 ait amené le Bureau de la Concurrence à lui réinventer un rôle central dans le traitement de la propriété intellectuelle. La position du Bureau de la Concurrence dans les Lignes directrices applicables en matière de propriété intellectuelle¹⁴⁵ est venue expliciter le champ d'application de l'article 32... et a ainsi introduit une distinction qui semble réécrire le contenu même du texte :

« *Seul l'article 32, dans la partie de la Loi sur la concurrence concernant les recours spéciaux, prévoit la possibilité que le simple exercice d'un droit de [Propriété Intellectuelle] puisse constituer un motif de préoccupation et inciter le Bureau à faire des démarches auprès du procureur général pour qu'il présente une demande en recours spécial à la Cour fédérale. Le Bureau ne cherchera réparation, relativement à l'exercice restrictif du droit d'exclusion de la PI en vertu de l'article 32, qu'en présence des circonstances mentionnées dans cet article et lorsque le préjudice de concurrence présumé découle directement et uniquement du refus. De telles circonstances imposent à la Cour fédérale de comparer les intérêts que représente le système de protection de la PI (et les incitatifs qu'il engendre) avec l'intérêt public pour une plus grande concurrence sur le marché particulier à l'étude.* »¹⁴⁶

Seul le refus de licence serait donc soumis au jusqu'alors inappliqué article 32¹⁴⁷, cela sans doute pour prescrire, le cas échéant, une licence obligatoire ou la révocation du brevet des registres, ce qui lui ôterait alors toute protection juridique¹⁴⁸. Le Bureau de la

¹⁴⁴ Les deux seules décisions se fondant sur l'article 32 ont touché la même entreprise (Union Carbide) dans les deux cas : Le premier cas (R. v. Union Carbide Canada Ltd, Exchequer Court of Canada Court N° B-1979. Information filed October 12 1967 : Minutes of Settlement filed December 12, 1969) était une licence incluant une clause de vente liée puisque la société, qui détenait un brevet sur un procédé de traitement de la résine de polyéthylène offrait de conclure des accords de licence gratuits à la condition que ses licenciés n'achète que sa résine de polyéthylène ; Le deuxième cas (R. v. Union Carbide Canada Ltd, Atinco Products Paper Ltd, Gait Paper Products, Subob Paper Products Ltd and Atlantic Packaging Company, Exchequer Court N°B03495. Information filed December 15 1969; Minutes of settlement filed June 19, 1971) concernait une licence pour le traitement du film de polyéthylène pour impression dont certaines clause comportaient un engagement de non-contestation du brevet, le versement de redevances après l'expiration du brevet, l'établissement de redevances discriminatoires et des restrictions concernant le domaine d'usage. Dans les deux cas était en cause un accord de licence dont les clauses témoignaient vraisemblablement de la position dominante qu'occupait Union Carbide du fait de son brevet sur les procédés de traitement du polyéthylène. Dans les deux cas, certaines dispositions des accords ont été déclarées nulles de tout effet.

¹⁴⁵ Lignes directrices du Bureau canadien de la concurrence pour l'application de la loi sur la concurrence en matière de propriété intellectuelle [2002]. (appelée plus loin « Lignes directrices canadiennes »). Accessible à l'adresse internet du Bureau de la concurrence (dernier accès le 24/10/2003) : <http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct01992f.html>.

¹⁴⁶ *Ibid.* Section 4.2.2. Voir aux pp8-9.

¹⁴⁷ Voir Trebilcock, Winter, Collins, *infra note 513*. Aux pp605-607.

¹⁴⁸ Article 32(2)(c) voir *supra note 142*.

Concurrence pose des critères formalistes afin de justifier une application de l'article 32. En plus d'exiger la preuve d'une position dominante, il requiert la preuve que « [le brevet] représente une ressource ou un intrant essentiel pour les entreprises qui évoluent sur le marché pertinent, c'est-à-dire que le refus de permettre à d'autres l'utilisation de la PI empêche d'autres entreprises de livrer une concurrence efficace sur le marché pertinent »¹⁴⁹. Une telle preuve ressemble assez bien à la position européenne sur l'accès aux ressources essentielles¹⁵⁰. Mais le Bureau va encore plus loin en prenant en compte l'impact que pourrait avoir l'exercice des prérogatives d'un brevet sur le développement technologique et l'innovation. Il adopte ainsi une vision plus prospective de la concurrence et adaptée aux enjeux technologiques.¹⁵¹

Ce point est d'ailleurs important pour expliquer la notion de « restriction indue » de la concurrence. En réalité, comme il a été noté précédemment, un droit de brevet peut réduire la concurrence sans que cela soit sanctionnable dès lors que le breveté exerce une prérogative qui lui est conférée par la loi¹⁵² (un monopole d'exploitation sur le marché direct par exemple). A contrario, dans la mesure où le breveté utilise son droit pour se placer hors du cadre de la loi sur les brevets, le droit de la concurrence, tout spécifiquement l'article 32, s'applique pour sanctionner son action. Cela pourrait être le cas notamment d'un refus de licence sur un marché secondaire sans justification valable.

(b) Une alternative ? L'utilisation de l'article 79.

Sans avoir fait l'objet de modification législative, l'article 32 a été remanié pour lui donner une signification réelle dans l'architecture de la loi sur la concurrence, et lui conférer ainsi un rôle important dans la relation entre le monopole juridique du brevet et les mécanismes du droit de la concurrence. Les lignes directrices du Bureau confèrent alors une immunité de principe au droit de brevet mais suscite aussi l'application du droit de la

¹⁴⁹ Lignes directrices canadiennes *supra* note 146 . Section 4.2.2

¹⁵⁰ Voir ci-dessus la sous-section consacré au droit européenne : *Immunité et objet spécifique du brevet : le droit de l'union européenne*.. Notamment la jurisprudence sur les ressources essentielles et *supra* notes 95-112.

¹⁵¹ Lignes directrices canadiennes, *supra* note 145 . « Si le refus met un frein à l'innovation, le Bureau conclura que ce refus a porté préjudice aux incitations à l'investissement en recherche et développement et qu'un recours spécial permettrait d'aligner de nouveau ces incitatifs sur l'intérêt public pour une plus grande concurrence. » Section 4.4.2.

¹⁵² Voir ci-dessus et *supra* notes 126-138.

concurrence si le refus de licence crée un obstacle incontournable à l'entrée de tiers sur un marché secondaire.

Or les dispositions de l'article 79 en matière d'abus de position dominante peuvent également servir de fondement à une telle intervention des mécanismes de concurrence¹⁵³. En effet, les pratiques sanctionnées par l'article 32, même si elles ont pour origine le refus de licence du breveté, ne répondent pas exactement à la définition d'exercice simple des prérogatives conférées au breveté. Nous avons vu à ce propos que c'est la position du droit de la concurrence communautaire.¹⁵⁴

Bien que l'article 78(1) ait été considéré comme contenant une liste non limitative d'agissements anticoncurrentiels, il classe expressément parmi les actes anticoncurrentiels « la préemption d'installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent pour l'exploitation d'une entreprise, dans le but de retenir ces installations ou ces ressources hors d'un marché »¹⁵⁵. Cette disposition permettrait d'appliquer la doctrine des ressources essentielles telle qu'elle a été développée en droit communautaire¹⁵⁶. Elle pourrait être étendue aux pratiques sanctionnées par l'article 32, d'autant qu'il est requis de prouver l'existence d'une position dominante¹⁵⁷. Le Tribunal de la concurrence a d'ailleurs eu à appliquer l'article 79 dans un cas assez proche d'une détention d'une ressource essentielle. Dans la décision *Directeur des Enquêtes et des recherches c/ Banque de Montréal*¹⁵⁸, Le tribunal devait juger de la légalité d'un montage juridique en vertu des dispositions de l'article 79.

¹⁵³ Voir Lawson Hunter & Ariana Brnbaum "The essential facilities doctrine under Canadian competition Law" in "Competition law and competitive business practices: the latest word on the crucial enforcement and legislative developments", 8th annual conference of the Canadian Institute, Toronto, Ontario, 1997. Section III à la p11.

¹⁵⁴ Voir ci-dessus et *supra* notes 92- 118.

¹⁵⁵ Article 78(1)(e), voir *supra* note 124.

¹⁵⁶ Voir ci-dessus et *supra* note 90.

¹⁵⁷ Voir Ligne directrices canadiennes, *supra* note 145.

¹⁵⁸ *Directeur canadien des enquêtes et recherches c/ Banque de Montréal, La Banque de Nouvelle-Écosse, Les Hypothèques Trustco Canada, Banque Canadienne Impériale de Commerce, La Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec, La Centrale des caisses de crédit du Canada, Banque Nationale du Canada, Banque Royale du Canada, La Banque Toronto-Dominion, Interac Inc. (1996) ; 68 CPR (3rd) 527.(Trib. Concu.), autrement appelé arrêt Interac.*

Des banques ont mis en place un système de paiement par carte bancaire auprès des commerçants. Ce système est devenu le seul moyen de paiement par carte de débit au Canada. Les membres ont décidé de ne plus accepter d'autres banques au sein de l'organisme. Ils ont également introduit des frais de connexion au réseau électronique Interac pour toutes les banques non-membres qui peuvent utiliser le service Interac uniquement par l'intermédiaire d'un membre. Le Tribunal a décidé que les clauses de la charte de réglementation du réseau de paiement par carte bancaire étaient anticoncurrentielles et reflétaient un abus de position dominante au sens de l'article 79.

Selon le Tribunal, le Règlement qui régit le fonctionnement du consortium Interac restreint l'accès des concurrents au réseau. Il permet ainsi à ses membres d'altérer la concurrence sur le marché des services de banque en instaurant des conditions discriminatoires à l'accès au réseau. La Cour a demandé, entre autres, d'offrir à toutes les banques un accès au réseau complet selon des conditions contractuelles raisonnables¹⁵⁹. En vertu des pouvoirs qui lui sont conférés sur le fondement de l'Article 79(5) pour prendre toute décision nécessaire afin de faire cesser le trouble, le Tribunal a enjoint le consortium de conclure avec les banques non-membres des licences de marque Interac sans frais de redevances. Cette décision s'explique par le fait que le contrôle qu'exercent les banques sur l'accès au réseau Interac ne doit pas leur permettre d'agir de telle façon que les concurrents seraient lésés sur le marché des services bancaires. Ces derniers ne pourraient en effet offrir à leurs clients l'accès aux services de paiement par carte bancaire.

L'analogie est possible avec le droit de propriété intellectuelle. La doctrine des ressources essentielles sanctionnerait alors l'exploitation d'un droit de brevet et notamment le refus de licence à un tiers qui l'empêcherait de fournir un service essentiel sur un marché secondaire¹⁶⁰. Le Tribunal de la concurrence pourrait octroyer des licences forcées¹⁶¹ à

¹⁵⁹ «Un acquéreur ne peut, pour l'utilisation des services partagés, exiger des frais supplémentaires qui établissent entre les titulaires de carte une discrimination fondée sur l'identité de l'émetteur, sauf lorsque l'acquéreur est aussi l'émetteur; un émetteur ne peut, pour l'utilisation des services partagés, exiger des frais des titulaires de carte qui établissent une discrimination fondée sur l'identité de l'acquéreur, sauf lorsque l'acquéreur est aussi l'émetteur; » ordonnance par consentement du 20 juin 1996. §3 (p)/(q) à la p15.

¹⁶⁰ C'est finalement la même position que le droit européen et le droit des Etats-Unis, voir ci-dessus et *supra* note 72.

¹⁶¹ Voir en faveur de l'octroi de licences forcées de brevet sur le fondement de l'Article 79(5) de la loi sur la concurrence. Robert D. Anderson "Competition policy and intellectual property rights : complementary

l'image de l'Article 65 de la loi sur les brevets qui sanctionne le refus de licence dès lors que « l'établissement d'un nouveau commerce ou d'une nouvelle industrie au Canada subissent quelque préjudice »¹⁶². C'est aussi le détournement des prérogatives du breveté qui est sanctionné, les droits n'étant pas utilisés dans les objectifs prévus par la loi des brevets. Toutefois, une telle analyse est tributaire de l'étendue de l'exemption en faveur des droits de propriété intellectuelle édictée par l'article 79(5).

Section n°3 : Les justifications théoriques aux rapports entre le droit des brevets et le droit de la concurrence.

Tant l'œuvre législative que la jurisprudence dans la Communauté européenne et au Canada ont eu pour objectif de favoriser la croissance économique et le développement technologique des industries. Elles concilient les deux corps de règles qui confèrent un cadre juridique sûr pour les entrepreneurs afin qu'ils puissent développer leurs activités innovantes sans craindre l'intervention économiquement malveillante de tiers entrants ou déjà implantés sur le marché. Chacun des deux corps de règles s'applique d'une manière diamétralement opposée : le droit des brevets envisage le monopole avec bienveillance alors que le droit de la concurrence le traque. Nous avons vu que cette relation de complémentarité présentait des antagonismes qui nécessitent de délimiter le domaine d'application de chacun. La délimitation est importante. La législation et surtout la jurisprudence se sont efforcées d'en tracer les contours. Après avoir éclairci les domaines de chacun et surtout l'essence et l'étendue de l'autonomie du droit des brevets face aux mécanismes de concurrence, nous allons essayer d'examiner des fondements théoriques possibles qui puissent légitimer le processus d'interférence du droit de la concurrence dans le droit des brevets.

framework policies for innovation and efficiency'' Section C of Chapter 8 ''Intellectual Property rights and the Competition Act : different perspectives on welfare maximization'', *supra* note 138. A la p374.

¹⁶² Article 65(2)(d), voir *supra* note 18.

Selon nous, en raison de la dualité du droit de la concurrence¹⁶³ en tant qu'instrument juridique et outil économique, deux fondements peuvent être dégagés. Ils suivent ainsi la *summa divisio* du droit de la concurrence.

Tout d'abord, nous proposons de justifier l'intervention du droit de la concurrence dans le domaine des brevets par la théorie de l'abus de droit (A). Très présente dans les systèmes de droit civilistes, elle peut être notamment une explication en droit communautaire, celui-ci mettant plus en avant des considérations juridiques (généralement guidées par les impératifs d'harmonisation en vertu du Traité CE).

Ensuite, nous justifions les rapports entre le droit de la concurrence et le droit des brevets sur des considérations économiques qui analysent les raisons qui fondent l'intervention législative ou judiciaire (B).

A- Le recours à l'institution de la propriété comme justification de l'autonomie du brevet.

Nous verrons successivement que le droit de brevet est assimilable au droit de propriété en tant que le brevet confère à son bénéficiaire un droit de propriété incorporel sur son invention et des prérogatives similaires (1). Le droit de propriété est limité dans son exercice par la théorie de l'abus de droit (2) dont son application peut être étendue au droit des brevets et fonder la délimitation entre la sphère autonome du brevet et la sphère d'intervention du droit de la concurrence (3).

1- La soumission du brevet au régime du droit de propriété

Le droit de propriété tel qu'il est issu du droit romain se compose de trois éléments l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*¹⁶⁴. Deux de ces trois éléments constitutifs sont clairement orientés vers l'exploitation de la propriété privée. C'est d'ailleurs la définition de la

¹⁶³ Le droit de la concurrence a la fois un objectif économique et une dimension juridique.

¹⁶⁴ Voir Jean-Louis Bergel, Marc Bruschi & Sylvie Cimamonti, *Traité de droit civil*, tome 4 « Les biens », Paris, LGDJ, 2000, n°92 et svts.

propriété telle qu'on la retrouve à l'article 544 du code civil français¹⁶⁵ et dans d'autres juridictions d'inspiration française¹⁶⁶.

D'autres systèmes juridiques définissent plutôt le droit de propriété comme un droit individuel et absolu ; l'article 903 du Code civil allemand dispose ainsi que « le propriétaire d'une chose a la faculté d'user de celle-ci comme bon lui semble et d'empêcher toute ingérence d'autrui ». L'article 1004 quant à lui souligne le droit dont dispose le propriétaire de faire cesser les ingérences d'autrui¹⁶⁷.

Le régime du droit des brevets est similaire au régime du droit de propriété. Le titulaire du brevet bénéficie d'un droit exclusif sur son invention. Ce droit est avant tout un droit négatif semblable au droit de propriété allemand. Il réside dans la faculté qu'a le breveté d'obtenir en justice la condamnation d'un tiers qui s'approprierait économiquement l'invention protégée. Mais également, le corollaire du droit d'exclusion est le monopole économique dont dispose le breveté. Si juridiquement il se manifeste par l'action en contrefaçon, la loi sur le brevet cherche avant tout à reconnaître et récompenser l'effort inventif du breveté. Elle confère un monopole d'exploitation qui permet à l'inventeur d'amortir les frais de recherche et développement ainsi que d'obtenir des bénéfices de l'exploitation de son invention¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Article 544 du Code civil français : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. »

¹⁶⁶ Article 947 Code civil du Québec (L.Q., 1991, c. 64) : « La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi. » ; Section 477 A Louisiana Civil code : « Ownership is the right that confers on a person direct, immediate, and exclusive authority over a thing. The owner of a thing may use, enjoy, and dispose of it within the limits and under the conditions established by law. » (Acts 1979, No. 180, § 1; Acts 1995, No. 640, § 1, eff. Jan. 1, 1996; HR 17, 1998 1st Ex. Sess.; HCR 13, 1998) ; Article 641 alinéa 1 du Code civil Suisse (10 décembre 1907 ; RS 210 ; dernière modification 1^{er} avril 2003) : « Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi. »

¹⁶⁷ § 1004 Bürgerliches Gesetzbuch (BGBI. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738). RS 210; voir aussi l'article 641 alinéa 2 du Code civil Suisse : « [Le propriétaire] peut revendiquer [la chose] contre quiconque la détient sans droit et repousser toute usurpation », *supra* note 166.

¹⁶⁸ « En retour pour avoir fait connaître publiquement son apport inventif, l'inventeur reçoit le bénéfice d'un monopole limité pendant lequel il obtient le droit d'empêcher les tiers d'utiliser son invention autrement que par le mécanisme de licence » dictum de Lord Oliver dans *Asahi Kasei Kogyo KK's Application* [1991] RPC 485 (House of Lords). Cité par Peter J. Groves « Sourcebook on IP Law » London, Cavendish Pub., 1997. A la p103. Voir aussi Joseph M. Perillo "Abuse of rights : a pervasive legal concept" 27 Pac. L.J. 37. A la p40 sur l'abus de droit en Angleterre.

2- Les limites au droit de propriété : la théorie de l'abus de droit.

La théorie de l'abus de droit a été spécifiquement développée en matière de propriété à la fin du 19^{ème} siècle en se fondant sur la maxime « summa jus, summa injuria » selon laquelle l'exercice absolu d'un droit peut provoquer des dommages aux tiers¹⁶⁹. Cette théorie doctrinale a fait l'objet d'applications dans le cadre de la jurisprudence française à l'utilisation d'un droit de propriété sur un immeuble pour nuire à autrui¹⁷⁰. Toutefois, les applications jurisprudentielles ont été plus rares que la littérature doctrinale à ce sujet¹⁷¹. Cette notion d'abus de droit n'a d'ailleurs pas été acceptée par toute la doctrine. Ainsi, Planiol considérait que l'abus de droit était un concept erroné en tant qu'il ne peut y avoir à la fois exercice d'un droit et abus de celui-ci : « le droit cesse où l'abus commence et il ne peut y avoir 'usage abusif' d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit ». ¹⁷²

Toutefois, cette critique n'est que sémantique et ne prend pas en compte les différentes notions de droit¹⁷³. Comme le souligne Josserand : « l'acte abusif est tout simplement celui qui, accompli en vertu d'un droit subjectif dont les limites ont été respectées, est cependant contraire au droit envisagé dans son ensemble et en tant que juridicité, c'est-à-dire en tant que corps de règles sociales obligatoires. » ¹⁷⁴

¹⁶⁹ Voir Bergel Bruschi, Cimamonti, Traité de droit civil, *supra* note 164.

¹⁷⁰ Voir notamment l'aff. Clément Bayard Chbre Req. 3 août 1915 Dall. Périodiques 1917, I, 79. GAJC n°60.

¹⁷¹ Voir entre autres : Laurent, traité de droit civil tome XI, n°140 ; Georges Cornil ("Le Droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée." Paris, Marcel Giard, 1924. p90 et svts ; Gény « méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1919 ; tome II, n°173, 2^{ème} ed.; Charmont, « l'abus de droit », RTDC 1902, p113 ; Bartin dans la 5^{ème} éd. du traité d'Aubry et Rau, tome VI, §444, p340, note 2bis ; M. Duguit « les transformations générales du droit privé » p147 et suivants sur « la propriété fonction sociale ». Louis Josserand, « De l'abus des droits », Paris, Ed. Arthur Rousseau-Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence [1905]. Voir aussi les autres ouvrages cités plus spécifiquement ci-après.

¹⁷² Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1952-1965, 14^{ème} vol. n°871 ; voir aussi pour la même position Tancrède Rothe « Traite de droit naturel théorique et appliqué – de la propriété » 2^{ème} volume, Paris, LGDJ, 1969, p95 et svtes. Planiol parle de l'abus de droit comme d'une « logomachie ».

¹⁷³ Voir Renée Vulcain « Essai sur le concept de propriété » - Thèse Paris I – 1980. pp296 et svts. « il ne s'agit pas de sanctionner un non-droit mais le dépassement d'un droit authentique ou son mauvais usage. » à la p296. ; voir aussi M. Hamel au Dall.P. 1925, I, 196

¹⁷⁴ Louis Josserand, « Essai de téléologie juridique – De l'esprit des lois et de leur relativité : Théorie dite de l'abus des droits », Paris, Dalloz, 1927.

Différents critères ont été élaborés pour dégager l'existence d'un abus de droit. Comme il a été mentionné plus haut, le premier critère que l'on retrouve en jurisprudence est celui de l'intention de nuire. Proposé par Ripert, ce critère a l'inconvénient de restreindre considérablement l'abus de droit car la preuve de l'intention de nuire est lourde à rapporter. Non qu'il faille élargir considérablement la notion d'abus mais limiter celle-ci à un élément subjectif est trop restrictif, l'abus n'étant pas uniquement un acte malicieux.

Il a été proposé de restreindre l'abus de droit à la constatation d'une faute dans l'exercice d'un droit¹⁷⁵. Mais ici encore le type de fautes et le degré posent trop de problèmes pour assurer une certaine cohérence juridique¹⁷⁶.

En réalité, l'explication la plus convaincante de l'abus de droit est venue de la définition fonctionnaliste du droit donnée par Josserand :

« [La théorie de l'abus] a changé de signification et de critère : tandis que, pour les juristes romains, l'acte abusif était surtout, sinon exclusivement, l'acte malicieux, il est devenu, dans l'état actuel de notre droit positif, l'acte antifonctionnel, l'acte contraire à l'esprit d'un droit déterminé ; d'intentionnel qu'il était autrefois, le critère est devenu social. »¹⁷⁷

Selon Josserand, le droit conféré à l'homme s'imbrique dans une organisation sociale complexe¹⁷⁸ et c'est le rôle du Législateur et du juge de s'assurer que les droits qui sont conférés sont exploités conformément à l'objet social qui leur est attaché.¹⁷⁹ D'autres

¹⁷⁵ Voir pour une explication succincte la thèse de Jacques Mesnard « L'abus du droit en matière de droit judiciaire privé », thèse Paris, 1952 ; Edmond Picard, *le droit pur*, Paris, Flammarion, 1927, p383 et svts cité par Josserand à la p354, *supra note 174*.

¹⁷⁶ Josserand *supra note 174*. à la p354

¹⁷⁷ Josserand, *supra note 174*. à la p9.

¹⁷⁸ Josserand, *supra note 174*. à la p7. « Dans la réalité, ce n'est pas en tant qu'individu que l'homme intéresse le législateur, les pouvoirs publics et le juriste, mais bien en tant qu'unité sociale ; ce n'est pas dans les espaces interplanétaires qu'il fait valoir et qu'il réalise ses droits, mais dans un milieu social dont il constitue l'une de ses innombrables cellules, la plu fragile et la plus infime ; rouage subalterne enchâssé dans un mécanisme complexe et formidable, il doit se comporter en fonction du milieu auquel il ressortit ; à chaque fois qu'il exerce un droit, fût-ce en permanence le plus individuel et le plus égoïste, c'est donc encore une prérogative sociale qu'il réalise, et c'est donc dans une direction sociale qu'il doit l'utiliser, conformément à l'esprit de l'institution. »

¹⁷⁹ Josserand, *supra note 174*. à la p8. « [...] De même qu'il existe un esprit des lois [...] ainsi doit-on admettre l'existence d'un esprit des droits, inhérent à toute prérogative subjective, isolément envisagée, et que, pas plus que la loi ne saurait être appliquée au devoirs de son esprit [...], nos droits ne peuvent se réaliser à l'encontre et au mépris de leur mission sociale, à tort et à travers : on conçoit que la fin puisse justifier les moyens, du moins lorsque ceux-ci sont légitimes en eux-mêmes ; mais il serait intolérable que des moyens même intrinsèquement irréprochables pussent justifier toute fin, fût-elle [...] inconcevable. »

auteurs ont repris cette théorie et ajouté l'objet économique du droit comme étant un des éléments essentiels dans le contrôle du juge¹⁸⁰. Le droit de propriété est un droit économique mais il est aussi accompagné de devoirs¹⁸¹. « Le but général du droit civil est d'assigner à l'exercice de la liberté naturelle de chaque individu les restrictions nécessaires pour la rendre compatible avec celle des autres ». ¹⁸²

Ainsi doit être considéré comme un abus de droit tout acte réalisé par le titulaire d'un droit de propriété qui, bien qu'étant fait dans le cadre de ce droit, a des conséquences ou une portée qui est sans rapport avec le but de l'institution juridique qu'il régit. Si l'exercice du droit est juridiquement fondé¹⁸³, il n'en est pas moins illégitime¹⁸⁴. Ce n'est ainsi pas le résultat dommageable qu'il faut prendre en compte. Il faut examiner si l'exercice du droit n'est pas, dans l'espèce, contraire aux objectifs qui ont amené à son attribution et qui justifient sa protection par la sanction juridique¹⁸⁵.

3- L'institution du brevet et l'étendue du monopole du breveté.

Comme nous l'avons écrit ci-dessus, le droit exclusif octroyé au breveté est semblable au droit de propriété classique à la seule différence qu'il n'est pas explicable par l'idée de rareté de la ressource mais par une idée plus moderne de récompense. Au contraire, l'exploitation du droit de brevet peut être démultipliée suivant la gestion qu'en

¹⁸⁰ Saleilles théorie générale de l'obligation, p370 (2^{ème} édition) : « la véritable formule serait celle qui verrait l'abus de droit dans l'exercice anormal d'un droit, exercice contraire à la destination économique ou sociale du droit subjectif » ; voir aussi François Gény, *supra note 171*. à la p 544 : « on ne découvrira la mesure juste et vraie des droits individuels qu'en scrutant leur but économique et social, et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contrarient »

¹⁸¹ Beaudry-lacantinerie & Chauveau. Traité théorique et pratique de droit civil, Tome VI (les biens), 3^{ème} Ed., Paris, Sirey 1905 n°215 et svts.

¹⁸² Aubry et Rau Traité de droit civil français, tome I, §22, p42, Paris, Librairies techniques. Cité par Beaudry-Lacantinerie & Chauveau, *supra note 181*, n°215.

¹⁸³ conformément à l'adage romain « feci sed jusse feci ».

¹⁸⁴ Voir Renée Vulcain, *supra note 173*. à la p304. « Lorsque la propriété est considérée comme un droit-fonction ; le droit est, dès d'abord et tout entier, dans son objet comme dans son but, défini par la fonction à laquelle il est ordonné. L'abus de droit est alors, l'exercice de ce droit dans une finalité autre que celle qui fonde sa légitimité ; Ce n'est pas le droit de propriété lui-même qui est limité mais l'usage de ce droit. »

¹⁸⁵ Voir Ihering : « Du moment que [le titulaire des droits] les utilise en vue et en fonction des [intérêts légitimes], il est assuré de la protection légale, quand bien même il causerait un préjudice à autrui [...] ». Cité par Josserand aux pp362-363. Voir *supra note 174*.

fait son titulaire¹⁸⁶. Il peut en effet le mettre en licence auprès de nombreuses tierces parties aux conditions auxquelles il l'entend comme il peut en conserver le contrôle et l'exploitation exclusive en poursuivant tout ou partie des tiers contrefacteurs.

La jurisprudence a reconnu le monopole absolu du breveté sur l'exploitation de son invention car la loi sur les brevets a entendu créer un monopole juridique pour récompenser l'inventeur de son acte. Toutefois, la jurisprudence a aussi limité cette immunité du breveté aux actes compris dans l'objet spécifique du brevet pour le droit communautaire ou aux actes qui ne restreignent pas indûment la concurrence en droit canadien. Les deux notions soulignent que le breveté est investi de droits qui servent certains buts. Toute exploitation monopolistique qui serait exercée en contrariété avec les objectifs de la loi sur les brevets pourrait alors faire l'objet d'une intervention du droit de la concurrence. Pour le droit communautaire, il s'agit des actes qui vont au-delà de la récompense adéquate octroyée par les législations nationales. Pour le droit canadien, même si l'abus de droit ne peut être théoriquement appliqué en raison de la dominance juridique de la Common Law¹⁸⁷, il serait possible de raisonner par analogie. Ainsi, les mécanismes de concurrence n'épargneront pas les avantages indus, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas dus au breveté en vertu de la loi sur les brevets. Car si la fonction de la loi est de récompenser le breveté en le gratifiant de droits de propriété exclusifs sur son invention, elle est avant tout de servir un intérêt prospectif : la promotion de l'innovation et du progrès technologique pour dynamiser la croissance économique. Or l'exercice des droits exclusifs, comme le refus de licence, ne peut aller à l'encontre de ces objectifs, notamment

¹⁸⁶ Edwin Mansfield "Intellectual property, technology and economic growth" in "Intellectual property rights in science, technology and economic performance: international comparisons" – Francis W. Rushing & Carole Ganz Brown, London, Westview Press, 1990. p17svts. À la p23.

¹⁸⁷ Voir toutefois l'opinion dissidente du juge Hawkins de la High Court anglaise dans l'affaire Allen de 1898, cité par Joseph M. Perillo "Abuse of rights : a pervasive legal concept". 27 Pac. LJ 37. A la p44, note de bas de page n°18. "There are, however, some acts the quality and character of which may be either rightful or wrongful, having regard to the motives with which they are done. Take, for instance, an act which is privileged when done bona fide in the exercise of a right to do it on a particular occasion, and precisely similar act done on a similar occasion, but not in the bona fide exercise of the right, but mala fide in the abuse of it, for the purpose of injuring another under the cloak or false pretence of using a privilege. In the first case the act would be rightful, in the latter wrongful. Wrongful, not because it was a malicious use of the privilege, but because as the person doing it was not using his privilege at all his action was as unconnected with it as though it had no existence."

en ayant pour effet d'empêcher le développement de nouveaux marchés et de connecter le monopole à des marchés auxquels il ne peut légitimement s'appliquer.

B- Le recours à la théorie économique du droit de propriété comme justification l'autonomie du brevet.

A la différence du droit de propriété, il n'est pas contesté que le droit de brevet est une création de la loi et non un droit naturel que le Législateur ne ferait que reconnaître¹⁸⁸. Dans un article particulièrement remarqué, Guido Calabresi a posé les bases d'une analyse économique du droit de propriété qui donne une image particulièrement fidèle du régime du droit des brevets et de ses rapports avec le droit de la concurrence.¹⁸⁹

Calabresi justifie l'intervention de l'Etat comme étant le moyen d'allouer le plus efficacement les droits juridiques¹⁹⁰ et d'éviter les conflits entre les acteurs économiques qui aboutiraient sur la victoire du plus fort¹⁹¹. Selon lui, l'octroi des droits se fait au bénéfice de celui qui peut le plus les valoriser et éviter des coûts de transaction trop élevés¹⁹². L'octroi du droit de propriété à l'inventeur permet à l'invention d'être évaluée le plus fidèlement possible puisque le droit protège des imitateurs.

Calabresi distingue trois types de règles attachés aux droits¹⁹³. La règle de propriété qui permet au titulaire du droit de garder une maîtrise totale de ses droits. Ensuite, la règle de responsabilité qui retire au titulaire la maîtrise de ses droits dans la mesure où le tiers est prêt à l'indemniser de son usage. La règle de responsabilité s'applique si la circulation de la ressource ou son usage par des tiers permet de la valoriser plus efficacement. Calabresi

¹⁸⁸ La discussion est par contre tout à fait d'actualité en ce qui concerne le droit d'auteur, celui-ci étant interprété comme une étant une gracieuseté de la loi dans les législations de copyright alors qu'il est un droit automatique qui n'est que reconnu et mieux protégé par la loi dans les juridictions civilistes. C'est aussi le fondement qui anime la discussion sur les sources du brevet comme droit naturel ou simple récompense.

¹⁸⁹ Guido Calabresi & A. Douglas Melamed. "Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral" 85 Harv. L. Rev. 1089. (1972).

¹⁹⁰ Id. à la p1089.

¹⁹¹ Cette idée est très proche de la théorie du pouvoir de Thomas Hobbes : voir « Le Léviathan » [1651] : réédition anglaise, Oxford, Oxford University Press, 1996 ; réédition française, Paris, Folio Gallimard, 2000.

¹⁹² Calabresi, *supra* note 189. aux pp1096-1097.

¹⁹³ Id. Aux pp1092-1093.

fonde son analyse sur l'optimum de Pareto¹⁹⁴. Les échanges se produisent jusqu'à ce que les ressources soient valorisées chez les acteurs économiques de telle sorte que la position d'un acteur ne peut être améliorée sans détériorer la position d'un autre¹⁹⁵. Enfin, la règle d'inaliénabilité interdit le transfert du droit.

Le monopole du brevet est conféré en vertu de la règle de propriété. L'Etat confère au breveté un monopole sur son invention selon des critères techniques. Cela souligne que c'est l'inventeur qui a le plus grand intérêt à contrôler son invention car il a investi dans sa création et connaît donc sa valeur mieux que quiconque¹⁹⁶. En vertu de la règle de propriété, le breveté peut librement organiser l'exploitation de son monopole, notamment en décidant ou non de conclure des licences avec des tiers et selon quelles conditions¹⁹⁷. L'Etat n'intervient pas dans la circulation des droits qui se fait soit par la négociation et la rencontre d'une offre et d'une demande, soit par l'exploitation exclusive du breveté.¹⁹⁸

Toutefois, lorsque le breveté refuse d'opérer une licence des droits dont il dispose, notamment lorsque cette licence est nécessaire pour qu'un tiers puisse exploiter son activité économique sur un marché secondaire, deux conséquences économiques émergent. Tout d'abord, les coûts de duplication de la technologie brevetée sont sans commune mesure avec l'efficiency retirée du contrôle absolu du breveté sur son invention. Ensuite, le refus de licence a pour effet d'empêcher la circulation de la ressource et sa valorisation sur un autre marché, valorisation d'autant plus probable que l'exploitation du droit de brevet

¹⁹⁴ Emmanuel Combe "Précis d'économie", Paris, PUF, 6^{ème} ed., 2000. aux ppp73-74.

¹⁹⁵ Voir sur ce point Friedrich von Hayek Hayek, "The meaning of competition", in Hayek, Individualism and economic order. Chicago, Chicago university Press, 1948. à la p530.

¹⁹⁶ Anselm Kamperman Sanders, "Unfair competition law: the protection of intellectual and industrial creativity". Oxford, Clarendon Press, 1997. A la p106.

¹⁹⁷ Douglas G. Baird, Robert H. Gertner & Randal C. Picker "Game theory and the law", Cambridge, Harvard University Press 1994. "It is well recognized that legal rules often merely set the ground rules for negotiations. Much interaction between individuals in the marketplace and elsewhere takes the form of bargaining in the shadow of the law. To understand how legal rules work, one must also understand the dynamics of bargaining [...] When we are concerned with the special role that legal rules play for individuals who are largely free to structure their own affairs, we must be aware of how this ability limits the way legal rules can, in fact, alter individual behavior. Indeed, in contexts in which transaction costs are low and the forces of competition strong, the problem of strategic behavior may be minimal and the role of law merely interstitial". À la p269. [Langue originale conservée] [Notes de bas de page omises]

¹⁹⁸ Calabresi, *supra* note 189, p1092. « Une règle de propriété requiert une intervention étatique moins importante en ce que cette intervention est nécessaire pour décider de l'allocation et de la protection initiale et non pour ce qui est de la valorisation du droit qui est un problème différent. » [Notre traduction] Note de bas de page n°7.

n'est a priori pas limitée par la rareté de l'objet du droit. Le refus est contraire à la recherche d'une situation Pareto-optimale puisque la valorisation de la ressource sur un autre marché n'aurait aucunement pour effet de détériorer la situation de monopole du breveté. Dans ce cas, l'application d'une règle de responsabilité, c'est-à-dire la valorisation du droit de brevet indépendamment de la volonté de son titulaire et son exploitation sur d'autres marchés moyennant une rétribution du propriétaire, se trouve justifiée au nom de l'efficacité économique.

Conclusion partielle.

Nous avons pu voir que le droit de brevet existait et évoluait en dehors de la sphère d'intervention du droit de la concurrence. Ce dernier ne régule les actes du breveté que dans la mesure où ils sortent des limites de l'objet spécifique du brevet, soit des prérogatives qui sont de l'essence du droit de brevet. La sanction du droit de la concurrence n'est ainsi que limitée lorsque le breveté exerce son droit négatif d'exclusion car celui-ci est le fondement même du brevet. Elle s'appliquera uniquement si l'acte de breveté est contraire aux finalités l'institution même du brevet. C'est ainsi que les actes positifs d'exploitation sont examinés avec beaucoup de minutie et une certaine circonspection dès lors que le droit de la concurrence est affecté par les dits actes. Nous verrons ainsi que la théorie classique de la concurrence assure un examen complexe des actes d'exploitation du brevet par le biais de contrats de licence, dès lors que ces derniers portent atteinte à la concurrence sur le marché des produits et services, en d'autres termes à la concurrence entre les producteurs et l'échange entre ces derniers et les consommateurs.

Chapitre 2^{ème} :

l'exploitation des droits de brevet par le biais des contrats de licence : l'applicabilité des mécanismes traditionnels du droit de la concurrence.

Introduction partielle.

Les mécanismes traditionnels du droit de la concurrence sont constitués d'une série de critères d'analyse économique qui se retrouvent simultanément sous des méthodes différentes dans les législations canadienne et européenne (I). Toutefois, nous remarquerons que ces critères se fondent sur une approche économique du marché très formaliste à partir de postulats qui ne prennent pas en compte la spécificité de l'exploitation des brevets technologiques et le caractère prospectif de la concurrence.(II)

Section n°1 : Le traitement des accords de licence par les mécanismes traditionnels du droit de la concurrence.

Nous verrons successivement les dispositions du droit canadien (A) et les dispositions du droit européen (B) qui s'appliquent aux accords de licence de brevet. Notre propos est principalement de souligner les éléments moteurs du bilan concurrentiel que pratiquent les autorités de la concurrence et les juridictions compétentes.

A – L'application du droit canadien aux accords de licence de brevets technologiques.

1. La sanction pénale de l'atteinte à la concurrence.

Le droit pénal canadien prévoit deux types de violation qui sont susceptibles de s'appliquer aux accords de licence de brevets. Tout d'abord, l'article 45 pose une

infraction générale et sanctionne les ententes restrictives de concurrence (1). L'article 61 sanctionne plus spécifiquement les pratiques de maintien de prix (2).

(a) L'article 45 et la sanction des ententes anticoncurrentielles.

(i) La place de l'article 45 dans l'architecture de la loi.

L'article 45 de la loi sur la concurrence prévoit la possibilité d'engager contre l'entreprise ainsi que ses représentants et dirigeants des poursuites pénales pour entrave au bon fonctionnement de la concurrence. En vertu des dispositions de l'article 45 alinéa c), qui est le fondement que la jurisprudence utilise le plus souvent :

« Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de cinq ans et une amende maximale de dix millions de dollars, ou l'une de ces peines, quiconque complot, se coalise ou conclut un accord ou arrangement avec une autre personne : [...] pour empêcher ou réduire, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, [...], la vente, [...] ou la fourniture d'un produit. »¹⁹⁹

La loi de la concurrence sanctionne ainsi pénalement les ententes restrictives de concurrence. Cette disposition rejoint la position du droit européen qui s'oppose lui aussi à la constitution de tels arrangements. Toutefois, le droit européen ne prévoit aucune sanction pénale. La compétence en matière pénale reste toujours étatique. Les juridictions nationales poursuivent le cas échéant les parties à un accord lorsque celui-ci a des effets qui se limitent au territoire national. Cette disparité entre traitement administratif et traitement pénal des actes anticoncurrentiels en droit canadien n'est cependant pas remise en cause. La Cour suprême du Canada a même eu l'occasion de réaffirmer l'importance des dispositions de l'article 45 en jugeant de sa constitutionnalité :

« [L'article 45] de la Loi est l'un des plus anciens et des plus importants éléments de la politique canadienne dans le domaine économique et [il] commande l'application partielle de la règle de raison dans l'examen de la gravité des effets de l'accord sur la concurrence. [Le] législateur a suffisamment délimité la sphère de risque et les termes du débat pour satisfaire à la norme constitutionnelle. »²⁰⁰

¹⁹⁹ L.R. (1985), ch. C-34, art. 45; L.R. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 30; 1991, ch. 45, art. 547, ch. 46, art. 590, ch. 47, art. 714.

²⁰⁰ R. c/ Nova Scotia Pharmaceutical Society (1992) 2 R.C.S.606 ; p612.

Le Bureau de la concurrence a lui-même validé son application dans les Lignes directrices en précisant que les dispositions pénales étaient applicables aux ententes qui impliqueraient des droits de propriété intellectuelle²⁰¹. Le cas échéant, des accords de licence pourraient ainsi exposer le breveté et le licencié à des poursuites pénales si les stipulations contractuelles ont pour effet de réduire sensiblement la concurrence. Cette perspective n'est pas la plus rassurante lorsqu'un breveté en vient à vouloir exploiter son invention et la rentabiliser au maximum en en contrôlant les modalités de fabrication et de commercialisation. L'article 45 aurait alors un effet dissuasif pour la diffusion de la technologie. Les modalités d'application vont ainsi être déterminantes pour juger de l'impact de la disposition.

(ii) Les modalités d'application de l'article 45.

Comme toute disposition pénale, le Procureur doit prouver deux éléments pour faire appliquer avec succès l'article 45 : l'élément matériel et l'élément moral. L'élément matériel réside dans la preuve de l'existence d'un accord entre deux ou plusieurs parties qui a pour effet de « réduire sensiblement » la concurrence sur un marché. L'élément moral réside dans l'intention. Mais c'est tout autant les indices qui permettent de prouver ces éléments que le degré de preuve qui importent. En mettant en rapport l'intention des parties et les effets sur la concurrence, la jurisprudence applique une méthode plutôt particulière, celle de la règle partielle de raison.

α – l'actus reus : l'élément matériel.

Le champ d'application de l'article 45 est limité en raison du type d'élément matériel que le Procureur doit prouver. Toute atteinte à la concurrence n'est pas retenue et seule la collusion entre plusieurs parties peut provoquer le déclenchement de poursuites. La collusion ou l'accord entre plusieurs acteurs économiques se prouve de plusieurs façons et, souvent, seul un faisceau d'indices permet de dégager l'existence d'un tel arrangement. La forme la plus classique, peut-être la moins répandue, mais aussi la plus facile à prouver, est la rencontre juridique des volontés à travers l'institution contractuelle.

²⁰¹ Bureau de la concurrence, « Propriété intellectuelle - Lignes directrices pour l'application de la loi », Appelées par la suite « Lignes directrices ». Accessible à l'adresse internet suivante (dernier accès le 24/10/03) : <http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct01992f.html>. Section 1 p4.

Le contrat de licence fait ainsi l'objet d'une certaine attention de la part du Bureau de la concurrence et des instances pénales. Certains auteurs ont argué que l'article 45 était réservé aux accords conclus entre concurrents sur le même marché, soit uniquement aux ententes horizontales restrictives de concurrence²⁰². Cette analyse a souvent été implicite ou contradictoire²⁰³; le choix d'une telle définition restrictive n'a jamais été vraiment expliqué²⁰⁴. En réalité, rien dans l'article 45 ne limite les poursuites aux ententes horizontales²⁰⁵. Le Bureau de la concurrence mentionne dans les Lignes directrices que son application est possible²⁰⁶.

Le contrat peut typiquement recéler des stipulations qui ont un impact négatif sur la concurrence. Toutefois, la preuve que le contrat a des effets potentiellement restrictifs de concurrence ne suscite pas automatiquement l'application de sanctions pénales au titre de l'article 45.

Nous verrons que celui-ci doit comporter des stipulations qui ont pour objet ou pour effet de réduire « sensiblement » la concurrence. Il doit être prouvé que les parties disposent séparément ou conjointement d'un pouvoir sur le marché du fait de l'accord. Nous verrons ainsi les moyens de mesure de la restriction (1) et les types d'actes anticoncurrentiels qu'il est possible de trouver (2).

²⁰² Donald S. Affleck, K. Wayne Mc Cracken, "Canadian Competition Law", Scarborough, Ontario, Carswell (1992-2003). §2-10.

²⁰³ Yves Bériault, Madeleine Renaud, Yves Comtois, « Le droit de la concurrence au Canada », Scarborough, Ontario, Carswell, 1999. p117.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ Pour une absence de distinction entre ententes horizontales et ententes verticales, voir Serge Bourque, Patrick Buchholz, & Larry Markovitz, "Loi sur la concurrence annotée", Cowansville, Québec, Les Editions Yvon Blais, 2000, p99. Voir également C.J. Michael Flavell & Christopher Kent, *The Canadian Competition Law Handbook*, Scarborough, Ontario, 1997. A la p132. Voir aussi, l'arrêt Nova Scotia, *supra note 200*. A la p656 de la version anglaise : « The aim of the inquiry is the likely effect of the agreement » [Langue d'origine]. Cite *Aetna Insurance Co. c/ La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 731 et l'arrêt *R. c/ Northern Electric Co.*, [1955] 3 D.L.R. 449 (H.C. Ont.), à la p. 469: « Quand il s'agit de décider si l'accord ou le complot tombe sous le coup de la loi, on ne juge pas de son illégalité par rapport à ce qui a été accompli en exécution de l'accord (quoique cela puisse servir à prouver l'accord), mais [...] on examine la nature et la portée de l'accord tel que prouvé et on détermine si cet accord, s'il était exécuté, porterait préjudice à l'intérêt public à l'égard de la libre concurrence, à tel point que le préjudice serait en fait indu » [Traduction de la Cour suprême] A la p656. Voir aussi un vieil exemple : *Stinson-Reeb Builders Supply Co. c/ R.* (1929), R.C.S. 276, 52 C.C.C. 66, 3 D.L.R. 231. Une atteinte à la libre concurrence suffit pour appliquer l'article 45; une entente entre des manufacturiers et des détaillants visant à contrôler un marché important et rendre les produits uniquement disponibles par eux et aux prix qu'ils fixent est contraire à l'Article 45.

²⁰⁶ voir *supra note 201*.

1- La réduction induite de concurrence.

a. Le degré de la « restriction induite ».

L'article 45 ne sanctionne que les accords qui réduisent indûment la concurrence. La portée de la restriction est problématique car cette notion n'indique pas le degré quantitatif de la restriction. Cela pose d'autant plus de problèmes que la disposition est de nature pénale et une indétermination pourrait remettre en cause la viabilité et l'efficacité de l'infraction. Le caractère vague de la notion a été rejeté par la Cour suprême dans l'arrêt *Nova Scotia*²⁰⁷.

Le degré d'atteinte à la concurrence doit ainsi être particulièrement substantiel. Le juge Gonthier fait aussi régulièrement des rapprochements avec la législation européenne concernant les ententes anticoncurrentielles²⁰⁸.

La jurisprudence canadienne a eu ainsi l'occasion de définir le degré d'atteinte à la concurrence comme devant être particulièrement élevé. Une restriction induite doit être une atteinte « illégitime, immodérée, excessive ou oppressive » à la concurrence.²⁰⁹ Toutefois, l'intention des parties et la preuve de l'entente sont requises de concert avec la notion de « **restriction induite** ». l'effet actuel ou projeté n'est pas déterminant. C'est l'entente qui crée l'infraction et non le résultat concret²¹⁰.

²⁰⁷ Voir *supra* note 200, notamment à la p633 et à la p 646. Voir aux pp646-647, citation par le Juge Gonthier de Clarke C.J.N.S. dans l'arrêt de la Cour d'appel de Nouvelle-Ecosse sur la même espèce (1991), 102 N.S.R. (2d) 222, 279 A.P.R. 222, 80 D.L.R. (4th) 206, 64 C.C.C. (3d) 129, 36 C.P.R. (3d) 173, 7 C.R.R. (2d) 352. A la p157 (C.C.C.). Voir aussi p657 : « le terme indûment connote la gravité ». [Traduction de la Cour suprême] « Certes, le mot indûment n'est pas défini par la loi et n'est pas susceptible de mesure précise, mais c'est un mot d'usage courant qui dénote aux yeux de tous d'une manière ou d'une autre un sentiment de gravité. Quelque chose qui est indûment soumis à un effet ne l'est pas à un degré minime, mais à un degré important »

²⁰⁸ Il mentionne les accords *de minimis*, le système des clauses noires, grises et blanches duquel se rapprochent conceptuellement les exceptions présentes dans l'article 45, la preuve d'un pouvoir de marché comme n'étant pas déterminante pour l'application de l'article 81. (Cette preuve est toutefois nécessaire pour déterminer la restriction de concurrence). *Ibid.* p656.

²⁰⁹ *Containers Materials Ltd, infra* note 240. A la p152. Voir aussi Bériault, Renaud et Comtois, *supra* note 203. Aux pp118-119.svts.

²¹⁰ Voir *Elli Lilly & Co. c/ Novapharm Ltd* (1996) 68 C.P.R. (3rd) 254 (Cour fédérale de 1^{ère} instance) ; voir aussi *Aetna Insurance Co. c/ R.* (1978) 1 R.C.S. 731 & *Lokos c. Manfor Ltd* (1994) 97 Man. R. (2d) 283, 79 W.A.C. 283, 58 CPR (3rd) 564, 18 B.L.R. (2d) 235, (1995) 2 W.W.R. 709 (C.A. Man.) ; *Ed Miller Sales & Rentals Ltd c/ Caterpillar Tractor Co.* (1999) 9 W.W.R. 449, 69 C.P.R. (3d) 143 (CA Alberta). Voir aussi, *R. c/ Northern electric Co.* (1955) et *Nova Scotia, supra* note 205.

b. L'atteinte à la concurrence.

Dans l'arrêt Nova Scotia, la Cour suprême a établi deux critères permettant de définir le type d'atteinte à la concurrence : le comportement et la puissance commerciale²¹¹. Selon le juge Gonthier, il s'agit d'examiner si l'accord permet aux parties de maintenir ou renforcer la position dominante qu'elles détiennent conjointement ou séparément sur le marché²¹².

Le critère de la puissance commerciale a deux conséquences. Tout d'abord, il implique de définir le marché pertinent sur lequel la puissance commerciale est susceptible de s'exercer. Ensuite, il nécessite d'établir des caractéristiques qui pourraient déterminer cette puissance commerciale. Les deux critères sont intimement liés mais l'examen de l'accord doit suivre ces deux étapes.

L'approche est très économique et la détermination du marché pertinent est une tâche plutôt complexe. En effet, la taille du marché va souvent déterminer l'existence de la puissance commerciale en raison de la présence d'un nombre appréciable de concurrents. Le juge doit déterminer si le produit est remplaçable par un autre produit. La substituabilité peut se déterminer de différentes façons : faire varier les caractéristiques de l'offre, en premier lieu le prix, pour étudier la réactivité de la demande (c'est l'élasticité-prix), élaborer des test d'opinion auprès des consommateurs²¹³, réaliser une historique de l'offre et de la demande, sonder la position des acteurs dans l'industrie pour évaluer leur réactivité²¹⁴.

²¹¹ Nova Scotia, *supra* note 200, p657 : « [L'article 45(1)c)] exige donc, outre une certaine puissance commerciale, un quelconque comportement susceptible de nuire à la concurrence. C'est la combinaison des deux qui fait que la réduction de la concurrence est indue ».

²¹² *Ibid.* « la puissance commerciale peut découler de l'accord. Celui-ci peut soit avoir un effet "interne", par le renforcement de la puissance commerciale des parties (comme dans le cas de la fixation des prix), soit avoir un effet "externe", par la limitation de la concurrence et, par le fait même, l'accroissement de la puissance commerciale des parties (comme dans le cas du partage du marché). La puissance commerciale peut aussi exister indépendamment de l'accord, et alors tout effet de l'accord néfaste à la concurrence sera suspect. ».

²¹³ Les test d'opinion sont à rajouter avec le critère de l'élasticité-prix car souvent il permet d'affiner la modélisation de la réactivité de la demande.

²¹⁴ Voir ci-dessous *La sanction administrative de l'atteinte à la concurrence*, pour l'application de l'Article 79.

La définition de la puissance commerciale n'est également pas aisée. Le juge Gonthier considère que le pouvoir de marché au sens de l'article 45 permet à l'entreprise de jouir de «la capacité d'agir de manière assez indépendante du marché»²¹⁵. Il est vrai que de tels accords, s'ils sont d'importance mineure ne peuvent avoir qu'un effet bénéfique. Ils permettent aux entreprises de petite et moyenne tailles de maintenir leur présence sur le marché²¹⁶. Cependant, le juge Gonthier affine et relativise son propos en soulignant que le degré de pouvoir n'a pas à être substantiel à la différence d'une action sur le fondement de l'article 79²¹⁷ pour abus de position dominante²¹⁸.

Cette justification est difficile à comprendre car agir et rester passif semblent être antinomiques. La capacité d'agir indépendamment du marché implique une certaine altération de sa structure. La notion de puissance commerciale confère la capacité de modifier les caractéristiques du marché ou, en tout cas de ne pas à avoir à en tenir compte, ce qui est aussi une modification.²¹⁹ Derrière cette justification peu claire²²⁰, le juge Gonthier souligne que le degré de tolérance est particulièrement faible. Le Bureau de la concurrence précise quant à lui dans les Lignes directrices qu'il ne remettra pas en cause la conduite d'une entreprise qui détient une part de marché inférieure à 35%²²¹. Dans quelle procédure s'applique ce seuil de minimis ? En l'absence de précision, l'article 45 sera concerné²²². Également, l'application de l'article 45 nécessite la preuve d'un élément

²¹⁵ Nova Scotia, *supra* note 200, p653

²¹⁶ La taille s'apprécie par l'influence des parties sur le marché et non leur chiffre d'affaire ou leur volume commercial. En effet, il existe des micromarchés qui sont tout aussi sensibles à une prise d'otage économique. L'argument de l'efficacité économique est aussi repris par le juge Gonthier : *Ibid*.

²¹⁷ L.R. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 45; 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37; 2002, ch. 16, art. 11.4. L'analyse est similaire sur le fondement de l'article 51 (les prix de prédation), S.R., ch. C-23, art. 35; 1974-75-76, ch. 76, art. 17.

²¹⁸ Nova Scotia, *supra* note 200, p654. « Les parties à l'accord ne doivent pas nécessairement avoir la capacité d'influer sur le marché. Ce qui est plus pertinent, c'est la capacité d'agir indépendamment du marché, d'une manière passive. Il suffit d'un niveau modéré de puissance commerciale pour y parvenir »

²¹⁹ La concurrence classique s'analyse sur un marché où s'échangent librement les biens selon un prix fixé par la rencontre de l'offre et de la demande. Un accord qui confère à des acteurs une puissance commerciale et leur permet de se placer hors du marché altère automatiquement le fonctionnement de celui-ci.

²²⁰ A cet égard, le Juge Gonthier cite l'affaire R. c/ Abitibi Power & Paper Co. (1960), 131 C.C.C. 201 (B.R. Qué.), laquelle portait sur un accord entre des acheteurs qui détenaient conjointement une part de marché se situant entre 56 et 74% (pour exemplifier la notion de puissance commerciale, le critère laisse plutôt perplexé).

²²¹ Lignes directrices canadiennes, *supra* note 201. Section 5.2.1 "Pouvoir de marché", p12.

²²² Le Bureau de la concurrence est compétent pour enquêter sur une pratique quel que soit son implication. S'il détermine qu'elle implique une violation de l'Article 45, le Bureau transmettra alors le dossier au

moral, l'intention des parties. Comme l'ont souligné Janda et Bellemare, le test « du pouvoir de marché modéré » implique de conjuguer l'élément matériel à l'élément moral²²³. Dans le cas contraire, l'application de l'article 45 aurait été presque automatique.²²⁴

Le pouvoir de marché se détermine à partir d'un « faisceau de critères »²²⁵. On y retrouve tout d'abord la part de marché qui est un critère central mais pas unique²²⁶. Egalement seront examinées « l'existence de barrières à l'entrée (indique le degré de contestabilité sur le marché), la répartition géographique des vendeurs et des acheteurs, les différences dans le degré d'intégration des concurrents, la différenciation des produits ; le pouvoir compensatoire, (c'est-à-dire la puissance relative des acheteurs) et l'élasticité croisée de la demande ».²²⁷ Le Juge Gonthier note que la liste n'est pas limitative et il ajoute une référence au critère de maintien prolongée des prix au-dessus du niveau concurrentiel sans réaction sensible des concurrents²²⁸.

2- Les actes anticoncurrentiels.

Dans le cadre de l'examen pénal des ententes anticoncurrentielles, le Tribunal examine les effets de l'entente sur le marché pour établir la nécessité d'une sanction. La forme que revêt l'acte anticoncurrentiel est sans importance. Toutefois, l'objet permettra de faciliter la preuve de l'acte. La fixation des prix²²⁹, la limitation de la production du

Procureur général de la Province. S'il s'agit d'une violation civile, le dossier sera transmis au Tribunal fédéral de la concurrence.

²²³ Richard Janda & Daniel Martin Bellemare, "Canada's prohibition against anti-competitive collusion : the new rapprochement with US law", 38 R.D. McGill 621. (1993) A la p657.

²²⁴ Voir ci-dessous pour la combinaison de l'élément matériel à l'élément moral.

²²⁵ Bériault, Renaud et Comtois, voir *supra* note 203. A la p123.

²²⁶ *Ibid.* Voir la décision citée par les auteurs R. c/ Clarke Transport Canada Inc. (1995) 64 C.P.R. (3d) 289, 130 D.L.R. (4th) 500 (Div. Gen. Ont.).

²²⁷ Voir *supra* note 225. et l'arrêt Nova Scotia, *supra* note 200. A la p653. Flavell & Kent, *supra* note 205. A la p139.

²²⁸ Nova Scotia, *Ibid.* « Dans ses 1984 Merger Guidelines (49 Fed. Reg. 26823), le département de la Justice des États-Unis, Division antitrust, propose que la capacité de hausser les prix d'un produit donné de cinq pour cent en un an sans perte soit la mesure de la puissance commerciale. Cette méthode peut convenir ou pas dans le contexte de [l'article 45(1)c)] de la Loi. »

²²⁹ C'est un exemple souvent donné en doctrine et qui pourtant semble rentrer en opposition avec les dispositions l'Article 61 sur le maintien des prix. Voir ci-dessous. Voir aussi Presley L. Warner & Michael J. Trebilcock, "Rethinking Price-fixing law", 38 R.D McGill 679, (1993)

produit breveté, les allocations de marché à l'intérieur du même marché géographique²³⁰, les clauses de vente liées, le boycott, la discrimination de vente, sont autant de stipulations qui sont de nature à réduire la concurrence²³¹. On pourrait ajouter d'autres actes qui pourraient sensiblement réduire la concurrence. En réalité, les accords de licence en tant qu'ils organisent l'exploitation d'un droit de monopole sont fortement susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels. Ils pourraient permettre au breveté de maintenir sa position dominante alors qu'il cherche à maximiser ses profits et à faire exploiter au maximum sa technologie.

Cette insécurité juridique est d'autant plus forte que les efficiences économiques que peut engendrer un tel accord ne sont pas prises en compte dans le cadre de l'article 45²³². Par exemple, l'introduction d'une nouvelle technologie qui mettrait en péril

²³⁰ La délimitation du marché géographique est un des éléments essentiels de l'analyse de la position dominante au même titre que le marché de produits. Il suit normalement la même méthode d'évaluation que pour les marchés de produits c'est-à-dire qu'est analysée la réaction des concurrents dans l'espace à une augmentation des prix d'un produit. Pour les brevets, la législation nationale donne un monopole d'exploitation au breveté sur l'ensemble du territoire. Le marché géographique suit ainsi les contours de la législation et est limité au territoire national.

²³¹ En droit des Etats-Unis, la plupart de ces restrictions sont sujettes à un règle d'interdiction stricte plus connue sous l'appellation de règle per se. La simple preuve que l'entente remplit l'objectif interdit suffit à la faire condamner pénalement : Il s'agit des fixations de prix (voir US v. Trenton Potteries Co. 273 US 392 (1927) ; pour une non-application dans des conditions très spécifiques et exceptionnelles, voir l'arrêt Broadcast Music, *infra* note 572. Aussi, à ce propos la note 115 de Janda & Bellemare, *supra* note 223, reprenant K.P.Erwing Jr – The view for the Department of justice: some thoughts on pricing questions (Dallas Department of justice Antitrust Division, 1980 à la p5) “The Court [...] did not signal a retreat from use of the per se rule, or afford a new framework for analysing pricing cases. Rather, the court, in essence, accepted the arguments made by the defendants and the Department of justice that blanket licensing was simply not price fixing in the classic sense”. [Langue d'origine conservée] [Notes de bas de page omises] C'est le cas également des allocation de marchés (voir T.A. Piraino, “Reconciling the per se and rule of reason approaches to antitrust analysis” (1991) 64 S.Cal.L.Rev. 685. à la p701) qui éliminent toute sorte de concurrence. (voir Palmer v. BRG of Georgia Inc, 110 SC 401 (1990)).

²³² Bériault, Renaud, et Comtois, *supra* note 203. « Les efficiences ou autres effets concurrentiels découlant de l'exécution de l'accord n'entrent aucunement en ligne de compte dans l'analyse de sa légalité, et l'on est forcé de conclure que l'article 45 est susceptible de mettre un frein sérieux à la conclusion d'ententes qui pourraient pourtant comporter des avantages réel sur le plan économique. En effet, la Cour suprême a confirmé que le comportement des parties à l'entente et leur pouvoir de marché sont les seuls facteurs pertinents, peu importe les répercussions bénéfiques que l'accord peut avoir sur l'économie. » A la p141. Voir aussi la critique de . Robert S. Russell ; Adam F.Fanakakis & Davit D.Akman, « Modification de l'article 45 de la loi sur la concurrence : cadre législatif », Rapport réalisé pour le compte du Bureau de la concurrence en vue de la réforme de l'article 45 (2003). Accessible sur le site internet du Bureau canadien de la concurrence (dernier accès le 24/10/2003) : <http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct02277f.html>. A la p 7, En se référant aux lignes directrices US en matière d'entente, les auteurs précisent que les ententes permettent des gains d'efficience par la mise en commun de ressources orientées vers un même résultat, le développement d'activité de recherche communes par le partage des risques et la mise sur le marché accélérée de produits nouveaux. Voir aussi H.Chandler et R.Jackson « au-delà de l'amusement et de la détente : le traitement des complots en vertu de la loi sur la concurrence du Canada », Table ronde sur la modification de la loi, Toronto 25 mai 2000 ; voir encore

l'ensemble des concurrents d'une industrie justifieraient des ententes restrictives entre rivaux sur l'utilisation de la technologie, cela dans le but trouver une solution à la menace technologique²³³. Toutefois, la jurisprudence est stricte sur tout arrangement qui aurait des retombées économiques bénéfiques²³⁴ et cette incertitude juridique est plutôt délétère²³⁵.

(β) – La Mens Rea : l'élément moral.

L'élément moral est incontournable dans une disposition pénale. Il se réfère à l'intention des parties. Celles-ci doivent avoir voulu la commission de l'acte, en l'espèce la conclusion de l'entente anticoncurrentielle²³⁶. L'intention doit se révéler en deux endroits : dans la conclusion de l'accord et dans les conséquences anticoncurrentielles qu'elle induit. La jurisprudence dégage deux niveaux de preuves.

Tout d'abord, le Procureur²³⁷ doit prouver que les parties à l'accord avaient l'intention de conclure l'accord et qu'elles en connaissaient les modalités²³⁸. L'intention ici est subjective²³⁹. Le Procureur n'a pas à établir que les accusés envisageaient que le complot ait comme effet d'empêcher ou de réduire indûment la concurrence. Seule la

« Proposition pour la modification de l'Article 45 de la loi sur la concurrence » du Cabinet Mc Carthy Tétrault (2001) A la p11. Ces documents sont aussi accessibles sur le site du Bureau de la concurrence. Ils proposent une limitation du domaine de l'article 45 aux ententes horizontales manifestement anticoncurrentielles.

²³³ Donald S. Affleck & K. Wayne Mc Cracken, *supra note* 202 §2-10.

²³⁴ Voir à ce titre R. c/ Canadian Import Co. (1934), 62 C.C.C. 342, (1935) 3 D.L.R. 330 (B.R.Québec) : pour le refus de tout efficience comme moyen de défense ; ici le fait que l'entente est nécessaire pour « stabiliser une industrie ». condamnation de l'entente dès lorsqu'elle est dommageable pour le public. Voir aussi R. c/ D.E. Adams Coal Ltd, (1957) 23 W.W.R. 419, 27 C.R. 47, 29 C.P.R. 163, 119 C.C.C. 350, 65 Man. R. 358 (B.R.) : ne constitue pas une défense la prétention que l'arrangement a eu des effets bénéfiques pour les consommateurs.

Voir également R. c. Burrows (1966) 54 C.P.R. 95 (C.S C-B) : le fait que le produit soit demeuré disponible pour le consommateur à un prix raisonnable ne constitue pas un moyen de défense à une accusation pour complot.

²³⁵ Bériault, Renaud, et Comtois, *supra note* 203. A la p131. « Il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'une disposition criminelle et que les gens d'affaire devraient pouvoir, comme les autres justiciables, déterminer avec une certitude raisonnable ce qu'il leur est permis de faire ou non. Or, si les motifs de la Cour suprême permettent de croire que les ententes pour fixer les prix et partager les marchés sont dorénavant hautement risquées même si les parties n'ont qu'un pouvoir de marché relativement modéré, ces motifs nous éclairent peu sur la conformité à l'Article 45 d'autres types d'ententes. »

²³⁶ Voir l'arrêt Nova Scotia, *supra note* 200. A la p659. « La mens rea concerne l'état d'esprit de l'accusé et exige la preuve d'un état d'esprit positif tels l'intention, l'insouciance ou l'aveuglement volontaire. Par contre, la négligence mesure la conduite de l'accusé en fonction d'une norme objective, sans tenir compte de son état d'esprit subjectif. »

²³⁷ Souvent avec les éléments du dossier transmis par le Bureau de la concurrence.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ Voir pour une présentation de l'ancienne théorie de la double intention : Mediacom Industries Inc. c/ R. (CA (1988) 68 CPR (2nd) 285, at 288) ; voir aussi Janda & Bellemare, *supra note* 223. Aux pp 629-630.

preuve que l'accord a été signé et que les parties en connaissaient toutes ses modalités suffit²⁴⁰. Dans le cas d'un accord de licence, cette preuve est presque automatique puisque l'acte écrit signé par les parties suffit à prouver l'acceptation de toutes les stipulations.

Ensuite, la preuve de la connaissance des conséquences est subjective. Elle est en effet établie selon un standard objectif²⁴¹, celui de l'homme d'affaire avisé²⁴². Selon le type de restriction, les parties doivent supposer que certaines des stipulations de l'accord auront des effets restrictifs de concurrence. L'intention peut ainsi être dégagée des modalités de l'accord, des circonstances dans lesquelles celui-ci a été conclu, mais aussi de l'ensemble de son contenu et de son objectif, s'il est connu. Certains auteurs soulignent le peu de poids de la charge de la preuve étant donné qu'une restriction induite suffira souvent à présumer la connaissance²⁴³. Enfin, l'article 45(2) précise dorénavant clairement le caractère partiellement objectif de l'intention : « [II] n'est pas nécessaire de prouver que les parties avaient l'intention que le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement ait l'un des effets visés à [l'article 45(1)] ». ²⁴⁴

Γ La combinaison de l'élément matériel et de l'élément moral.

La preuve de l'intention des parties quant aux effets potentiels de l'entente sur la concurrence repose sur la combinaison du pouvoir de marché et du caractère évident et sérieux de la restriction. Le degré de preuve de chaque élément de l'infraction en sera ainsi affecté. Si l'acte est manifestement restrictif de concurrence et révèle donc un comportement frauduleux, l'analyse de l'impact sur la structure du marché sera beaucoup plus rapide et l'intention des parties sera fortement présumée. Au contraire, si la position des parties est manifestement dominante, le niveau de restriction de l'accord examiné sera

²⁴⁰ Voir *R. c/ Armco Canada Ltd*, (1976) 13 O.R. (2d) 32, 24 C.P.R. (2d) 145, 30 C.C.C. (2d) 183, 70 D.L.R. (3d) 287 (CA Ont.) ; *Containers Materials Ltd. c/ R.*, (1942) R.C.S. 147, 77 C.C.C 129 ; 1 D.L.R. 529. Voir aussi *R. c/ Cominco Ltd.*, (1980) 2 W.W.R. 693 (C.S.Alberta).

²⁴¹ Arrêt Nova Scotia, *supra note 200*. A la p611 : « Afin de satisfaire à l'élément objectif de l'infraction, le ministère public doit démontrer que, selon une interprétation objective de la preuve présentée, l'accusé avait l'intention de diminuer indûment la concurrence ».

²⁴² *Ibid.* A la p660 : « Il serait logique de présumer qu'un homme ou une femme d'affaires raisonnable qui, peut-on supposer, connaît bien son commerce savait ou aurait dû savoir, qu'un tel accord était susceptible de diminuer indûment la concurrence ».

²⁴³ Bériault, Renaud, et Comtois, *supra note 203*. A la p128.

²⁴⁴ Voir *supra note 199*.

plus sommairement apprécié²⁴⁵. Ce qui est considéré comme une réduction sensible de concurrence dans une entente entre des dominants ne l'est pas forcément entre des parties qui ne disposent que d'une part de marché toute relative. C'est ce que le Juge Gonthier a appelé la « *règle partielle de raison* »²⁴⁶. La Cour suprême refuse d'appliquer la règle d'interdiction *per se* dans le cadre de l'article 45 et la Règle de raison²⁴⁷ est laissée aux examens de nature administrative sur le fondement de l'article 79²⁴⁸.

En ce qui concerne un accord de licence, nous avons vu que l'élément moral était facile à prouver en raison de l'existence d'un accord écrit et de la liaison objective entre l'intention et la restriction. Il arrive souvent que le brevet introduise une nouvelle technologie et que l'accord de licence s'y rattachant confère au licencié un pouvoir de marché. Dès lors, les stipulations qui auraient un effet restrictif sur la concurrence pourraient provoquer des poursuites pénales. Cette perspective est économiquement contre-productive car elle n'inciterait pas à la conclusion de licences²⁴⁹.

(b) L'article 61 et la sanction du maintien de prix.

La loi canadienne dispose d'une infraction pénale spéciale qui touche le maintien des prix ; cette infraction s'applique spécifiquement aux actes réalisés en vertu de la détention brevet. En vertu de l'article 61(1) :

²⁴⁵ Janda & Bellemare, *supra* note 223. "On the one hand, the more likely it is that the behavior in question will injure competition, the less substantial need be the proof of market power. Such behavior lies close to the *per se* rule side of the spectrum. On the other hand, the more dramatic the preexisting market power, the stricter the scrutiny of an agreement that is less inherently anticompetitive. Such behavior lies close to the rule-of-reason side of the spectrum". [Langue d'origine conservée]. [Emphase rajoutée]. A la p659.

²⁴⁶ Arrêt Nova Scotia, *supra* note 200. « L'alinéa 32(1)c) de la Loi se trouve quelque part dans le continuum allant de la règle *per se* à la règle de la raison. Il permet l'examen des effets de l'accord néfastes à la concurrence, contrairement à une règle *per se*, qui pourrait prescrire que tous les accords qui réduisent la concurrence engagent la responsabilité. En revanche, il n'autorise pas l'étude minutieuse des avantages et des inconvénients de l'accord sur le plan économique, comme le ferait une règle de la raison. Comme le terme "indûment" employé à l'[article] 32(1)c) nous amène à examiner la gravité des effets sur la concurrence, mais non tous les éléments économiques pertinents, on pourrait dire que cette disposition crée en partie une règle de la raison ». La traduction anglaise est plus parlante car on y parle de règle partielle de raison. A la p650.

²⁴⁷ La Règle de raison est une approche méthodologique de l'examen des contrats introduite par la jurisprudence américaine et qui consiste à faire une analyse d'espèce en mettant en balance les restrictions à la concurrence et les avantages créés par le contrat pour conclure de son degré de nocivité ou d'acceptabilité.

²⁴⁸ Voir les développements ci-dessous *La sanction administrative de l'atteinte à la concurrence*. et *infra* les notes qui l'accompagnent 258-310.

²⁴⁹ Voir Trebilcock, *infra* note 517.

« Quiconque [...] détient les droits et privilèges exclusifs que confère un brevet [...] ne peut, directement ou indirectement a) par entente, [...] tenter de faire monter ou d'empêcher qu'on ne réduise le prix auquel une autre personne exploitant une entreprise au Canada fournit ou offre de fournir un produit [...] b) refuser de fournir un produit à une autre personne exploitant une entreprise au Canada. »²⁵⁰

Cette disposition est beaucoup moins ambiguë que l'article 45 car elle définit une infraction stricte. La simple preuve d'une stipulation dans un accord de licence qui fixerait un prix minimal suffit à déclencher la sanction. Il s'agit ici d'une véritable « infraction per se » qui semble être en contradiction avec l'article 45²⁵¹. Dès lors que l'élément matériel est établi, l'élément moral est très vite prouvé²⁵². Des auteurs avancent une explication. Il s'agit de réserver à l'article 45 l'examen des ententes horizontales²⁵³. C'est une proposition qui n'est pas vérifiée en jurisprudence et qui réduirait la portée du texte de l'article 45. Musgrove propose alors que le maintien des prix soit une pratique simplement examinable administrativement afin d'éviter le recours à l'article 61 ainsi que la difficulté de preuve sous l'article 79²⁵⁴.

Une critique est formulée sur le caractère strict de l'élément matériel. Est normalement condamnée toute tentative d'influer sur les prix. Cela devrait inclure une disposition dans la licence fixant le prix minimal de vente du produit breveté tant directement que par le biais d'une redevance calculée sur la base du nombre de produits vendus (et par conséquent grevant directement le prix du produit). Toutefois, devraient être exemptées les dispositions qui prévoient un prix minimal en raison d'obligations de maintien d'un service après-vente, de création de services annexes à la vente, ou de présentation²⁵⁵. On ne saurait que trop rappeler l'impact bénéfique de prix minimums sur

²⁵⁰ Article 61(1) de la loi canadienne sur la concurrence, L.R. (1985), ch. C-34, art. 61; L.R. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 36; 1990, ch. 37, art. 30; 1999, ch. 31, art. 51(F).

²⁵¹ Bériault, Renaud et Comtois, *supra note 203*. A la p194.

²⁵² La preuve de l'entente résulte de l'accord lui-même et l'intention de produire des effets restrictifs de concurrence est irréfragablement présumée

²⁵³ *Ibid.*, Musgrove. "The change of Price : some modest proposals to amend Canada's pricing laws ". (1995-1996) 16 :4 Can Comp. Rec. 66 à la p77.

²⁵⁴ Musgrove, *ibid.*

²⁵⁵ Ces obligations sont typiquement présentes dans des contrats de franchisage ; rien n'empêche de les trouver dans une licence de brevet.

le développement de services annexes, la gestion de la production et la concurrence intra-marque.²⁵⁶ Comme le souligne des auteurs,

«Une interprétation trop large de la notion risque de mener à des conclusions absurdes, comme d'inclure dans la notion de tentative directe ou indirecte tout acte qui pourrait affecter les prix de revente à la hausse, tel l'augmentation par le fournisseur de ses propres prix ou le fait pour celui-ci d'exiger que ses distributeurs offrent un meilleur service »²⁵⁷.

2. La sanction administrative de l'atteinte à la concurrence.

Dans le cadre de la procédure administrative, les accords de licence sont examinés par un tribunal spécial fédéral : le Tribunal de la concurrence. A l'image des dispositions en matière pénale, les dispositions administrative prévoient une violation de nature générale, l'abus de position dominante et une violation spéciale, la restriction de marché. L'abus de position dominante est sanctionné en vertu de l'article 79 (1), [a] et la restriction de marché sous les dispositions de l'article 77 (2).[b]

(a) L'article 79 et la sanction de l'abus de position dominante.

(i) La place de l'article 79 dans l'architecture de la loi.

L'article 79²⁵⁸ est la disposition centrale dans les pouvoirs dont disposent le Bureau et le Tribunal de la concurrence pour instruire et sanctionner les atteintes à la concurrence. Il est ainsi en quelque sorte le pendant administratif de l'article 45. Il s'agit d'une disposition à caractère général qui permet de sanctionner tant les actions unilatérales des acteurs économiques que les actions concertées. Pour cette raison, des pratiques sont susceptibles d'être soumises à la fois aux dispositions générales et aux dispositions spéciales, et à la fois aux dispositions pénales et aux dispositions administratives. D'ailleurs, aussi bien l'article 45.1²⁵⁹ que l'article 79(7)²⁶⁰ prévoient un déclin de

²⁵⁶ Timothy J. Brennan, "Vertical excuses for horizontal practices: should there be any per se antitrust rules?", 45 antitrust Bull. 2, p467 (2000). Voir notamment à la p489 pour une utilisation de la Règle de raison vis-à-vis de ces types de restrictions.

²⁵⁷ Bériault, Renaud et Comtois, *supra note 203*. A la p197. Les auteurs sont en faveur d'une limitation des actes condamnables à ceux qui ont pour cible les prix pratiqués. Voir aussi pour une limitation mais sous l'article 45, Presley L. Warner & Michael J, *supra note 229*. A la p716.

²⁵⁸ L.R. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 45; 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37; 2002, ch. 16, art. 11.4.

²⁵⁹ « Il ne peut être entamé de procédures en application du paragraphe 45(1) contre une personne qui fait l'objet d'une demande d'ordonnance en vertu de l'article 79 [...] lorsque les faits soulevés au soutien de la

compétence des juridictions concernées lorsque des procédures ont déjà été engagées sur l'un ou l'autre fondement afin que la même affaire ne soit pas examinée et, le cas échéant, sanctionnée deux fois par deux juridictions différentes.

L'article 79 sanctionne les comportements qui témoignent d'un abus de position dominante sur un marché ayant pour effet de réduire substantiellement la concurrence actuelle ou potentielle. Le dominant a l'objectif de maintenir ou de renforcer sa position dominante. Cette disposition se rapproche de l'article 82 du Traité consolidé de la Communauté européenne²⁶¹. Nous avons vu en première partie qu'il s'appliquait aux actes unilatéraux mais il a une portée plus large pour s'appliquer aux ententes²⁶². En cela, il diffère du droit européen qui prévoit une disposition spéciale pour les ententes à l'article 81 du Traité CE²⁶³.

(ii) Les modalités d'application de l'article 79.

Nous avons vu précédemment qu'en vertu de l'article 79(5), le simple exercice d'un droit de brevet écartait l'application de l'article 79, même si celui-ci avait des effets restrictifs sur la concurrence. L'exploitation du droit de brevet rentre en conflit avec l'objectif d'une concurrence pure et parfaite en raison du monopole que le brevet détient sur son invention, monopole qui peut correspondre aux limites d'un marché pertinent²⁶⁴. Cela ne remet cependant pas en cause la sanction des restrictions de concurrence qui seraient sans rapport direct avec l'exercice des droits de brevet²⁶⁵. C'est notamment le cas

demande d'ordonnance sont les mêmes ou en substance les mêmes que ceux qui seraient soulevés dans les procédures prévues à ce paragraphe. » L.R. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 31.

²⁶⁰ Voir *supra* note 258. « (7) Une demande ne peut être présentée en application du présent article à l'endroit d'une personne :a) contre laquelle des procédures ont été entreprises en vertu de l'article 45; si les faits qui seraient allégués dans la demande en application du présent article sont en substance les mêmes que ceux qui sont allégués dans les affaires visées à l'article 45. »

²⁶¹ Voir *supra* note 41.

²⁶² Lignes directrices, *supra* note 201. Section 4.1. « Cette analyse s'applique à toutes les industries et à toutes les catégories de transactions et de pratiques commerciales. Elle est suffisamment souple pour prendre en compte les différences entre les nombreuses formes de protection accordée à la PI de même que celles entre la PI et d'autres types de biens ».

²⁶³ Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée), voir *supra* note 41.

²⁶⁴ Lignes directrices, *supra* note 201. Section 3.3 : « Puisque le droit d'exclusion, qui réside au cœur des droits de propriété privée, est nécessaire pour rendre les marchés efficaces et concurrentiels, l'application de la Loi sur la concurrence entrave rarement l'exercice de ce droit fondamental ».

²⁶⁵ George N. Addy, Directeur des enquêtes et recherches du Bureau de la concurrence, « Politique de concurrence et droits de propriété intellectuelle : mesures d'encadrement complémentaires pour une économie de marché dynamique », 16:2 Can. Comp. Rec. p5 (1995). « [Dans l'arrêt *Nutrasweet*], le Tribunal n'a pas jugé nécessaire d'examiner l'exception relative aux droits de propriété intellectuelle prévue au

si le breveté utilise son brevet pour empêcher l'établissement de la concurrence ou retirer des profits extraconcurrentiels du fait de sa position dominante²⁶⁶. Il n'en demeure pas moins qu'en raison de la fonction que remplissent les accords de licence, soit la diffusion de la technologie breveté, ceux-ci sont avant tout considérés comme bénéfiques pour la concurrence²⁶⁷.

L'article 79 requiert la preuve de trois critères pour dégager l'existence d'un abus de position dominante : (a) le contrôle d'un marché pertinent ; (b) une pratique restrictive de concurrence ; et une restriction de concurrence.(c)

Ces trois critères sont sensiblement les mêmes que ceux repris par l'article 45 pour déterminer l'élément matériel de l'infraction. Ceci est logique puisqu'il s'agit dans les deux cas d'examiner l'impact d'une entente sur la concurrence. Toutefois, le caractère pénal de l'examen de l'article 45 contribue à une différenciation des standards et de la charge de la preuve. Le Bureau de la concurrence a éclairci dans ses Lignes directrices la méthode d'examen et le contenu des critères²⁶⁸. Cette analyse est valable pour toutes les instructions du Bureau. En raison du caractère essentiellement administratif de ses enquêtes, elle présente un grand intérêt dans le cadre des procédures administratives, d'autant plus que de nombreux articles et rapports proposent de faire de l'article 79 la procédure par défaut et de limiter le champs d'application de l'article 45²⁶⁹.

paragraphe 79(5) de la Loi. Le Tribunal paraît clairement avoir conclu que cette exception ne limite pas l'application de cet article aux pratiques contractuelles liées aux DPI ou à d'autres pratiques lorsqu'elles sont réputées à constituer des agissements anticoncurrentiels »(Section III). La version française est accessible sur le site internet du Bureau (dernier accès le 24/10/03) :

<http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct01407f.html>

²⁶⁶ *Ibid.*. « Les mesures d'application prises en vertu de la Loi sur la concurrence peuvent se justifier lorsqu'une pratique anticoncurrentielle crée, maintient ou renforce une puissance commerciale ». Voir aussi Weston (1993), « La notion d'abus de position dominante est susceptible de s'appliquer à un nombre très large de pratiques attachées à l'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle comme les clauses liées, les restrictions d'utilisation à des domaines précis ou encore les clauses d'achat exclusif » [[Notre Traduction] cité par Davies, Ward & Beck in "Competition Law of Canada", Vol.2, §12.01, n°10 at 4, New York Juris Pub, 2003.

²⁶⁷ Lignes directrices, *supra note 201*. Section 4.1. « C'est habituellement par l'octroi de licences que le titulaire d'une PI autorise d'autres personnes à l'utiliser. Dans la grande majorité des cas, cette concession favorise la concurrence parce qu'elle facilite l'utilisation plus générale d'un droit de PI de valeur par d'autres parties [...] Le Bureau ne considère pas anticoncurrentiels les accords de licence relatifs à la [propriété intellectuelle] sauf s'ils réduisent sensiblement ou indûment la concurrence relativement à ce qui aurait probablement existé en l'absence de telles licences. »

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ Voir R. Janda & Daniel Martin Bellemare, *supra note 223*. A la p638: "The central consideration should be to identify the most serious forms of anti-competitive collusion as meriting criminal prosecution, leaving

(a) Le contrôle d'un marché pertinent.

L'article 79 dispose que l'entreprise doit « contrôler sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprise ou catégorie d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions »²⁷⁰. La jurisprudence²⁷¹ a assimilé cette formulation à l'obtention d'une puissance commerciale²⁷² sur un marché pertinent²⁷³.

Dans les Lignes directrices, le Bureau pose deux critères qui vont permettre de dégager l'existence d'une puissance commerciale : la définition du marché pertinent et l'existence de barrières à l'entrée²⁷⁴.

1. La définition du marché pertinent.

La définition du marché pertinent est la plus importante étape dans l'analyse des effets d'un accord de licence. En effet, la taille du marché va déterminer si le breveté détient une puissance commerciale sur le marché de la technologie ou si son licencié détient une position dominante sur le marché des produits d'application. Une définition stricte du marché va plus facilement provoquer la détermination d'un contrôle sur celui-ci alors qu'une définition plus large va permettre d'englober d'autres produits concurrents, d'arrêter l'instruction de l'affaire ou de valider les stipulations litigieuses. Le Bureau doit à la fois rechercher quel est le marché de produits pertinent et le marché géographique pertinent. En raison du caractère national de la législation en matière de brevet, le marché géographique est à la taille du territoire canadien²⁷⁵.

the civil and administrative remedies as the default regime". [Langue d'origine conserve] Voir aussi Presley L. Warner & Michael J., *supra note 229*. Aux pp716-717.

²⁷⁰ Article 79, *supra note 258*.

²⁷¹ Directeur des Enquêtes et recherches du Canada c/ Nutrasweet Co. CT-1989/002 ; 32 CPR (3d) 1 (1990) Richard P. Lewis, "Canadian Monopolies Law : Director of investigation and research c/ Nutrasweet Co. decided at first case under abuse of dominant position" 25 CNLIL 437 (1992).

²⁷² « pouvoir de marché » ou encore « position dominante » (c'est la notion utilisée en droit européen). Nutrasweet, p61.

²⁷³ *Ibid.* Nutrasweet, aux pp63-64

²⁷⁴ Lignes directrices, *supra note 201*. Section 4.1

²⁷⁵ Voir par exemple, Nutrasweet, *supra note 271*. A la p20. Le marché géographique est déterminé principalement selon le critère du prix mais le Tribunal regarde aussi si le Canada est intégré commercialement à un autre marché. Le Tribunal examine s'il existe des arrangements contractuels qui isolent le marché canadien d'autres marchés par la mise au point d'un système commercial spécifique. Le brevet donne un caractère spécifique au marché canadien.

Le critère principal utilisé par le Bureau est celui du monopoleur hypothétique²⁷⁶. Il s'agit de savoir si l'entreprise est en mesure de pouvoir augmenter les prix d'une manière stable au-dessus de la concurrence sans pour autant craindre pour ses profits. Une augmentation est considérée comme sensible et permanente à partir du moment où elle est d'au moins 5% sur un an²⁷⁷. Cette analyse est utilisée pour les fusions d'entreprises et elle est reprise dans les Lignes directrices²⁷⁸ En matière de fusionnement²⁷⁹. Cette définition est fondée principalement sur la sensibilité de la demande aux variations du prix pour le produit ou la technologie brevetée²⁸⁰. Ce critère est aussi important dans les Lignes directrices et l'influence sur les prix reste le facteur déterminant dans la définition de marché pertinent²⁸¹. La jurisprudence a retenu un faisceau d'indices regroupables en trois grands critères. On les retrouve d'ailleurs dans les Lignes directrices en matière de fusion²⁸². Il s'agit de déterminer la fonction du produit, ses caractéristiques et l'élasticité-prix, c'est-à-dire la substituabilité du produit pour un autre en fonction du prix²⁸³.

2. La puissance commerciale de l'entreprise sur le marché.

L'article 79 parle de contrôle d'un marché. La notion de contrôle s'apparente à une notion d'indépendance sur le marché. L'indépendance vis-à-vis des concurrents est un point essentiel²⁸⁴ et le droit canadien insiste sur la faculté à augmenter les prix sans qu'il n'y ait de possibilité pour un concurrent potentiel de rentrer sur le marché²⁸⁵. Deux

²⁷⁶ *Ibid.* Section 5.1. Il y a un correctif lorsqu'il s'agit de regarder les effets rétrospectifs (bien que ce sont plutôt les effets prospectifs qui nous intéressent ici). Toute distorsion du marché sera prise en compte.

²⁷⁷ Lignes directrices canadiennes pour l'application de la loi concernant les fusions ; accessible en ligne à l'adresse suivante sur le site internet du Bureau canadien de la concurrence (dernier accès le 24/03/2003): <http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct01030f.html>. Section 3.1

²⁷⁸ Lignes directrices, *supra note 201*. Section 5.2.1

²⁷⁹ *Ibid.* Sections 3.2/3.3.

²⁸⁰ Lignes directrices *supra note 201*. « Le Bureau ne définit pas un marché pertinent sur la base de la licence, mais plutôt en fonction de ce qui est réellement protégé par les droits légaux accordés au licencié » . Section 5.1.

²⁸¹ *Ibid.* Section 5.1, « Le Bureau ne définit pas les marchés seulement d'après les activités en recherche et développement ou les efforts d'innovation. Habituellement, il s'attache aux effets sur les prix ou sur la production. »

²⁸² Lignes directrices en matière de fusion, *supra note 277*. Sous-section 3.2.2.

²⁸³ Nutrasweet, *supra note 271* ; Aux pp16(g)-17(a) (version anglaise)

²⁸⁴ Affleck, *supra note 202*. (§19.03. "[It is] the power of a firm or firms (whether or not exercised) to set prices and output at a level of their choosing, largely unaffected by other considerations apart from the firm or firms' levels of desired profits." [Langue d'origine conservée])

²⁸⁵ Voir Nutrasweet, *supra note 271*. A la p28 (version anglaise); voir aussi Directeur des enquêtes et des recherches c/ D&B Companies of Canada (30 août 1995) 64 C.P.R. (3d) 216, à la p254 (autrement appelée Nielsen A.C.)

éléments principaux sont retenus par le Bureau de la concurrence : la part de marché et l'existence de barrières à l'entrée²⁸⁶.

a. La part de marché.

La part de marché est un élément déterminant pour conclure que l'entreprise contrôle le marché pertinent²⁸⁷. On la retrouve systématiquement dans les décisions qui ont eu à traiter des abus de position dominante. Ainsi, une preuve d'une part de marché de 80% dénote *prima facie* l'existence d'un contrôle²⁸⁸. À l'opposé, la détention d'une part de marché inférieure à 50% sur le marché pertinent n'est pas un élément déterminant²⁸⁹. Le Bureau de la Concurrence a lui-même posé un seuil en dessous duquel il se refuse à ouvrir une enquête pour restriction de concurrence. Un accord de licence qui implique un licencié dont sa part de marché est inférieure à 35% du marché pertinent ne sera pas examiné²⁹⁰. En pratique, un tel seuil n'exempte que très rarement les accords de licence de brevet technologique d'une enquête du Bureau de la concurrence. Le contrôle des prix est également un indice qui indique combien la part de marché dominante est persistante. Le contrôle peut être déduit d'observations préalables sur le marché : la réaction des concurrents aux prix fixés par le dominant, la liberté dans la fixation du prix²⁹¹ qui en découle et le niveau des profits²⁹² en sont des éléments car ils soulignent l'absence de pressions concurrentielles.

b. L'existence de barrières à l'entrée.

Le niveau des barrières à l'entrée permet d'évaluer la liberté du dominant sur le marché. L'existence de fortes barrières à l'entrée entraîne une déconnexion du marché vis-à-vis de la pression concurrentielle. Le dominant peut ainsi agir plus librement sans être sous la menace significative de la réaction d'un concurrent existant ou de l'entrée d'un concurrent opportuniste. Par l'évaluation des barrières à l'entrée, c'est la contestabilité des

²⁸⁶ Lignes directrices, *supra* note 201. Section 5.2

²⁸⁷ Bériault, Renaud & Comtois, *supra* note 203. À la p286.

²⁸⁸ Télé-direct, *supra* note 126. À la p85.

²⁸⁹ Canada c/ Laidlaw Waste Systems Ltd (1992) 40 C.P.R.(3d) 289. Voir à la p317 en obiter.

²⁹⁰ Lignes directrices canadiennes, voir *supra* note 221.

²⁹¹ Pour la profitabilité de Télé-Direct malgré une baisse de prix de 30 à 40% des concurrents, Télé-Direct. *Supra* note 126. Aux pp132 à 140 et à la p266.

²⁹² *Ibid.* pour le niveau des profits par rapport au CA. À la p96.

marchés par les coûts qui est recherchée²⁹³. Des barrières fortes à l'entrée dissuadent une entreprise de rentrer sur le marché et font perdurer la position du dominant.

La jurisprudence et les auteurs énumèrent des séries d'éléments qui vont permettre d'établir l'existence de barrières. Ces éléments sont classables en trois catégories. On y retrouve ainsi des facteurs structurels, des facteurs comportementaux du dominant et des facteurs comportementaux du dominé.

Les facteurs structurels correspondent aux coûts d'entrée sur le marché qu'ils soient récupérables ou non. Il sont liés au type d'activité²⁹⁴, à l'état de la technologie²⁹⁵ ou aux caractéristiques du marché²⁹⁶. Les facteurs comportementaux du dominant correspondent aux manœuvres qu'il entreprend afin de sécuriser sa position : cela se traduit notamment par des actions contractuelles²⁹⁷. Enfin, les facteurs comportementaux des concurrents sont analysés : la pérennité d'une position dominante dépend de l'activité des autres concurrents, notamment s'ils ont une politique particulièrement agressive ou s'ils disposent des ressources pour intervenir sur le marché très rapidement.²⁹⁸ La jurisprudence rajoute

²⁹³ Pour une brève explication et une critique de la théorie des marchés contestables, voir ci-dessous au 3ème chapitre *Section n°1 : de la concurrence par les prix à la concurrence technologique*. et les notes de bas de page y afférant *infra notes 446-524*.

²⁹⁴ Voir *Nutrasweet*, *supra note 271*. Pour la nécessité d'investir dans la construction d'unités de production d'aspartame, aux pp29(c) et 24(a). (version anglaise).

²⁹⁵ L'investissement technologique est un facteur important dans l'analyse classique. Il comprend le temps qu'il faut pour mettre à jour ou créer une technologie mais également le coût financier pour introduire une nouvelle technologie.

²⁹⁶ Les dépenses en publicité, en promotion des produits et de la marque associée. Mais il s'agit aussi de l'organisation juridique du marché et notamment la présence de brevets qui empêchent l'entrée d'imitateurs.

²⁹⁷ Voir *Nutrasweet*, *supra note 271*. Un accord qui aurait pour effet de prolonger la durée du brevet après son expiration est considéré comme contraire au droit de la concurrence (il est à noter que la solution serait différente au regard du droit américain qui valide ce type d'accord) : la clause de réajustement automatique des prix à l'offre la plus basse du marché empêchait l'entrée d'une entreprise par la soumission d'offres plus intéressantes que *Nutrasweet* ; Aux pp39(h) & 40 et aux pp48(h) & 49(a) (version anglaise) ; voir aussi sur ce point, Paul J. Collins, "The law and economics of "Abuse of dominant position": an analysis of *Nutrasweet*", 49 U.Toronto Fac.L.Rev. 275 (1991). Voir aussi pour la clôture du marché par la conclusion de contrats avec les demandeurs majeurs, p48(b). De manière générale, l'usage d'un brevet qui confère une position dominante sur un marché afin d'obtenir un avantage sur un second marché est un abus de position dominante ; à la p p46 (e)/(g) ; voir aussi sur ce point, Bruce M. Graham "Abuse of dominance – recent case Law : *Nutrasweet & Laidlaw*"- 38 R.D.McGill 800 ; à la p810.

Voir aussi AC. Nielsen, *supra note 285* pour des clauses d'exclusivité et une clause MFN. Ord. refondue du 30/08/1995 (CT 94-1), p3. Laidlaw, *supra note 289*. Ord. CT91-2 du 11/02/1995, p4 (version française des textes accessible sur le site du Tribunal de la concurrence : www.ct-tc.gc.ca ; dernier accès le 24/10/03)

²⁹⁸ Par exemple, un concurrent mineur mais avec une présence importante dans un autre marché géographique et d'importantes ressources financières.

aussi le pouvoir compensatoire des clients²⁹⁹, qui oblige le breveté à se discipliner, mais cela requiert qu'il y ait une alternative viable à court terme permettant de passer d'un fournisseur à un autre³⁰⁰.

(β) Les actes anticoncurrentiels et la réduction sensible de concurrence.

L'article 79 reste silencieux sur le type de conséquence restrictive qui doit être observé sur la concurrence. Seule la notion de « pratiques » permet de valider les abus qui ne sont pas des actes répétés. Un accord de licence, s'il est un acte juridique unique, est susceptible de constituer une pratique économique.

La restriction de concurrence se résume à l'établissement ou au maintien d'un pouvoir de marché auquel n'a contribué ni l'avantage technique et commercial du dominant ni le brevet³⁰¹. Les Lignes directrices soulignent l'objectif du dominant qui est non seulement de contrôler la production et les prix mais aussi d'augmenter les coûts des concurrents sur le marché.

Dans le cadre d'un accord de licence, on peut trouver des stipulations qui empêchent la vente du produit breveté ou de la technologie à des concurrents du breveté sur d'autres marchés³⁰². Ce sont aussi des clauses contractuelles qui fixent indirectement les prix, lient des produits différents à l'achat, empêchent le plus possible l'achat pour la revente, interdisent la vente à l'exportation, établissent des rabais sur la durée et non sur les quantités, répartissent les territoires de vente au Canada avec des clauses de non-concurrence active et passive, etc.

Le Bureau sanctionne aussi les clauses qui peuvent avoir des effets restrictifs sur l'innovation. Bien qu'il les relie le plus souvent avec une analyse de l'influence sur les prix ou les coûts, il s'intéresse à l'impact que peuvent avoir de telles clauses sur des marchés

²⁹⁹ Nutrasweet, *supra* note 271. A la p52(b).

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ *Ibid.* A la p47. Voir aussi Nielsen A.C, *supra* note 285. aux pp266-267.

³⁰² L'objectif étant soit de contrôler le marché annexe, soit d'augmenter les coûts du concurrent en lui interdisant l'utilisation d'un produit nouveau plus performant et moins coûteux.

futurs, notamment en ce qui concerne le nombre de concurrents³⁰³. Cela vise spécifiquement les clauses de « *Grantback* »³⁰⁴ qui ne doivent pas amenuiser les motivations (notamment celles des licenciés) à innover sur la base de la technologie existante.

Toutefois, avant toute sanction, le Bureau observera si les restrictions que contiennent l'accord de licence examiné ne sont pas justifiables par des considérations d'efficience³⁰⁵. Différents critères non exhaustifs sont possibles : une meilleure utilisation des ressources³⁰⁶, une nécessité technique en raison de la spécificité de la technologie³⁰⁷, une amélioration de la concurrence inter-marque³⁰⁸, une meilleure coopération entre les parties³⁰⁹, etc. Tous ces critères sont en réalité susceptibles d'améliorer à leur façon la concurrence. Le Bureau examine si les efficacités alléguées ne pouvaient pas être remplies par d'autres moyens moins restrictifs³¹⁰. Ces efficacités n'ont qu'un objectif : racheter les restrictions de concurrence qui ont été constatées.

(b) L'article 77 et la vente liée.

L'article 77³¹¹ sanctionne deux types d'agissements : la limitation de marché et la vente liée. Les restrictions de marché n'ont pas tant d'importance dans le cadre de la licence de brevets puisqu'il ressort des prérogatives du breveté que celui-ci peut mettre en licence tout ou partie de son brevet et cela inclut les limitation de marché³¹².

³⁰³ Lignes directrices, *supra note 201*, Section 5.3.

³⁰⁴ C'est-à-dire les clauses de licence sur les améliorations de la technologies brevetée.

³⁰⁵ Lignes directrices, *supra note 201*, Section 5.4.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ Voir Nutrasweet, *supra note 271*. A la p52(b).

³⁰⁸ Voir *supra note 305*.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ Article 77 de la loi canadienne sur la concurrence, L.R. (1985), ch. C-34, art. 77; L.R. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 45; 1999, ch. 2, art. 23 et 37, ch. 31, art. 52(F); 2002, ch. 16, art. 11.2 et 11.3.

³¹² Article 50(1) de la loi canadienne des brevets, « Tout brevet délivré pour une invention est cessible en droit, soit pour la totalité, soit pour une partie de l'intérêt, au moyen d'un acte par écrit ». L.R. (1985), ch. P-4, art. 50; L.R. (1985), ch. 33 (3^e suppl.), art. 20. une exception est celle des limitations géographiques qui restreindraient le commerce entre les Provinces; celle-ci n'est pas possible en raison de la territorialité du droit de brevet. Elle n'est d'ailleurs jamais traitée dans les quelques ouvrages canadiens ; voir par exemple Trebilcock, Winter & Collins, *supra note 513*.

En ce qui concerne les pratiques de vente liées³¹³, l'existence d'une disposition spéciale n'était pas forcément nécessaire d'autant que le test utilisé est fort semblable à celui de l'article 79 (même s'il est plus précis). Nous en reprendrons brièvement les éléments qui doivent être établis. Ceux-ci ont été notamment dégagés par la jurisprudence Télé-Direct en ce qui concerne l'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle³¹⁴.

Tout d'abord, il faut identifier si la pratique est un phénomène de vente liée. Elle ne peut être vérifiée que si une série de transactions a été réalisée et non un acte isolé. Mais les produits qu'elle concerne sont largement définis³¹⁵ et peuvent englober des droit de propriété intellectuelle³¹⁶. La liaison peut se faire par l'imposition de conditions dans un contrat³¹⁷ ou par des moyens incitatifs³¹⁸. Egalement, le lien doit être établi entre deux produits appartenant à des marchés distincts³¹⁹. Le bureau doit ainsi définir s'il existe un marché pertinent pour le produit lié et un marché pour le produit clé.

Il s'agit ensuite d'établir si le breveté est un « fournisseur important » sur le marché³²⁰. Cette notion est associée avec la puissance commerciale requise à l'article 79³²¹.

³¹³ *Ibid.* Article 77(1), définition de « vente liée » : « Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit exige d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit (le produit « clef »), que ce client : (i) soit acquiert du fournisseur ou de la personne que ce dernier désigne un quelconque autre produit, (ii) soit s'abstienne d'utiliser ou de distribuer, avec le produit clef, un autre produit qui n'est pas d'une marque ou fabrication indiquée par le fournisseur ou la personne qu'il désigne. ».

³¹⁴ Canada (Directeur de enquêtes et des recherches) c/ Tele-Direct (1997), *supra note 126*.

³¹⁵ Affleck & Cracken, *supra note 202*. §18.03.

³¹⁶ Voir *Supra note 314*.

³¹⁷ Télé-Direct, *supra note 126*. Aux pp169(h)-171(a).

³¹⁸ BBM Bureau of Measurement c/ Canada (Directeur de enquêtes et des recherches), (1985) 1 C.F. 163 (1984) 82 C.P.R. (2d) 60, 12 C.C.C. (3d) 560, 9 D.L.R. (4th) 600, 52 N.R. 137 (C.A.F.) ; Voir aussi les conclusions du Commissaire pour l'affaire Digital Equipment du Canada Ltée (Rapport annuel du Directeur des enquêtes pour l'exercice se terminant le 31 mars 1993, Ottawa, consommation et corporations Canada, 1993. « Tout fabricant important d'un type de produit, qui relie la vente de ce produit à la fourniture de services d'entretien ou de pièces de rechange, risque de se faire opposer l'article 77 ») cité par Blériault, Renaud & Comtois, *supra note 203*. A la p270.

³¹⁹ La loi ne dit rien mais un produit similaire ou substituable ne peut tomber sous le coup de la loi. Voir Tele-Direct, *supra note 126*. A la p115. Sur la difficulté de distinguer deux produits, voir P.E. Areeda, H.Hovenkamp & E.Elhauge, *Antitrust Law*, Vol.10, Boston, Little Brown, 1996, à la p175 Cité et traduit par Bériault, Renaud & Comtois, *supra note 203*. A la p265. « [...] On peut décrire virtuellement tous les produits comme la réunion de leurs composantes. Et il est presque toujours possible de dire de deux produits qu'ils sont de simples éléments d'une produit unique les englobant [...] »

³²⁰ Article 77(2), *supra note 106*.

³²¹ Directeur des enquêtes c/ Bombardier Ltée, (1981), 57 C.P.R. (2d) 216 (R.T.P.C.) p223 . "A major or important supplier is on whose actions are taken to have an appreciable or significant impact on the markets where he sells. Where available a firm's market share summarizes its capabilities in a number of

Le marché du produit clé ayant été préalablement défini pour distinguer les deux produits, c'est la position du brevet, et principalement la part de marché et son indépendance vis-à-vis de la concurrence, qui sera examinée. Dans le cas d'un brevet technologique, il arrive souvent que le marché pertinent suive les contours du monopole juridique.

Enfin, la pratique doit avoir un effet restrictif de concurrence. Le Tribunal a mentionné l'effet d'exclusion des concurrents du marché du produit mais d'une manière générale, et comme sous les dispositions de l'article 79, c'est la consolidation ou l'obtention d'un pouvoir de marché qui est l'élément central. Le breveté utilise ainsi son monopole ou sa position dominante sur le marché clé pour raffermir sa position sur le marché lié³²².

B- L'application du droit de l'union européenne aux licences de brevet technologique.

Nous avons vu que le droit communautaire de la concurrence pouvait réglementer l'exercice des prérogatives du breveté dès lors qu'il reflétait un abus de position dominante que l'article 82 du Traité CE³²³ sanctionnait³²⁴. A la différence du droit canadien, le droit communautaire examine l'exploitation des droits de brevet par le biais d'accords de licence sur le fondement de l'article 81 du Traité CE. Celui-ci frappe de nullité les ententes anticoncurrentielles³²⁵, et, le cas échéant, sanctionne les parties à l'accord³²⁶. Les Autorités

dimensions. Other characteristics of a supplier that might also be used in assessing its importance in an industry are its financial strength and its record as an innovator. However the characteristics that are the most relevant will vary from industry to industry". [Langue d'origine conservée] Cité par Affleck, *supra note* 202. §18.05. Voir aussi, Télé-direct, *supra note* 126. Aux pp82(g)-106(b).

³²² Télé-Direct, *supra note* 126. Aux pp174-175(c). : "Has the tying of space and services impeded entry into or expansion of a firm or had any other exclusionary effect in the space market ?". Voir la critique de Bériault, Renaud & Comtois, *supra note* 203. A la p268. Voir aussi James Musgrove et Daniel Edmonstone. "Abuse of dominance and tied selling : some thoughts on the Tele-Direct case"(1997) 18 :2 Can. Comp. Pol. Rec. 29. A la p 34. La restriction « sensible » de concurrence est appréciée sur le montant des profits.

³²³ Voir *supra note* 41.

³²⁴ Voir le 1^{er} chapitre et notamment la section *Immunité et objet spécifique du brevet : le droit de l'union européenne*. ci-dessus et *supra les notes qui l'accompagnent*.87-119.

³²⁵ Article 81(2), *supra note* 263. « Les accords ou décisions interdits en vertu [de l'article 81] sont nuls de plein droit ».

³²⁶ CJCE, 13 juillet 1966 Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c/ Commission, Rec. 1966, p429. «Un contrat d'exclusivité peut, sans entraîner un abus de position dominante, être susceptible d'affecter le commerce entre les Etats membres et simultanément avoir pour but ou pour effet d'empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence, tombant ainsi sous l'interdiction de l'article 85§1 du Traité CE» considérant n°5. Ce point n'est pas forcément utilisé dans le cas où le brevet technologique a pour effet de donner au breveté ou à son licencié la position d'acteur unique sur le marché. Mais elle est intéressante à deux niveaux : Elle permet de distinguer l'article 81 de l'article 82 et elle lui donne ainsi une application beaucoup plus

de la concurrence et la jurisprudence communautaire ont développé une approche qui s'inspire en partie du droit des Etats-Unis mais garde une grande spécificité en raison des objectifs du Traité communautaire³²⁷ : l'intégration économique des Etats-membres et l'établissement d'un espace unique européen. (1). Mais l'Union européenne a aussi pris en compte l'importance économique du renouvellement technologique et a réalisé la nécessité de permettre une exploitation plus souple des droits de brevet afin de favoriser la diffusion des technologies sur le marché européen. Elle a par conséquent édicté une exemption catégorielle des dispositions du droit de la concurrence pour les accords de transfert de technologies (2).

1- Le traitement classique de la concurrence par le Traité CE.

L'article 81 du Traité CE définit les ententes anticoncurrentielles de la façon suivante : « Tous [les] accords entre entreprises 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 »³²⁸. Cette formulation est très large nécessite une étude tant de la forme de l'accord que de ses conséquences. Elle inspire une analyse proche de l'article 45 de la loi canadienne tout en ayant une portée beaucoup plus large³²⁹. Le droit de la concurrence européen se fonde sur une Règle de raison incomplète (a). Le traitement des ententes est en partie spécifique. L'intervention du droit de la concurrence est régi selon que l'objet spécifique du brevet est concerné (b) mais l'analyse reste économique et semblable au droit canadien (c).

(a) L'introduction d'une règle de raison incomplète.

La jurisprudence communautaire a tout d'abord fortement insisté sur des atteintes précises en sanctionnant surtout celles qui portaient atteinte à l'unicité du marché

large en sanctionnant des accords qui ne confèrent pas au partie une position dominante sur le marché d'application.

³²⁷ Par exemple, l'objectif de libre circulation incite le droit européen à s'intéresser à la structure de la concurrence, cette analyse est plus proche de l'approche théorique structuraliste de l'Ecole de Harvard que de celle de l'Ecole de Chicago qui domine entièrement le droit américain aujourd'hui. Voir Rodger B.J. "The oligopoly problem and the concept of collective dominance : EC developments in the light of US trends in Antitrust Law and policy" Colum. J.Eur.L. 2(1), 1995-1996. Aux pp28-30.

³²⁸ Article 81(1), *supra* note 263.

³²⁹ Aucun élément intentionnel n'est requis même si la preuve d'un objet anticoncurrentiel permet la sanction. De plus, l'affectation de la concurrence n'est pas limitée aux réductions sensibles.

européen³³⁰. Mais, à l'exemple de la Règle de Raison du droit des Etats-Unis³³¹, la CJCE a introduit la pratique du Bilan concurrentiel qui consiste à prendre en compte les circonstances qui ont présidé à la conclusion de l'accord pour déterminer s'il est acceptable aux yeux de la concurrence. En effet, la définition des ententes anticoncurrentielles de l'article 81§1 ne prévoit aucun examen des effets bénéfiques dont une entente serait porteuse pour la concurrence. Dans la décision Nungesser-Eisele³³², la CJCE a accepté d'examiner les circonstances qui entouraient la conclusion de licences exclusives. Cette décision mettait en cause la conclusion d'un accord de licence exclusive pour l'exploitation de droits d'obtention végétale. Elle y autorise la conclusion de licences ouvertes qui ont pour objectif la diffusion de la technologie sur différents marchés de produits ou d'autres marchés géographiques³³³. Elle retient aussi la participation aux risques commerciaux du licencié qui justifie l'exclusivité, et le fait que le produit est récent. Dès lors que la licence exclusive n'interdit pas les importations parallèles, celle-ci est conforme à l'article 81(1) du Traité³³⁴ en raison des circonstances de l'espèce. Cette analyse est très proche de la Règle de raison américaine mais elle n'est que partielle³³⁵. En l'espèce, la Cour n'en était qu'au premier stade de l'analyse c'est-à-dire savoir si la licence restreignait la concurrence. Elle n'examinait ainsi pas si la licence pouvait être rachetée.

³³⁰ CJCE 13 février 1969 *Walt Wilhelm e.a. c/ Bundeskartellamt*, Rec. 1969 p.1 : « Le traité CE vise [...] à éliminer les entraves à la libre circulation des marchandises dans le marché commun, et, à affirmer et à sauvegarder l'unité du marché. » Considérant n°5.

³³¹ Voir Joanna Schmidt-Szalewski & Jean-Luc Pierre, *supra note 4*. Au n°685. Voir aussi S. Bishop & M. Walker, "The economics of EC Competition law: concepts, application and measurement", London, Sweet & Maxwell, 1999, §4.45.

³³² CJCE, 8 juin 1982, *L.C. Nungesser KG et Kurt Eisele c/ Commission*, Rec.1982,p.2015 ; RTD Com. 1983, 286, note : Bonet et Goyet.

³³³ *Ibid.*, Considérant 3. « La concession d'une licence exclusive du droit d'obtention végétale [...] n'est pas en soi incompatible avec l'article [81(1)] du Traité, compte tenu de la spécificité des produits en cause, si elle favorise la diffusion d'une nouvelle technologie et la concurrence entre le nouveau produit et les produits existants semblables sur le territoire de la Communauté. » La CJCE accord le même traitement au droit d'obtention végétale qu'aux autres droits de brevet.(sur ce point, voir le considérant n°2).

³³⁴ *Ibid.*, au §61. « Selon une jurisprudence constante de la Cour (*Consten & Grundig* ; Aff ; 56-58/64 ; Rec.1966, p429), la protection territoriale absolue en faveur d'un licencié destinée à permettre le contrôle et l'entrave des importations parallèles, aboutit au maintien artificiel des marchés nationaux. »

³³⁵ Si les autorités de la concurrence cherchent à promouvoir l'efficacité allocative, Le premier et principal objectif du droit UE est d'assurer un cadre compétitif sur le marché unique européen. Cet objectif structurel est critiqué par l'Ecole de Chicago ; voir F.M. Scherer & D. Ross, "Industrial Market Structure and Economic Performance", 3ème Ed. Boston: Houghton Mifflin, 1990. Cité par Steve Anderman, *supra note 39*. A la p11.

Seul l'article 81(3) vient tempérer les dispositions de l'article 81(1) qui sanctionnent une entente dès lors que la restriction de concurrence est prouvée³³⁶. L'article 81(3) prévoit l'exemption des stipulations restrictives de concurrence selon des conditions bien spécifiques et limitées mais qui se rapprochent beaucoup des objectifs du droit des brevets. Sont pris en compte l'impact technologique de la clause et les conséquences pour les consommateurs ainsi que le caractère nécessaire, proportionnel et non prédateur de la restriction. L'article 81(3) retient ainsi les efficiences possibles induites par une clause restrictive de concurrence³³⁷. Mais l'exemption ne peut se faire qu'a priori par le biais d'une notification de l'accord à la Commission. En son absence, l'exemption est impossible et la restriction ne peut être mise en balance avec de potentiels bénéfices.

(b) L'impact de la notion d'objet spécifique.

Dans le cadre de l'examen des accords de licence sur le fondement de l'article 81(1), les autorités de la concurrence et les juridictions européennes vont examiner principalement deux points.

Tout d'abord, la disposition contractuelle en cause est-elle du ressort de l'objet spécifique du brevet³³⁸? Cette question s'explique par l'effet potentiellement restrictif qu'a un brevet sur la concurrence et par la nécessité de protéger celui-ci des interventions du droit de la concurrence. Elle donne lieu à un examen de nature plutôt technique et détaillée qui a pour objectif d'établir si la clause est nécessaire et constitue ainsi une des prérogatives juridiques du breveté³³⁹. Egalement sera établi si la clause est nécessaire à la

³³⁶ Article 81(3), *supra* note 263 « les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables à tout accord [...] qui 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: a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. ». [Emphase rajoutée]

³³⁷ Dans l'absolu, cette démarche se rapproche de l'approche établie dans les Lignes directrices canadiennes, voir *supra* note 305.

³³⁸ Voir pour la notion, le chapitre 1^{er} dans la Section 2 et les notes de bas de page qui l'accompagnent

³³⁹ Par exemple, la possibilité de conclure une licence exclusive est la manifestation du choix du breveté de céder totalement le droit d'exploitation du brevet sur le marché pertinent. Voir l'arrêt Nungesser, *supra* note 332.

bonne exploitation du brevet en vue de « la fabrication et de la première commercialisation des produits brevetés »³⁴⁰.

Certaines clauses, par exemple les clauses d'exclusivité ou celles limitant l'exploitation à un domaine d'activité sont de l'essence même de l'exercice du droit de brevet. D'autres clauses n'amènent que des obligations supplémentaires qui visent à une bonne exploitation technique du brevet³⁴¹. D'une manière générale, le critère de l'objet spécifique conduit à une analyse in concreto des stipulations contractuelles et il n'existe pas véritablement de systématisation à ce stade³⁴². D'ailleurs, les objectifs de la politique de concurrence au moment de l'analyse et la position des autorités européennes vont souvent influencer le résultat. La Commission européenne était ainsi au départ particulièrement favorable à une définition extensive de l'objet spécifique³⁴³. Par la suite, elle a durci sa position³⁴⁴, exposant alors un nombre croissant de clauses à l'examen des autorités communautaire de la concurrence³⁴⁵.

(c) L'examen des ententes anticoncurrentielles.

Dès lors que la Commission et la jurisprudence considèrent que la clause ne ressortit pas à l'objet spécifique du brevet, elles en examinent les modalités au regard de l'article 81(1).

Différents critères sont à prendre en compte. Ceux-ci sont plus importants en nombre que ceux utilisés en droit canadien en raison des partages de compétence entre les autorités nationales et les autorités communautaires. Il doit s'agir d'un accord (ce critère ne pose pas de problème) qui affecte le commerce entre les Etats membres (cela déclenche la

³⁴⁰ Voir Centrafarm BV et Adriaan de Peiper c/ Sterling Drug Inc, *supra* note 64.

³⁴¹ Exemple : un contrôle de qualité réservé au donneur de licence de brevet et s'étendant à un produit qui n'était pas couvert par le brevet.

³⁴² Voir Burst & Kovar, *Juriscl. Brevet*, *supra* note 54 . Fasc. 4830, Aux pp3-5.

³⁴³ Voir la Communication de la Commission européenne relative aux accords de licence de brevets du 24 décembre 1962, JOCE 24/12/62 B139/2922.

³⁴⁴ Voir par exemple toute la discussion sur la légalité de la licence exclusive, discussion réglée par l'arrêt Nungesser en 1982, *supra* note 332. Voir également la décision Commission 12 juillet 1985, Velcro-Applix, JOCE n°L233 du 30 août 1985 ; aussi décision 15 décembre 1986 Boussois-Interpane, JOCE n°L150 du 19 février 1987. La Commission considérait que l'article 81 devait être appliqué dès lors que la clause résultait « des effets du contrat et non pas des effets du seul droit de propriété », voir Burst & Kovar, *supra* note 342. Contra. Décision de la Commission AOIPc/Beyrard, JOCE n° L6/8 du 13 janvier 1976.

³⁴⁵ Voir Karadis, *supra* note 84. A la p136.

compétence des autorités communautaires sur les autorités nationales) et dont les effets sont situés sur le territoire de la Communauté (le contraire nierait l'existence même d'une atteinte à la concurrence communautaire).

Une seule étape de l'examen concerne l'atteinte à la concurrence elle-même : L'entente ne doit pas avoir pour objet ou effet d'empêcher ou de réduire la concurrence. L'article 81(1) ne précise pas vraiment le degré de restriction qui est requis. Il donne toutefois des exemples d'accords de licence qui ont pour objet de restreindre la concurrence³⁴⁶, notamment les clauses concernant la fixation des prix, le contrôle de la production, la répartition des marchés et la discrimination entre les partenaires commerciaux pour établir un désavantage dans la concurrence et la pratique de vente liée³⁴⁷. Cependant, ces actes ne sont pas illégaux *per se*³⁴⁸ et le contexte économique est pris en compte³⁴⁹. Seules quelques stipulations sont sanctionnées en raison de leur objectif

³⁴⁶ Article 81(1), *supra* note 263. « Sont incompatibles [...] notamment [les accords] qui consistent à : (a) Fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements, c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, (pratiques discriminatoires) ; e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

³⁴⁷ Ces clauses échappent aux seuils de minimis qui évitent un examen de l'accord; voir Communication de minimis, *infra* note 363. § 11. Seules les clauses de vente liée ne sont pas concernées par l'exception aux accords de minimis. Quid de la pérennité de la jurisprudence Parker c/ Commission, *infra* note 351, § 26 ; CJCE 9 juillet 1969, Voelk, Rec.1969, p.295, § 7 ; aussi CJCE 1er février 1978, Miller c/ Commission, *infra* note 351, § 7 ? Voir aussi l'article "EU closes in on Microsoft penalty", 6/08/03.(Cnetnews) http://news.com.com/2100-1016_3-5060463.html (dernier accès le 24/10/03).

³⁴⁸ Voir P. Freeman & Richard Whish, "Butterworths Competition law", London, Butterworths, looseleaf, no date. Aux p p185-186 "It is questionable whether it is useful to adopt the language of *per se* illegality at all under EC competition law: it is preferable to avoid borrowing terminology from another system of law which may confuse more than it clarifies"; *Contra.* Hedvig Schmidt, *supra* note 116.. Il serait étonnant de considérer par exemple l'ajout de prestations sans rapport avec le brevet comme étant une atteinte *per se* à la concurrence. Comme en droit canadien, il doit être analysé si la clause a pour effet de réduire la concurrence.

³⁴⁹ CJCE 30 juin 1966 Société La Technique Minière c/ Maschinenbau Ulm GmbH, Rec.1966, p337. « Pour examiner si un accord a pour objet d'altérer le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun, il faut d'abord considérer l'objet même de l'accord, compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué, les altérations du jeu de la concurrence visées par l'article 85§1 devant résulter de tout ou partie des clauses de l'accord lui-même. Au cas où l'analyse desdites clauses ne révélerait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait alors d'examiner les effets de l'accord et pour le frapper d'interdiction d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été soit empêché soit restreint ou faussé de façon sensible. Le jeu de la concurrence doit être considéré dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux. » Considérant n°8. [emphase rajoutée]

clairement restrictif de concurrence³⁵⁰ : c'est le cas par exemple d'une licence qui combine une fixation du prix de vente destinée à combattre les importations parallèles éventuelles avec un engagement du fabricant d'interdire à d'autres distributeurs de vendre sur le territoire du licencié. Il est évident que la combinaison des deux engagements a pour effet de clôturer le territoire du licencié³⁵¹. D'une façon générale, depuis la jurisprudence *Grundig*³⁵², on peut légitimement conclure que sont sanctionnées comme ayant un objet anticoncurrentiel les clauses qui ont pour effet de clôturer le marché, notamment par le biais de clauses de non-concurrence (active ou passive) dans des licences exclusives³⁵³.

Dans le cas où la clause n'a pas un objet clairement anticoncurrentiel, l'analyse des effets sur le marché nécessite de définir quel est le marché pertinent sur lequel l'entente restreint la concurrence. La Commission a eu l'occasion de préciser le contenu et la portée de la définition de marché qu'elle emploie dans son analyse.

Dans sa communication du 2 décembre 1997³⁵⁴, la Commission définit le marché de produits de la manière suivante : «Un marché de produits en cause comprend tous les

³⁵⁰ Elles indiquent que l'intention des parties était de créer des effets anticoncurrentiels consécutivement à leur accord, voir Christian Gavalda et Gilbert Parléani, « droit des affaires de l'union européenne », 4^{ème} Ed., Paris, Litec, 2002. n°503 et svts.

³⁵¹ Décision Commission européenne 16 mai 1984 *Polistil/Arbois* JOCE L136/9 23/05/1984. Voir aussi pour une clause d'interdiction d'exportation, Aussi TPICE 14 juillet 1994 *Parker Pen Ltd c/ Commission*, Rec.1994, II, p549, « Par sa nature même, une clause d'interdiction d'exportation constitue une restriction de la concurrence, qu'elle soit adoptée à l'initiative du fournisseur ou à celle de son client, l'objectif sur lequel les contractants sont tombés d'accord étant d'essayer d'isoler une partie du marché » §37 ; CJCE 1^{er} février 1978, *Miller International Schallplatten GmbH c/ Commission*, Rec. 1978, p131. Voir aussi l'arrêt du TPICE 26 octobre 2000 *Bayer AG c/ Commission*, Rec. 2000, II, p3383 : la décision unilatérale du fabricant d'un médicament breveté de limiter la fourniture de ce produit au niveau de la demande intérieure sur le marché français afin d'éviter une réexportation du surplus de stock vers la Grande-Bretagne et de protéger ainsi indirectement le marché britannique n'est pas sanctionnable au titre de l'article 81(1) du Traité CE en ce qu'il ne constitue pas un accord entre deux parties mais un acte unilatéral du breveté. Voir également, CJCE 11 janvier 1990, *Sandoz prodotti farmaceutici SpA c/ Commission*, Rec. 1990, p45. « Constitue un accord interdit par l'article 85, paragraphe 1, du traité, et non pas un comportement unilatéral, l'envoi systématique par un fournisseur à ses clients de factures comportant la mention "exportation interdite". Aussi CJCE 8 février 1990, *Tipp-Ex c/ Commission* Rec. 1990, p261. Voir 'Paul Demaret & Inge Govaere, "Parallel imports, free movement and competition rules : the European experience and perspective", in Thomas Cottier & Petros C. Mavroidis, "Intellectual property : trade, competition and sustainable development", University of Michigan Press, 2003.

³⁵² Voir *supra* note 326.

³⁵³ Sur ce point voir d'ailleurs l'exclusion de telles clauses du Règlement d'exemption en matière de restrictions verticales ; Règlement CE n° 2790/1999 de la Commission européenne du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ; JOCE L336/21.Art 4(c).

³⁵⁴ Communication de la Commission européenne du 2 décembre 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE C346/03.

produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.»³⁵⁵ S'il existe une série de critères permettant de dégager l'existence et les limites du marché pertinent, le critère du prix reste toutefois le critère prédominant dans la démarche de la Commission³⁵⁶. La Commission suit d'ailleurs la position des Autorités de la concurrence canadienne³⁵⁷ et étasunienne³⁵⁸ en examinant quels effets pourraient résulter d'une augmentation légère mais permanente des prix sur une territoire donné³⁵⁹.

La définition du marché géographique suit la même logique. La méthode de la Commission consiste à repérer les écarts de prix ainsi que les parts de marché des entreprises³⁶⁰ afin de déterminer le territoire sur lequel les conditions de concurrence sont homogènes³⁶¹. En matière de brevet, la territorialité du monopole du breveté permet de limiter le marché géographique au territoire d'un Etat membre. Cependant, les critères utilisés révèlent combien le prix est un élément essentiel de l'analyse de la Commission lorsqu'elle vient à définir le marché pertinent de produits.

Une fois le marché pertinent déterminé, les autorités de la concurrence doivent regarder si l'entente a pour effet de restreindre la concurrence. Pour cela, elle examine quel

³⁵⁵ *Ibid.* Section 2, §8.

³⁵⁶ *Ibid.* §15 « L'exercice de définition du marché est axé sur les prix pour des raisons opérationnelles et pratiques et, plus précisément, sur la substitution du côté de la demande que pourraient entraîner des variations légères mais permanentes des prix relatifs. Ce test peut fournir des indications claires sur les éléments pertinents pour la définition des marchés. » [emphasis rajoutée]

³⁵⁷ Lignes directrices canadiennes, *supra* note 278 et Lignes directrices en matière de fusionnement, *supra* note 277.

³⁵⁸ Lignes directrices américaines en matière de licence de droits de propriété intellectuelle de la Commission fédérale du Commerce (FTC) Accessible à l'adresse internet de la FTC (dernier accès le 24/10/2003) : <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/ipguide.htm> Section 4.1.1. & 1992 Horizontal Merger Guidelines, §1.1.1: "In attempting to determine objectively the effect of a "small but significant and nontransitory" increase in price, the Agency, in most contexts, will use a price increase of five percent lasting for the foreseeable future". [Langue d'origine conservée] [Emphasis rajoutée]. Accessible à l'adresse internet suivante: <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm> (dernier accès le 24/10/2003).

³⁵⁹ Communication UE sur la définition de marché pertinent, *supra* note 354. §17 « La question posée est de savoir si les clients des parties se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs, en cas d'augmentation légère (de 5 à 10 %), mais permanente, des prix relatifs des produits considérés dans les territoires concernés. »

³⁶⁰ *Ibid.* §28. « Elle se fera une première idée de l'étendue du marché géographique en se basant sur une vue d'ensemble de la répartition des parts de marché détenues par les parties et par leurs concurrents, ainsi que sur une analyse préliminaire de la fixation des prix et des écarts de prix au niveau national, communautaire ou de l'Espace économique européen. » [Emphasis rajoutée]

³⁶¹ *Ibid.* §29.

serait l'état du marché en l'absence de l'entente en question. Un autre critère central est utilisé : celui des parts de marché. Il permet de définir si l'entreprise détient un pouvoir de marché. Ce critère n'est pas utilisé dans la définition de marché (sauf pour la définition géographique et comme un simple indicateur). Il est plutôt révélateur de l'existence d'un pouvoir de marché et du degré de réduction de la concurrence qui pourrait résulter d'une entente.

De plus, les Autorités prennent en compte uniquement les ententes qui sont susceptibles de réduire sensiblement la concurrence³⁶². A ce propos, la Commission a publié depuis les années 80 des communications exemptant de tout examen de concurrence les accords dits « d'importance mineure »³⁶³, c'est-à-dire sans réel impact sur la structure du marché. L'exemption totale prévue par le droit européen est fondée sur les parts de marché. Ce critère devient le seul moyen pour déterminer si l'entente sera a priori considérée comme « [un accord] qui affect[e] le commerce entre États membres [mais] ne restreint pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 81 §1 du Traité:CE. »³⁶⁴. La Communication de 2001 remplace une précédente communication de 1997³⁶⁵ et relève les parts de marché qui servent de seuil à l'application de l'article 81. La Communication prévoit ainsi qu'aucune enquête ne sera ouverte à l'encontre d'une entente entre concurrents dès lors que les parties détiennent une part de marché qui est inférieure à 10% de chaque marché pertinent³⁶⁶. Le seuil est relevé à 15% des parts de marché sur les marchés en cause affectés un accord vertical³⁶⁷.

Les exclusions de minimis ont été renforcées par la pratique des exemptions catégorielles issues de l'article 81(3) du Traité³⁶⁸. L'article prévoit une exemption de tout accord par voie de déclaration dans la mesure où celui-ci remplit des critères précis et

³⁶² Schmidt & Pierre, *supra* note 4, n°683. La notion de concurrence utilisée est celle de la concurrence efficace ; il s'agit d'apprécier la réduction in concreto et non selon un standard objectif qui ne prendrait pas en compte la réalité de la structure du marché, voir CJCE Métro c/ Saba 27 octobre 1977, Rec. 1977, p.1875.

³⁶³ Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de minimis) JOCE C368/07 du 22.12.2001 (Communication de minimis)

³⁶⁴ *Ibid.* §7.

³⁶⁵ Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté européenne du 9/12/1997 ; JOCE C372/13.

³⁶⁶ Communication de minimis, *supra* note 363. §7(a).

³⁶⁷ *Ibid.* §7(b).

³⁶⁸ Article 81(3), *supra* note 336.

cumulatifs.³⁶⁹ La pratique des exemptions nécessite en principe une intervention à priori de l'Autorité de la concurrence qui se prononce après notification de l'accord par les parties. Mais les exemptions catégorielles exemptent directement, et en l'absence de notification, toute une série d'accords aussitôt qu'ils rentrent dans la catégorie concernée. Ces accords étaient au départ des exemptions catégorielles restreintes³⁷⁰. Un Règlement est récemment entré en vigueur afin d'exempter l'ensemble des ententes verticales dès lors qu'elles remplissaient certaines conditions qui tiennent surtout à la nature des clauses que l'entente pourrait contenir. Il s'applique à toutes les restrictions verticales tant que la part des cocontractants sur les marchés affectés reste inférieure à 30%³⁷¹.

Cette analyse est entièrement fondée sur les parts de marché que les parties à l'entente possèdent sur le marché pertinent, lui-même défini à partir des variations de prix. Les sociétés qui ont une part de marché assez conséquente seront toujours sujettes au bilan concurrentiel de l'article 81 avec le risque d'être sanctionnées plutôt facilement (en l'absence de réelle mise en balance des efficiences et des éventuelles restrictions) si l'accord n'a pas été préalablement notifié à la Commission.

Dans le cadre des accords de brevet, la Communication *de minimis* ne suffit pas à écarter de l'article 81 les contrats de licence qui comportent des clauses bien spécifiques à l'exploitation d'un brevet. Nous avons déjà entr'aperçu les difficultés en jurisprudence pour traiter les licences exclusives de brevet. L'analyse des clauses se fait au cas par cas et, en l'absence de systématisation juridique, la notification à la Commission est la seule possibilité. C'est ce qui a abouti à la mise en place d'un régime spécial de traitement des accords de licence.

2- L'exemption catégorielle en matière de transfert de technologies.

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ Voir pour une exemption encore en vigueur le Règlement (CEE) n° 479/92 du Conseil, du 25 février 1992, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne.

³⁷¹ Communication de minimis, *supra* note 363. Article 3. « La part du marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il vend les biens ou services contractuels. [...] Dans le cas d'accords verticaux contenant des obligations de fourniture exclusive, l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part du marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il achète les biens ou les services contractuels. »

Le Règlement du 31 janvier 1996³⁷² confère aux accords de licence de brevet un régime juridique spécial qui est toujours en place aujourd'hui. Il fusionne, remplace et adapte le Règlement d'exemption applicable en matière de licences de brevet³⁷³ et le Règlement d'exemption applicable aux licences de savoir-faire³⁷⁴. Il s'agit de prendre en compte la spécificité des accords de licence et de mettre fin à l'incertitude juridique qui entourait certaines clauses. L'objectif est de favoriser la sécurité juridique des transactions et la diffusion des technologies nouvelles sur les marchés communautaires³⁷⁵. Les licences de brevet contiennent de nombreuses clauses qui favorisent l'exclusivité entre les parties et soulignent combien elle est la manifestation juridique de l'exploitation du monopole du breveté.³⁷⁶ Mettre en place une exemption juridique est un moyen de systématiser ce qui est acceptable ou non au regard du droit de la concurrence. Cela évite aussi de faire de ce dernier un instrument politique à géométrie variable qui laisse les titulaires de brevets dans l'incertitude.

Puisque la politique communautaire a pour objectif l'intégration des marchés, de nombreuses dispositions concernent les atteintes à la libre circulation des marchandises. Le

³⁷² Règlement UE n°240/96 du 31 janvier 1996 concernant l'application de l'Article 81 §1/3 aux accords de licences, JOCE n°L 31/2, 9 février 1996 ; Jurisc. brevet, I, n° 443. Appelé ci-dessous « Règlement d'exemption technologique ». Accessible à l'adresse internet suivante (dernier accès le 24/10/2003) : http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/technology_transfer/

³⁷³ Règlement (CEE) n° 2349/84, du 23 juillet 1984, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de licence de brevets modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 2131/95, JOCE L219/15 du 16/08/1984 ; JOCE L214/6 du 08/09/1995.

³⁷⁴ Règlement (CEE) n° 556/89, du 30 novembre 1988, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de licence de savoir-faire, JOCE L61/1 du 04/03/1989.

³⁷⁵ Voir Steve Anderman, *supra* note 39. A la p77. Aussi le Règlement d'exemption technologique, *supra* note 372. Considérants 6 et 8. Voir aussi considérant 12 : « Les obligations visées à l'article 1er contribuent généralement à l'amélioration de la production et à la promotion du progrès technique. Elles incitent en effet les titulaires de brevets ou de savoir-faire à concéder des licences et les licenciés à investir dans la fabrication, l'utilisation et la mise dans le commerce de nouveaux produits ou dans l'utilisation de nouveaux procédés ».

³⁷⁶ *Ibid.* Par exemple au considérant n°10 : « Les accords de licence exclusive, c'est-à-dire les accords par lesquels le donneur de licence s'engage à ne pas exploiter lui-même la technologie concédée sur le territoire concédé ou à ne pas y accorder d'autres licences, peuvent ne pas être incompatibles avec l'article 85 paragraphe 1 du traité lorsqu'ils concernent l'introduction et la protection d'une nouvelle technologie sur le territoire concédé, en raison de l'ampleur de la recherche mise en oeuvre, de l'intensification de la concurrence, notamment entre marques et de l'amélioration de la compétitivité des entreprises concernées qu'entraîne la diffusion de l'innovation dans la Communauté. Dans la mesure où les accords de licence exclusive relèvent de l'article 85 paragraphe 1, il convient de les inclure dans l'article 1er afin qu'ils puissent aussi bénéficier de l'exemption. » [Emphase rajoutée]

Règlement s'applique aussi à d'autres types de restrictions qui favoriseraient la diffusion technologique. Son architecture est fondée sur une distinction entre les clauses clairement acceptables (les clauses blanches), les clauses normalement restrictives de concurrence mais qui sont rachetables dans le cadre d'un accord de licence (les clauses grises) et les clauses clairement interdites (les clauses noires).

S'il se concentre en tout premier lieu sur le principe de la circulation des marchandises entre les Etats membres, le Règlement y fait une sérieuse entorse en étant très libéral vis-à-vis de clauses autrefois sanctionnées ou qui ont fait l'objet d'importantes discussion jurisprudentielles. Sont ainsi acceptées les licences exclusives³⁷⁷ et les licences limitées à un domaine industriel ou à un marché de produits précis³⁷⁸. Le donneur de licence peut également inclure une clause de non-concurrence tant active que passive : le licencié ne pourra ainsi pas répondre à des demandes non sollicitées en provenance du territoire d'autres Etats membres dès lors que cette interdiction n'est pas supérieure à cinq ans³⁷⁹. Le donneur de licence peut clôturer par le biais de restrictions contractuelles les territoires où la licence a été concédée³⁸⁰. Cette interdiction ne peut toutefois pas cibler des acheteurs qui agiraient par la suite comme revendeurs dans d'autres territoires de la CEE³⁸¹.

D'autres stipulations concernent le niveau de production et sa qualité. Ainsi, le breveté peut limiter le niveau de la production du licencié lorsqu'elle sert d'approvisionnement secondaire ou pour sa destination lorsque la licence porte sur un bien intermédiaire³⁸². A contrario, il peut exiger une production minimale du licencié. Enfin, il peut demander le respect de normes de qualité strictes tant qu'elles sont justifiées³⁸³.

Egalement, des conditions financières ou tenant au bon rendement du brevet peuvent être incluses. Concernant l'intégrité du brevet, l'obligation de notifier tout acte de

³⁷⁷ *Ibid.* Articles 1(1) à 1(4).

³⁷⁸ *Ibid.* Article 2(8).

³⁷⁹ *Ibid.* Articles 1(5) et 1(6).

³⁸⁰ *Ibid.*, Article 1.2. L'absence de brevets parallèles ne peut rendre acceptable une obligation de ne pas commercialiser dans le territoire d'un autre Etat membre. Le cloisonnement des marchés n'est possible qu'en présence de brevets similaires dans chacun des territoires concernés.

³⁸¹ *Ibid.* Article 2(3).

³⁸² *Ibid.* Article 2(13).

³⁸³ *Ibid.* Article 2(5).

contrefaçon de tiers, la possibilité pour le breveté et le licencié d'agir en contrefaçon sur le territoire du licencié³⁸⁴ ; enfin le droit de résilier l'accord en cas de contestation du brevet par le licencié³⁸⁵. Concernant le rendement du brevet, sont acceptées l'imposition de redevances minimales³⁸⁶ tant que celles-ci ne s'apparentent pas à une fixation des prix de vente³⁸⁷, les clauses MFN³⁸⁸, un engagement de meilleure commercialisation possible³⁸⁹.

Le Règlement se penche sur le cas des clauses de licence sur les perfectionnements postérieurs. Il accepte ce type de clauses sous deux conditions : la licence au profit du breveté doit être non-exclusive et l'engagement doit être réciproque³⁹⁰. Seuls les cas de coopération stricte et qui n'enlèvent aucune marge de manœuvre à l'une ou l'autre des parties pour exploiter leurs brevets sont acceptés. Le Règlement refuse ainsi que soient exemptées les clauses réciproques de licence exclusive alors que vraisemblablement elles favorisent tout autant la collaboration entre les parties.

Le Règlement prévoit enfin une série limitée d'accords qui échappent à l'exemption et ne pourront être acceptés qu'après notification préalable et accord de la Commission. Nous en avons vu certaines précédemment. Il faut leur rajouter quelques-unes des clauses expressément mentionnées à l'article 81§1 comme le contrôle de la production ou la répartition de marché entre concurrents. Sont aussi clairement exemptées les clauses qui restreignent la capacité du licencié de réaliser des activités de recherche et de développement³⁹¹. Le Règlement donne toutefois le droit au breveté de résilier le contrat de licence lorsque les activités en cause touchent à des produits ou technologies directement concurrents de ceux sous licence³⁹².

³⁸⁴ *Ibid.* Article 2(6)

³⁸⁵ *Ibid.* Articles 2(15) et 2(16).

³⁸⁶ *Ibid.* Article 2(9).

³⁸⁷ *Ibid.* Article 3(1) : sont exclues de l'exemption toute clause de fixation des prix.

³⁸⁸ *Ibid.* Article 2(10). De l'anglais, "Most-favored nation clause" ; Clause de préférence. Cette clause a par exemple été sanctionnée par le droit canadien dans la jurisprudence *Nutrasweet*, *supra notes 271 & 297*.

³⁸⁹ *Ibid.* Article 2(17).

³⁹⁰ *Ibid.* Article 2(4). L'exemption fonctionne tant que le perfectionnement est dissociable. Dans le cas contraire, on peut en déduire que le perfectionnement indissociable de l'invention de base soit concédé en licence de manière exclusive au profit du breveté originel.

³⁹¹ *Ibid.* Article 3(2).

³⁹² *Ibid.* Article 2(18).

Cependant, le Règlement d'exemption a une portée limitée dès lors que le brevet crée de nouveaux marchés ou de rend les concurrents techniquement inexistants. En effet, l'exemption catégorielle peut être retirée par la Commission lorsque l'accord est susceptible de protéger le produit breveté de la concurrence d'autres produits substituables, la part de marché de 40% étant un seuil indicatif de la restriction sensible³⁹³. Remarquons que c'est à la Commission de retirer cette exemption : la licence produit des effets juridiques jusqu'à déclaration du contraire. Le Règlement ne s'applique également pas à certains types d'accords de licence : les licences horizontales qui suppriment une technologie concurrente, les pools de brevets, les licences croisées et les accords de licence pour les activités d'une entreprise commune³⁹⁴.

Section n°2 : La remise en cause de la pertinence des critères classiques de concurrence.

Les mécanismes classiques du droit de la concurrence se fondent sur une analyse de marché où se rencontrent librement des produits substituables en fonction de l'évolution des prix. Les offrants sont soumis à la pression de la demande qui se concentre sur différents produits en fonction de l'évolution des prix. Le droit des brevets est vu comme un instrument au service de la croissance économique et de la concurrence entre les entreprises qui cherchent innover pour proposer des produits techniquement meilleurs. Mais les actes d'exploitation relèvent d'un monopole qui est censé échapper au droit de la concurrence. Pourtant, nous avons vu que les actes d'exploitation du breveté étaient soumis au bilan concurrentiel et facilement sanctionnés en raison de la position dominante que confère souvent un brevet.

Toutefois, les critères utilisés par les tribunaux, le marché pertinent et les parts de marché, sont souvent totalement inadaptés quand il s'agit d'analyser les conséquences de l'exploitation d'un brevet technologique qui aboutit à une refondation technique du marché ou à l'introduction de produits nouveaux (1). Sous le coup de l'innovation technologique,

³⁹³ *Ibid.* Article 7(1).

³⁹⁴ *Ibid.* Article 5(1) à (3).

les repères traditionnels du droit de la concurrence sont devenus obsolètes et il est proposé de regarder l'impact des actes d'exploitations du breveté sur la capacité à innover.⁽²⁾

A- Le brevet technologique et les critères de marché pertinent et part de marché.

Nous verrons successivement les problèmes soulevés par la définition de marché pertinent (1) et par la détermination de la position dominante fondée sur les parts de marché (2).

1- La définition de marché pertinent.

Nous avons pu voir que la définition de marché pertinent consistait à déterminer quels produits étaient substituables entre eux en tenant compte de l'évolution des prix des produits. Il s'agit de voir si un agent est en mesure de policer les pratiques d'un concurrent, partie à une entente, en offrant un produit semblable vers lesquels les consommateurs se tourneraient en cas d'augmentation permanente des prix au-dessus de la concurrence³⁹⁵. Nous nous pencherons successivement sur les problèmes qui entourent la détermination de l'évolution des prix, l'impact d'une nouvelle technologie sur le test de substituabilité et, enfin, l'importance des caractéristiques technologiques comme vecteur explicatif de l'évolution de la demande.

(a) La détermination de l'évolution des prix et le critère de substituabilité.

La définition du marché pertinent se concentre principalement sur la réaction de la demande à une augmentation des prix d'un produit déterminé. Il s'agit de déterminer si le transfert de la demande vers un autre produit est susceptible de se produire à l'issue d'une telle augmentation. La jurisprudence a dégagé de telles variations en fonction des évolutions de prix qui ont pu déjà se produire sur le même marché ou sur des marchés similaires. Dans l'arrêt *Nutrasweet*³⁹⁶, le Tribunal évalue la substituabilité en recensant les évolutions de prix antérieures du produit en cause³⁹⁷. Il reste à examiner si l'évolution des

³⁹⁵ Voir notamment ci-dessus la position du droit canadien à la sous-section 1.1- de la 1^{ère} sous-partie et la position du droit européen à la sous-section sur « Le traitement classique de la concurrence par le Traité CE. »

³⁹⁶ *Directeur des enquêtes et recherches c/Nutrasweet Co., supra note 271.*

³⁹⁷ *Ibid.* Aux pp15-16. (version anglaise)

prix est corrélée à l'évolution de la demande pour ce produit ainsi que l'évolution de la demande pour des produits potentiellement concurrents. Le Tribunal a pris aussi pour indice un marché géographique dont les conditions de concurrence étaient similaires à celles sur le marché canadien³⁹⁸. En l'espèce il s'agissait du marché européen sur lequel le brevet avait expiré quelques années plus tôt alors que le brevet américain était quant à lui toujours valable.

La Commission européenne utilise également cette méthode en examinant en tout premier lieu s'il existe des preuves récentes de substitution des produit. Dans sa Communication, la Commission a ainsi considéré que « si les prix relatifs ont déjà changé par le passé [...], les réactions en termes de quantités demandées seront déterminantes pour établir l'existence d'une substituabilité. »³⁹⁹.

En réalité, le recours à des statistiques qui permettent de refléter l'évolution antérieure du marché et d'en tirer des conclusions quant à l'étendue du marché pertinent ne peut être un moyen de déterminer la substituabilité entre des produits ou des technologies couvertes par un brevet technologique. Le brevet technologique permet très souvent l'arrivée sur le marché d'un produit totalement nouveau ou techniquement plus avancé que les produits existants. La Commission européenne a pris en compte la possibilité qu'un nouveau produit soit introduit. Selon elle, «Le lancement de nouveaux produits, par le passé, peut également donner des indications précieuses lorsqu'il est possible de déterminer précisément les produits dont les ventes ont reculé au profit du nouveau produit considéré »⁴⁰⁰. Cependant, l'introduction d'un nouveau produit sur un marché ne permet pas de tirer des conclusions pour l'introduction d'un autre produit sur un autre marché, surtout en ce qui concerne les effets constatés sur les prix. Le succès d'un produit dépend de nombreux éléments que le prix ne peut prendre en compte (la publicité, la fiabilité du produit, la marque, la structure de la demande sur le marché en cause, les besoins...).

³⁹⁸ *Ibid.* A la p15.

³⁹⁹ Communication sur la définition de marché pertinent, *supra* note 354. §38.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

En conclusion, le prix n'est pas révélateur des avancées technologiques qui caractérisent l'introduction de nouveaux produits ou technologies. Au contraire, le but est de mettre tous les produits au même rang et de les différencier selon le prix.

(b) L'influence de la concurrence monopolistique.

L'introduction de technologies ou de produits nouveaux peut très souvent déboucher sur une forte domination, voire sur un monopole de l'entreprise innovatrice⁴⁰¹. Il peut s'agir d'un renouvellement technologique qui pousse une technologie ancienne vers la sortie qui contribue à la création d'un nouveau marché.

Les avancées technologiques se font sur les caractéristiques du produit et engendrent de nouveaux types de demande. Le prix n'est ainsi pas forcément un critère adéquat pour mesurer la substituabilité. Au contraire, il peut même être trompeur. La théorie classique se fonde uniquement sur la concurrence par les prix. Celle-ci n'est pas forcément représentative des évolutions sur un marché car certains changements peuvent n'être absorbés que tardivement par le marché et ne pas modifier le comportement des consommateurs. C'est le cas lorsque les produits ne sont pas tout à fait homogènes ou que l'information ne circule pas également entre les différents acteurs.

L'entrée d'un nouveau produit ou d'une technologie nouvelle n'est pas correctement prise en compte par le marché. C'est la raison pour laquelle, des auteurs proposent de prendre en compte les variations dans les performances des produits afin de juger de la compatibilité des variations dans la demande⁴⁰². Une augmentation des performances d'un produit annihile les effets que peuvent entraîner une augmentation des prix sur la demande. Ainsi, les modifications de la demande et de l'offre n'ont pas forcément de corrélation avec l'évolution du prix. Celui-ci ne représente alors pas un bon

⁴⁰¹ Voir le troisième chapitre sur la concurrence technologique pour une description du processus de destruction créatrice.

⁴⁰² Voir Thomas M. Jorde & David J. Teece, "Antitrust, innovation and competitiveness", *infra note 455*. A la p9. Voir aussi Hartman, *infra note 403*.

indicateur de la structure de concurrence : le succès d'un produit peut être dû aux performances technologiques et pas réellement à son coût à l'achat⁴⁰³.

Cette position a été développée au départ par Edward Chamberlin⁴⁰⁴. Ce dernier rejette le postulat de Walras selon lequel le marché est un lieu de rencontre de produits qui sont homogènes de telle sorte que les acheteurs sont indifférents à l'identité du vendeur⁴⁰⁵. Selon Chamberlin, le modèle de concurrence pure et parfaite doit être amendé pour prendre en compte les phénomènes de concurrence monopolistique⁴⁰⁶ et introduire la concurrence par la différenciation des produits⁴⁰⁷. En réalité, le modèle de la concurrence pure et parfaite nie l'existence d'une diversité du côté de la demande⁴⁰⁸. Or, l'opinion des consommateurs est un élément essentiel qui n'est pas forcément tributaire du critère du prix et que les autorités de la concurrence doivent prendre en compte⁴⁰⁹. Un produit semblable à d'autres sur un marché peut ainsi connaître une augmentation de prix significative sans modification du niveau de la demande si ses performances propres sont proportionnellement supérieures à celles des autres produits existants⁴¹⁰. Les autorités nationales devraient ainsi se concentrer d'une manière plus importante sur les opinions des

⁴⁰³ Hartman, Teece, Mitchell and Jorde « Assessing Market Power in regimes of rapid technological change », 2 *Industrial and Corporate Change* 317 (1997). Aux pp323-324, cité dans le Rapport de la FTC à l'OCDE, *supra note 5*. Voir aussi Jorde & Teece "Rule of reason analysis of horizontal arrangements: Agreements designed to advance innovation and commercialize technology" 61 *Antitrust L.J.* 579. A la p611. (1993).

⁴⁰⁴ Son ouvrage de référence, Edward H. Chamberlin, "The Theory of Monopolistic Competition, 8^{ème} ed., Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1962.

⁴⁰⁵ Voir sur la présentation de cette théorie, Larry Levine "Toward a Theory of "Quasi" Non-Tatonnement: Marshall and beyond.", *The Canadian Journal of Economics*, Vol. 29, Special Issue: Part I. (1996), pp. S276-S280. A la pS278.

⁴⁰⁶ Notamment l'inéquation du prix du marché avec le prix marginal mais l'inclusion de l'ensemble des coûts exposés. Voir Edward H. Chamberlin, "Full Cost" and Monopolistic Competition", *The Economic Journal*, Vol. 62, No. 246. (Jun., 1952), p318. A la p321.

⁴⁰⁷ Pour une brève présentation de la théorie de Chamberlin au sein de l'ensemble des théories industrielles, voir Murat Yildizoglu, « organisation industrielle » (mars 1999). Accessible sur le site de l'Université Bordeaux II. (dernier accès 24/10/03): <http://beagle.montesquieu.u-bordeaux.fr/yildi/ioweb/>

⁴⁰⁸ Edward H. Chamberlin, "The Origin and Early Development of Monopolistic Competition Theory" *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 75, No. 4. (Nov., 1961), p515. A la p526.

⁴⁰⁹ Voir la position de la Commission européenne dans sa communication sur la définition du marché pertinent, *supra note 354*. §36 « L'analyse des caractéristiques du produit et de l'usage auquel il est destiné permet à la Commission, dans un premier temps, de limiter le champ de ses recherches de produits de substitution éventuels [...] L'existence de caractéristiques différentes ne permet pas d'affirmer qu'il n'existe aucune substituabilité du côté de la demande, puisque celle-ci dépend, dans une large mesure, de l'importance que les clients accordent à ces différences. »

⁴¹⁰ Jorde & Teece, *supra note 403*. A la p614. Les auteurs prennent un critère exemplatif de 25%. Voir aussi Andrew C. Hruska, "A Broad Market Approach to Antitrust Product Market Definition in Innovative Industries", 102 *YALE L.J.* 305, 314 (1992) Cité par Alvin R. Chin, "The Misapplication of Innovation Market Analysis to Biotechnology Mergers", 3 *B.U. J. SCI. & TECH. L.* 6, 1997. A la p24.

consommateurs pour déterminer la sensibilité de la demande⁴¹¹ et revoir la valeur du critère prix dans le cadre d'un marché où le changement technologique est rapide.

2- L'importance des parts de marché.

Nous avons vu que la part de marché était un critère central pour déterminer l'existence d'un pouvoir de marché dans l'examen des articles 45 et surtout 79 en droit canadien⁴¹². Elle permet aussi à la Commission européenne de déterminer l'impact d'une réduction de concurrence en vertu de l'article 81 et de déterminer ainsi dans un examen préliminaire si l'entente est d'importance mineure au sens de la Communication de la Commission⁴¹³ ou si elle est exemptée en vertu de l'Article 81§3 au titre d'une exemption catégorielle⁴¹⁴.

La notion de parts de marché paraît trop exigeante car elle pénalise les accords de licence où le monopole du breveté confère très souvent une position dominante sur le marché. L'introduction de seuils de parts de marché n'est ainsi pas forcément indicatif de l'état de la concurrence et de la réelle menace. C'est imposer des devoirs stricts au succès de l'inventeur et le soumettre au départ à un examen attentif. L'introduction d'un produit techniquement supérieur aux autres ou d'un produit sur un nouveau marché peut aboutir à la formation d'un monopole naturel du fait de l'avancée technique du breveté ou de son licencié. Egalement, les critères traditionnels aboutissent souvent à une segmentation du marché à l'extrême de telle sorte que des concurrents directs du produit breveté sont exclus de la définition du marché pertinent. C'est d'ailleurs explicable en partie par la sensibilité réduite de la demande aux variations du prix. L'effet principal est l'augmentation artificielle des parts de marché du breveté ou de son licencié. Ce n'est pas pour autant qu'un tel succès devrait être remis en cause⁴¹⁵, d'autant que le brevet peut servir de barrière

⁴¹¹ Voir par exemple CJCE 05/10/1988, *Alsattel / Novasam*, Rec.1988,p.5987 pour la prise en compte du choix des consommateurs dans la définition du marché et des produits substituables. Voir aussi et surtout l'arrêt CJCE 14 février 1978 *United Brands Co. et United Brands Continentaal BV c/ Commission*, Rec. 1978 p207 ; voir notamment les §33 à 35 sur les caractéristiques de la banane et les préférences des consommateurs. Voir aussi les Lignes directrices canadiennes, *supra note 201*. Section 5.2.1. voir aussi *Mémento Francis Lefèvre Communautés européennes 2002-2003*, Paris, Ed. Francis Lefèvre, 2002. §3155.

⁴¹² Voir ci-dessus les sous-sections : *La sanction pénale de l'atteinte à la concurrence*. et : *La sanction administrative de l'atteinte à la concurrence*.

⁴¹³ Communication de minimis, *supra note 363*.

⁴¹⁴ Voir la sous-section L'application du droit de l'union européenne aux licences de brevet technologique.

⁴¹⁵ David J Teece & Mary Coleman, "The meaning of monopoly: Antitrust analysis in high-technology industries" *Antitrust Bull.* 43(3/4) p801. "Market share is not the end of the story, particularly in high-technology industries. Many economists, drawing on their understanding of static contexts, tend to believe

à l'entrée sur une période transitoire, toutefois plus longue que celle utilisée dans l'analyse traditionnelle⁴¹⁶. L'importance du critère des parts de marché devrait être ainsi relativisée dans ce contexte⁴¹⁷.

Les brevets technologiques s'appliquent à des produits ou des technologies dont la commercialisation contribue à la création de nouveaux marchés. Cela s'explique par le fait que la technologie ou le produit permet de satisfaire pour la première fois des besoins existants⁴¹⁸ ou alors suscite la création de nouveaux besoins⁴¹⁹. Ces marchés sont nouveaux ou latents. Le manque d'historicité, l'absence de concurrents préexistants, de produits immédiatement substituables sont autant d'éléments qui rendent les critères de concurrence traditionnels très incertains. Souvent les marchés sont à venir⁴²⁰, les concurrents sont

that a small share shows the absence of market power while a larger share indicates its presence; This is frequently not the case where there is rapid innovation. (our presumption here is that markets have been defined correctly)." A la p832.[Langue d'origine conservée] [Notes de bas de page omises]

⁴¹⁶ Thomas M. Jorde & David J. Teece, *supra* note 402. A la p7. « l'approche standard de la concurrence peut incorrectement octroyer un pouvoir de marché à une entreprise innovatrice. Même si le pouvoir de marché associé avec les effets de l'innovation est souvent transitoire, l'analyse standard des barrières à l'entrée – qui est faite sur une période d'un ou deux ans- ne remettra généralement pas en cause la preuve d'une situation de domination et le pouvoir de marché qui lui est associé et dont disposerait l'entreprise innovatrice. ».[Traduction] Voir à ce propos le Rapport de la FTC à l'OCDE, *supra* note 5. A la p223.

⁴¹⁷ Voir par exemple pour de telles considération, l'arrêt de la CJCE Alsatel, *supra* note 411. . « Si le fait qu'une entreprise détienne une part de marché de grande ampleur peut être un indice significatif de l'existence d'une position dominante, cette circonstance pris isolément n'en est pas nécessairement un facteur déterminant mais doit être prise en considération ensemble avec d'autres facteurs.» Considérant 5

⁴¹⁸ L'exemple type serait un médicament qui soigne une maladie ou un handicap qu'aucun médicament n'a pu soigner avec succès jusqu'alors.

⁴¹⁹ La technologie permet la création de nouveaux produits pour lequel il n'y avait pas de besoin impérieux préexistant auparavant : le téléphone cellulaire est un exemple, les organismes génétiquement modifiés en sont un autre.

⁴²⁰ Certaines variables sur le marché de l'innovation peuvent aider à définir le marché futur comme la concurrence qui règne dans ce domaine, la détention d'actifs tournés vers un type d'exploitation de la technologie à venir, le type de produits connus en préparation, les conséquences d'un succès du premier entrant sur l'arrivée ou la mise au point d'autres produits (mesuré par la capacité à réagir de concurrents potentiels – cette notion a déjà été utilisée en droit UE dans l'affaire Hoechst où le concurrent potentiel Dow Chemical a été considéré comme étant suffisamment agressif sur le marché et disposant d'actifs spécialisés pour remettre la domination de Hoechst en terme de parts de marché. Voir notamment Kattan. "Antitrust Analysis of technology joint ventures: allocative efficiency and the rewards of innovation", 61Antitrust LJ 937 at 952 (1993)

potentiels⁴²¹ et les critères traditionnels sont inadaptés car ces derniers présupposent un marché établi⁴²².

B- La prise en compte de l'innovation dans le traitement de la concurrence.

D'une manière générale, les brevets technologiques permettent l'avènement d'une technologie ou d'un produit dont les performances sont bien supérieures aux produits ou technologies existantes. Egalement, ces mêmes produits ou technologies peuvent contribuer à la satisfaction de besoins nouveaux sur des marchés jusqu'alors inexistants. Ils permettent une grande avancée technologique et leur mise en oeuvre est particulièrement positive pour la croissance économique. Certains ont ainsi proposé de prendre en compte la capacité à innover comme étant un critère de référence pour des technologies qui se renouvellent très régulièrement (1). Il s'agit ainsi de voir l'arrivée de nouvelles technologies comme étant particulièrement bénéfique et de sanctionner ce qui freinerait leur mise au point. Ensuite, il convient de voir l'investissement dans de nouvelles technologies comme particulièrement onéreux ; pour cela, un traitement particulier devrait être accordé aux arrangements contractuels qui facilitent la coopération technologique. (2)

1- Le recours aux marché de l'innovation.

La notion de marché de l'innovation ne relève pas de la théorie classique puisqu'elle n'est pas appliquée à un type de produits particulier⁴²³. Elle est apparue dans les Lignes directrices américaines qui définissent le marché de la manière suivante :

⁴²¹ Thomas M. Jorde & David J. Teece, *supra* note 402. « Dans les industries de haute technologie qui sont innovatrices, c'est la concurrence potentielle qui est souvent la plus menaçante mais également la plus importante en ce qui concerne les bienfaits économiques et sociaux. Elle est aussi celle qui prend le plus de temps à mesurer et la plus difficile à anticiper [...] la durée précise utilisable pour mesurer l'entrée sur le marché par des concurrents potentiels doit refléter les réalités technologiques. Ainsi, elle pourrait varier suivant le produit et la technologie en cause. ». A la p9.

⁴²² David J Teece & Mary Coleman, *supra* note 415. "Much of the data on which courts and antitrust regulators rely are necessarily backward-looking, meaning that firms at the end of an innovation-based period of dominance area actually more likely to be the subject of antitrust scrutiny than be in a position to exercise market power; The evidence presented earlier suggests that not all forms in existing product markets are well-positioned to compete in next-generation product markets. If a firm is unable to keep up with a shift in the technological basis of the market, whether because of path dependencies or problems in replicating technical success, market analysis should dramatically discount that firm's participation in the market in evaluating market power. Unfortunately, for the most part courts are content to use past success as a proxy for future viability. In many cases, doing so will overstate (understate the competitive forces at work in a market" A la p825.[Langue d'origine conservée] [Notes de bas de page omises]

« Un marché de l'innovation regroupe les activités de recherche et développement qui sont dirigées vers des produits et procédés nouveaux ou améliorés, ainsi que les autres substituts à ces activités. Les substituts peuvent être des activités de R&D, des technologies ainsi que des produits qui limitent significativement l'exercice d'un pouvoir de marché en ce qui concerne le domaine de la recherche et développement en cause. C'est le cas par exemple lorsque ces substituts limitent la capacité et la motivation qu'a un monopoleur hypothétique à retarder le rythme de la R&D. »⁴²⁴

En ce qui concerne la place de l'innovation en droit canadien, plusieurs sources soulignent son importance⁴²⁵. Dans les Lignes directrices canadiennes en matière de propriété intellectuelle, le Bureau de la concurrence a reconnu l'impact bénéfique de l'innovation et le rôle central des droits de propriété intellectuelle pour promouvoir l'innovation⁴²⁶. Les lignes directrices reconnaissent aussi la nécessité de préserver l'innovation contre toute tentative de monopole de la part d'une entreprise dominante⁴²⁷ : « Les agissements qui réduisent directement l'effort d'innovation des entreprises faisant l'objet d'un examen ou qui restreignent ou empêchent l'innovation de la part d'autres entreprises peuvent se révéler anticoncurrentiels »⁴²⁸. Toutefois, l'innovation n'est pas reconnue comme étant un marché pertinent à part entière et le Bureau regardera toujours les produits qui font l'objet des activités de R&D pour définir un marché pertinent⁴²⁹.

⁴²³ Pour une discussion complète des marchés de l'innovation, voir le rapport de la FTC à l'OCDE, *supra* note 5.

⁴²⁴ Lignes Directrices US en matière de propriété intellectuelle, *supra* note 358. Section 3.2.3. [Notre traduction].

⁴²⁵ Richard F.D Corley & Brian A. Facey. Comp. Rec. Spring/Summer 2000 – Richard F.D p5, aux pp15-17). Voir aussi George N. Addy, *supra* note 265. Section II. « Les droits de propriété intellectuelle (« DPI »), notamment les brevets, sont un facteur important pour ce qui est d'encourager l'innovation et la croissance dans l'économie d'aujourd'hui. Ces droits fournissent des stimulants essentiels pour la recherche et le développement menant à la mise au point de nouveaux produits et procédés de fabrication. En encourageant l'innovation, les « DPI » contribuent également au renforcement de la concurrence sur des marchés précis pour des biens et des services. À cet égard, la Loi mentionne expressément la nature et la portée des innovations sur un marché en tant qu'élément à prendre en considération pour évaluer l'incidence de fusionnements sur la concurrence. ». Voir aussi Addy, *Ibid.*, à la Section 4 sur la prise en compte de l'innovation pour réglementer l'usage des droits de PI dans les disposition de l'ALENA :

⁴²⁶ Lignes directrices, *supra* note 201. Section 1.

⁴²⁷ Sur la définition de puissance commerciale comme donnant la faculté d'orienter l'innovation à son avantage, voir les Lignes directrices, *supra* note 201. Section 2.1. Les lignes font aussi référence à l'innovation comme un élément de définition des marchés pertinents sans pour autant la retenir comme un marché pertinent à part entière. Section 5.1.

⁴²⁸ *Ibid.* Section 5.1. sur les marché pertinents

⁴²⁹ *Ibid.* « La ou les définitions appropriées du marché pertinent dépendront spécifiquement des connaissances ou du savoir-faire, des procédés ou des biens intermédiaires ou finaux vers lesquels l'effort d'innovation est dirigé ».

La jurisprudence européenne n'est pas très proluxe en matière d'innovation technologique. La notion de marché de l'innovation est absente des concepts couramment utilisés. La CJCE a eu l'occasion de préciser que la concurrence par les prix n'était pas l'unique référence⁴³⁰ et un auteur mentionne la concurrence « par le développement technique »⁴³¹. Mais aucune jurisprudence n'est à noter sur ce point et seule la notion de concurrence potentielle a été discutée jusqu'alors⁴³².

Intégrer les marchés de l'innovation comme un élément à part entière de l'analyse concurrentielle permet d'orienter la politique de concurrence vers la capacité des entreprises à innover⁴³³. Elle évite ainsi une augmentation des prix sur les marchés de produits qui résulteront des activités de R&D et une perte d'efficacité qui ne se traduit pas simplement par un surplus de transfert de ressources mais par une perte technologique sèche⁴³⁴. Le marché de l'innovation permet ainsi d'étudier les impacts de licence sur des brevets de base qui nécessitent des recherches supplémentaires pour leur application. Il permet également d'étudier l'impact des clauses de perfectionnement technologique sur des brevets existants. Principalement, l'effet d'une telle analyse est de sanctionner les clauses qui amoindrissent la volonté de commencer ou de continuer des recherches concurrentes⁴³⁵. A l'image des marchés traditionnels, le marché de l'innovation doit rester un marché atomistique mais un marché qui n'est pas aussi formaliste en raison du dynamisme technologique. Il s'agit de maintenir dans des secteurs de R&D proches ou

⁴³⁰ CJCE 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c/ Commission, Rec.1977,p.1875. « La concurrence par les prix pour importante qu'elle soit de sorte qu'elle ne peut jamais être éliminée -, ne constitue pas la seule forme efficace de concurrence ni celle à laquelle doit, en toutes circonstances, être accordée une priorité absolue. » *Considérant n°6*.

⁴³¹ Kovar, Jurisc. Brevets, *supra note 54*. Fasc. 4820, p9 §53.

⁴³² CJCE 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can Company c/ Commission, Rec.1973,p.215. « La détention d'une position dominante sur le marché des emballages métalliques légers destinés aux conserves de viande et de poisson ne saurait être décisive en tant qu'il n'a pas été démontré que les concurrents dans d'autres secteurs des emballages légers ne peuvent pas, par une simple adaptation, se présenter sur ce marché avec une force suffisante pour constituer un contrepoids sérieux. ». *Considérant n°15* et §33. Cette position est due à la détermination par la jurisprudence de micro-marchés : voir par exemple CJCE 21 février 1984, Hasselblad c/ Commission, Rec.1984, p.883.

⁴³³ Luke georgiou, J. Stanley Metcalfe, Micheal Gibbons, Tim ray, Janet Evans, *infra note 453*. A la p84.

⁴³⁴ Patrick Rey & Ralph A. Winter, « Exclusivity restrictions and intellectual property », p159, in Gallini & Trebilcock, *Infra note 506*. "Higher costs or inferior products as a result of suppressing competition in diffusion or innovation are not a transfer, but a loss of efficiency on every unit sold in a market. In industries where patent licensing is most important, the pace of innovation is a much important indicator of social welfare that prices are." A la p167. [Langue d'origine conservée] [notes de bas de page omises]

⁴³⁵ Voir W.K.Tom & Joshua Newberg, "from separate sphere to unified field", 66 Antitrust LJ 167 (1997). Aux pp226-227; Gallini & Trebilcock *Infra note 506*, p374. Voir également Suzanne Scotchmer. "R&D joint ventures and other cooperative agreements", in Jorde & Teece, *infra note 455*, p203. A la p213.

concurrents (si cela est démontrable) un nombre d'acteurs suffisant pour conserver les chances d'apparition d'un nombre suffisant de produits concurrents sur un marché futur⁴³⁶.

La théorie des marchés de l'innovation est critiquée. Certains auteurs considèrent, qu'en réalité, l'analyse porte plus sur des marchés de produits futurs que sur les activités de R&D pour lesquelles il n'est pas possible de définir un marché au sens classique du terme⁴³⁷. Toutefois, elle fournit un outil d'analyse utile dans le cas où les instruments traditionnels d'analyse ne sont pas efficaces⁴³⁸. Cela peut être le cas dans le domaine de la recherche génétique où des brevets ont plusieurs applications industrielles potentielles. Il n'est pas possible de se fonder sur la notion de marché de produits futurs.

La méthodologie employée est aussi utile si l'on considère que la concurrence vient du changement technologique⁴³⁹ et qu'une entreprise chercherait contractuellement à limiter les risques de supplantation de sa technologie⁴⁴⁰. La capacité d'innovation devient un élément de distinction entre les clauses de licence sanctionnables qui auraient pour objectif de maintenir une des parties, généralement le licencié, hors du marché, et les clauses tout à fait bénéfiques qui introduiraient une coopération technologique entre les parties. Il s'agit d'améliorer la technologie avec un double objectif : à la fois favoriser la diffusion de la technologie sur de nouveaux marchés et prolonger sa durée de vie sur le marché initial en la rendant plus performante.

⁴³⁶ Voir à ce titre le raisonnement porté dans l'affaire American Home Products Corp. (File No. 971-0009), Consent order accessible sur le site de la FTC : <http://www.ftc.gov/os/1997/02/amhosolv.htm> (dernier accès le 24/10/2003); ils 'agissait d'une fusion d'entreprises qui étaient simultanément engagées dans des activités de R&D pour un vaccin sur les rotavirus. Voir aussi ejan Maackay, *infra note 477*. A la p153.

⁴³⁷ Lawrence B. Landman, "Did Congress actually create innovation markets?", 13 Berkeley Tech. L.J. 721.(1998); Trebilcock "A framework for analysis of economic and legal issues ».in Gallini, *infra note 506*. A la p17. Alvin R. Chin, "The Misapplication of Innovation Market Analysis to Biotechnology Mergers, *supra note 410*; Gilbert & Sunshine, "Incorporating dynamic efficiency concerns in merger analysis : the use of innovation markets", 63 Antitrust LJ, 569 (1995) proposent de limiter le recours au marché de l'innovation uniquement aux cas où les sources de l'innovation sont prévisible (ou définissables).

⁴³⁸ Gilbert & Sunshine, *ibid*.

⁴³⁹ Voir le chapitre 3^{ème} et sa 1^{ère} section sur la concurrence technologique.

⁴⁴⁰ que celle-ci soit déjà présente et dominante sur un marché existant ou qu'elle ne soit encore qu'au stade du développement pour une commercialisation future.

2- Les nouvelles formes d'organisation – licences croisées et pools de brevets : l'objectif de la coopération.

Nous avons discuté auparavant de l'impact positif du processus d'innovation sur la croissance économique ainsi que de l'inadaptabilité de la théorie classique qui ne reflète pas de façon exacte cet impact. Le progrès technologique contribue tout autant au bien-être économique que la traque des inefficiences associées à la pratique de prix insensibles à la pression concurrentielle⁴⁴¹.

Le progrès technologique est marqué par des investissements particulièrement lourds et la seule solution qui se présente à des entreprises qui ne disposent pas d'une capacité financière suffisante est de coopérer pour mener à bien leurs activités de R&D. Cette coopération peut être financière mais elle est avant tout intellectuelle. Il s'agit de mettre en commun le résultat de recherches conduites séparément par le biais de licences croisées ou de pools de brevet. La plupart des standards technologiques sont ainsi le fruit de la mise en commun de brevets détenus par des entreprises souvent éparpillées géographiquement et peut-être technologiquement⁴⁴². Cette forme de coopération technique est appelée à être de plus en plus courante, par exemple dans le domaine de la connectique informatique ou encore dans la mise au point de médicaments et d'applications industrielles de la thérapie génique. Certains auteurs ont voulu analyser le bénéfice potentiel de certaines licences croisées car elles ont un caractère horizontal et sont ainsi potentiellement dangereuses⁴⁴³. En réalité, il faut regarder si les pools de brevets poursuivent strictement l'objectif de suppression du risque juridique qui permette une commercialisation plus rapide⁴⁴⁴ ou, alors, s'ils ont pour effet de mettre au point de nouvelles technologies et de contribuer à la création de standards en commun sans qu'il y ait pour autant disparition de concurrents. Dans de tels cas, tant les accords croisés que les pools de brevet devraient alors bénéficier d'une présomption de validité.

⁴⁴¹ Trebilcock, *supra note 437*. A la p18.

⁴⁴² C'est notamment le cas des normes en matière de technologie pour l'encryptage au format MP3, les formats DVD-ROM I et II, le standard de transmission de données par bus externe IEEE 1394.

⁴⁴³ Voir par exemple, Daniel A. Crane, "Exit payments in settlement of patent infringement lawsuits: antitrust rules and economic implications". 54 Fla. L. Rev. 747 (2002). A la p750.

⁴⁴⁴ La menace d'action en contrefaçon ou en contestation de la validité de brevets est de nature à retarder le développement des technologies concernées.

Conclusion partielle.

Les autorités de la concurrence canadienne et européenne se fondent sur des critères économiques qui mettent en avant le rôle du prix et des parts de marché dans l'examen des atteintes à la concurrence du fait de l'exploitation d'un brevet technologique .Cette analyse est inspirée de la théorie économique néo-classique qui présume l'existence d'un marché préétabli sur lequel s'échangent des biens produits par différents acteurs en concurrence sur les prix. La licence de brevet constitue un véhicule particulièrement propice aux restrictions de concurrence en limitant le nombre d'acteurs ou de produits. Cependant, les autorités ne prennent pas assez en compte l'importance de la contractualisation des droits de brevet. Celle-ci permet la diffusion technologique. Elle est le vecteur essentiel de la coopération des acteurs économiques et facilite le renouveau technologique .Nous plaidons ainsi à la fois en faveur d'une relativisation des critères économiques classiques, pour accepter plus facilement la domination technologique, et en faveur du recours à des formes organisationnelles alternatives.

Chapitre 3^{ème} :

Pour une refondation théorique du droit de la concurrence : la prise en compte des réalités de l'organisation industrielle moderne sur les marchés technologiques.

Introduction partielle.

Nous avons eu l'occasion d'exposer dans le chapitre précédent les mécanismes traditionnels qui président à l'examen des actes réalisés en vertu de l'exploitation de droits de brevet, notamment par le biais d'accords de licence. Nous avons pu constater les inadéquations des mécanismes du droit de la concurrence vis-à-vis des caractéristiques spécifiques des brevets technologiques tant dans l'union européenne qu'au Canada. Ceux-ci sont dominés par des technologies nouvelles qui n'ont pas forcément trouvé d'application industrielle concrète ou qui aboutissent à l'exercice d'une position de domination économique sur un marché nouvellement créé. En réalité, c'est la conception théorique même de la concurrence qui est à revoir. Le critère central du prix n'est ainsi pas totalement pertinent.

Le contexte économique des marchés technologiques devrait être pris en compte. Ceux-ci sont marqués par un fort dynamisme technologique qui donne une dimension toute particulière au droit des brevets, le brevet étant une des formes de protection juridique les plus convoitées par les entrepreneurs.

Il résulte des constatations précédentes que le droit de la concurrence intervient très souvent à mauvais escient et empêche une exploitation légitime des droits de brevet. Le droit de la concurrence est plutôt méfiant vis-à-vis des arrangements contractuels qui concernent l'exploitation du monopole juridique. Ce faisant, il soumet à l'incertitude juridique du bilan concurrentiel des actes qui contribuent à l'exercice plénier des droits de brevet.

En ce sens, nous proposons de refonder (au moins en partie et en ce qui concerne les brevets technologiques) la politique de concurrence en proposant deux approches théoriques distinctes de l'approche traditionnelle issue du courant néo-classique.

Dans un premier temps, nous nous départirons de l'équilibre sur le marché pour proposer une approche qui prend en compte l'impact technologique, ciment d'un marché de haute technologie. Celle-ci relègue le principe de l'équilibre sur les marchés pour retenir l'existence d'un déséquilibre structurel que les autorités nationales ne peuvent sanctionner systématiquement : c'est ce que nous appellerons la théorie de la croissance technologique (ou croissance par la technologie)(I). Cette théorie prend en compte en premier lieu l'impact technologique et rejoint les objectifs du droit des brevets : promouvoir le renouvellement technologique.

Dans un deuxième temps, tout en acceptant les objectifs propres au droit de la concurrence qui sont d'assurer une transaction efficiente sur le marché, nous proposons de nous écarter du marché et de l'efficience allocative (cette dernière consiste à transférer les ressources au meilleur prix). Il convient de prendre en compte tous les coûts qui président aux transactions entre les individus et qui sont étrangers à la théorie de l'efficience allocative. C'est le cas notamment de coûts concomitants aux échanges entre les agents économiques. Il s'agit alors de fonder la politique de concurrence sur la théorie des coûts de transaction. (II)

Dans les deux cas, la théorie économique remet en cause le principe sacro-saint de l'équilibre afin de remodeler l'intervention des autorités nationales. Celles-ci doivent accepter une approche plus flexible et circonstanciée des actes d'exploitation des droits de brevet. Elles doivent accepter que l'équilibre jusqu'alors recherché ne soit qu'un indicateur qui ne doit être absolument pas contraignant.

Section n°1 : de la concurrence par les prix à la concurrence technologique.

L'application des mécanismes traditionnels de concurrence est marquée par une appréciation stricte des rapports de force sur un marché envisagé de façon statique⁴⁴⁵. Nonobstant la référence au marché de l'innovation (qui n'est en réalité pas présente dans les législations européenne et canadienne), les autorités régulatrices nationales n'ont qu'une vision réduite des implications des actions de chaque agent économique. Elles discernent assez mal les conséquences réelles à plus long terme et sur une échelle macroéconomique d'une organisation contractuelle qui permette d'exploiter une technologie brevetée⁴⁴⁶.

En réalité, l'application stricte du droit de la concurrence, pour réglementer l'exploitation des brevets technologiques par le biais d'accords de licence, remet en cause la portée des bénéfices que le breveté peut espérer tirer de son invention. Les marchés de haute technologie sont caractérisés par un dynamisme technologique particulièrement soutenu. Si l'introduction d'une technologie nouvelle est récompensée par la protection juridique du brevet, le monopole qui en découle pour la durée du brevet est considérablement limité par la durée de vie de la technologie sur le marché. Celle-ci est menacée par l'introduction de nouvelles technologies potentielles qui viennent amenuiser la valeur commerciale de la technologie existante, voire supprimer la technologie du marché, en raison de la réorientation de la demande. Cette tendance est observable même si la technologie continue d'être protégée par un brevet.

Quel est dès lors l'intérêt d'une protection juridique ? Le marché aurait-il raison du brevet, qui deviendrait lui-même une technique juridique obsolète ? Les règles du brevet n'ont pas besoin d'être adaptées à ces changements technologiques. Au contraire, le brevet

⁴⁴⁵ Ejan Maackay, *infra* note 477. A la p149.

⁴⁴⁶ David J Teece & Mary Coleman, *supra* note 415. "Despite the confidence displayed by some agency lawyers and economists, we do not believe the antitrust agencies anywhere in the world are at present well equipped to deal with competition policy in high-technology industries. This is not because the agencies have failed to hire the requisite staff, but because the economic profession has for many years largely ignored the study of innovation. Belated attention to network effects and increasing returns, while admirable, is a slideshow. The very nature of competition, the definition of industries, the basis of competitive advantage, the effects of 'restrictive' practices and the nature of economic rents are all different in the context of innovation." A la p847. [Notes de bas de page omises] [Langue d'origine conservée].

remplit parfaitement sa fonction de récompense, ferment du mécanisme incitatif qui sous-tend l'investissement de recherche. Ce sont les mécanismes traditionnels du droit de la concurrence qui doivent être réadaptés pour prendre en compte le processus technologique. De plus, il doit être laissé au breveté la possibilité de tirer profit de son monopole personnel tant il est économiquement temporaire.

L'approche par l'équilibre sur le marché ne prend pas en compte des facteurs qu'elle considère comme exogènes, tel que l'impact technologique. Les agences nationales doivent se départir d'une analyse fortement axée sur le modèle néo-classique d'équilibre par les prix et concilier politique de concurrence et dynamisme technologique. Ainsi, la concurrence sur le marché ne devrait pas se concentrer sur les modalités d'échange des produits mais sur l'existence d'une alternative et le renouvellement de la structure du marché. Cette analyse dynamique donne une vision plus exacte de la concurrence entre les agents. Nous verrons qu'il est possible de modifier le postulat économique qui fonde l'examen de concurrence en prenant en compte l'impact de la technologie sur la croissance (A). Le dynamisme technologique provoque une mutation constante des structures du marché et la position dominante n'en est que temporaire (B). Les autorités nationales devraient alors en tirer des conclusions lorsqu'elles examinent les pratiques résultant de l'exploitation d'un brevet technologique. Elles devraient alors observer une certaine retenue face à l'exploitation d'un brevet dès lors que celle-ci contribue à la satisfaction des attentes légitimes du breveté et au développement technologique (C).

A- La théorie de la croissance par la technologie.

L'approche traditionnelle de la concurrence est fondée sur le postulat que le marché économique est le cadre d'un équilibre à la marge entre l'offre et la demande de produits ; équilibre qui se réalise par l'échange à un prix optimal⁴⁴⁷. Les agents économiques n'ont aucune prise sur les modalités d'échange, principalement en raison de l'émulation qui

⁴⁴⁷ Voir ci-dessous dans la seconde sous-partie pour une présentation explication très synthétique de la théorie marginaliste de Walras et du principe du tâtonnement, *La remise en cause du recours au marché comme lieu d'échange efficient..* Pour une critique de celle-ci dans le contexte technologique, voir Alain Raybaut & Franck Sosthé "Schumpeter on competition" in Richard Arena & Cécile Dangel-Hagnauer. "The contribution of Joseph Schumpeter to economics: Economic development and institutional change" London, Routledge, 2002. à la p188.

existe au sein de l'offre⁴⁴⁸. Les autorités de la concurrence sanctionnent la rupture de cet équilibre dès lors qu'un offrant manipule les prix à son avantage sans être soumis à la pression concurrentielle. Il altère ainsi la concurrence en fixant lui-même les conditions d'échange des biens. Cette faculté résulte généralement de la position dominante qui est soumise à un contrôle plus strict⁴⁴⁹.

Nous avons déjà vu que cette approche était contestable. Elle ne prend en compte que le prix, notamment parce que celui-ci était une variable inutilisable dans certains cas où la notion de marché n'était pas complètement définie⁴⁵⁰. Egaleme nt, elle reflète une analyse statique et réductrice de la concurrence qui n'est pas réaliste sur un marché où le renouvellement technologique vient remettre en cause la structure du marché.⁴⁵¹

L'économiste Joseph Aloïs Schumpeter a été le premier à se départir de l'analyse néo-classique et à redéfinir la notion de concurrence. Il a ainsi principalement introduit l'innovation technologique comme étant un élément révélateur de l'état réel de la concurrence :

«[...] La première chose à faire est de se débarrasser de la conception traditionnelle de la concurrence qui agit comme *modus operandi*. Dès que des considérations de qualité et les efforts commerciaux sont admis au sein du dispositif théorique, le critère du prix est déchu de sa position dominante. Toutefois, même dans ce cas, c'est toujours la concurrence à travers un cadre rigide de conditions statiques, [...] la forme de l'organisation industrielle notamment, qui monopolise l'attention. Pourtant dans la réalité du marché, contrairement à celle des ouvrages théoriques, ce n'est pas ce type de concurrence qui prévaut mais celle pour les nouveaux produits, la nouvelle technologie, la nouvelle source d'approvisionnement, le nouveau type d'organisation. Celle-ci commande le dernier coût ou l'avantage qualitatif ».⁴⁵²

⁴⁴⁸ Voir sur la notion de price-takers, *infra* la sous-section suivante : *A-La remise en cause du recours au marché comme lieu d'échange efficient*. et les notes qui l'accompagnent, *infra* notes 526 et suivantes.

⁴⁴⁹ L'explication des causes est toutefois à tempérer avec la position de certains économistes : les contributions d'Antoine Augustin Cournot, de Joseph Bertrand et de Francis Edgeworth ont abouti à la conclusion que, à l'instar d'un marché de monopole, le marché oligopolistique fixe des prix supérieurs à ceux qui prévalent en situation de concurrence parfaite.

⁴⁵⁰ Voir ci-dessus le 2ème Chapitre. A – *L'application du droit canadien aux accords de licence de brevets technologiques*. et *L'application du droit de l'union européenne aux licences de brevet technologique*.

⁴⁵¹ Ward Bowman Jr. "Patent and antitrust law: a legal and economic appraisal", Chicago: University of Chicago Press, [1973]. Cité par Thomas M. Jorde & David J. Teece, *infra* note 455. A la p7.

⁴⁵² Joseph-Aloïs Schumpeter, "capitalism, socialism and democracy", New York, Harper & Bros., 1975 (p84). [Notre Traduction] [Emphase rajoutée].

La proposition de Schumpeter souligne combien ce n'est pas la technologie existante mais toujours la recherche de technologies futures qui est le moteur de l'économie⁴⁵³. Dans une structure dynamique où l'innovation est centrale et des technologies nouvelles ou des produits plus performants sont introduits, l'image de la concurrence doit être adaptée⁴⁵⁴.

« L'image de la concurrence qui prévaut dans la pensée antitrust traditionnelle est celle du modèle de concurrence pure et parfaite. Dans une dimension néoclassique où règne la concurrence pure et parfaite, les entreprises se font concurrence sur les prix et emploient typiquement les mêmes technologies. [C'est un] modèle de concurrence dynamique et non statique que le droit de la concurrence devrait promouvoir afin de favoriser la croissance économique et l'intérêt social. [De plus], l'inclusion du modèle de concurrence pure et parfaite dans la politique de concurrence, modèle qui ne peut être applicable qu'à court terme, risque de mener à des erreurs manifestement contreproductives ». ⁴⁵⁵ [Notre traduction]

Selon Schumpeter et les théoriciens de l'innovation, la situation d'équilibre est absente du marché à un instant T ⁴⁵⁶ car celui-ci est continuellement en mouvement⁴⁵⁷. Cela

⁴⁵³ Cette position est aussi partagée par l'Ecole autrichienne dont son chef de file Friedrich von Hayek. Voir F. von Hayek "Individualism, and economic order", Chicago, Chicago University Press, 1948. mentionnée dans Luke Georgiou, J. Stanley Metcalfe, Michael Gibbons, Tim Ray & Janet Evans, "Post-innovation performance", London, Mc Millan, 1986, à la p40. « Le véritable problème n'est pas de savoir si des biens ou des services seront fournis à tel prix marginal mais plutôt de quelle façon les agents économiques seront satisfaits à moindre frais. La solution à ce problème économique est toujours un voyage exploratoire dans l'inconnu, une tentative de découvrir de nouveaux moyens de mieux faire les choses qu'elles n'ont été faites jusqu'alors ». [Notre traduction] Aux pp 100-101.

⁴⁵⁴ F-A von Hayek "The meaning of competition" in F.A von Hayek "Individualism and economic order", *supra* note 453. « La concurrence est par nature un processus dynamique dont les caractéristiques essentielles sont considérées comme absentes par les hypothèses qui sous-tendent l'analyse statique, [...] la différenciation et l'amélioration des biens [est exclue] par définition [...]. Spécialement remarquable à cet égard est l'exclusion explicite et complète de la théorie de la concurrence parfaite, de toutes les relations personnelles existantes entre les parties. » [Notre traduction]. à la p94

⁴⁵⁵ Thomas M. Jorde & David J. Teece "Antitrust innovation and competitiveness", Oxford, Oxford University Press, 1992. à la p7. Cité dans l'étude « L'application de la politique de concurrence aux marchés de haute technologie », *supra* note 5

⁴⁵⁶ L.H. Dupriez, « Philosophie des conjonctures économiques », Louvain, Nauwelaerts, 1959: « Les lois d'équilibre sont certes exposées sous les forme d'états limites de repos vers lesquels tendent les rapports destinés à nous faire comprendre les mouvements en cours et ne correspondant à aucune réalité actuelle. » cité par Alex Jacquemin "L'entreprise et son pouvoir de marché", Louvain, Librairie universitaire, 1967. A la p17.

⁴⁵⁷ Schumpeter, "Business cycles : a theoretical, historical, and statistical analysis of the capitalist process", New York, McGraw-Hill, 1st Ed., 1939. "The phenomenon becomes understandable only if we start with the neighborhood of equilibrium preceding prosperity and end up with the neighbourhood of equilibrium following revival" [Langue d'origine conservée] A la p 156. Voir aussi Michael H. Best "The new competitive advantage : the renewal of American Industry", Oxford, Oxford University Press, 2001. A la p6.

s'explique par l'introduction périodique de nouvelles technologies qui viennent remettre en cause la position des agents économiques. Reprenant la même démarche méthodologique que Walras, Schumpeter établit un lien constant entre les actions micro-économiques des agents et la structure macroéconomique du marché⁴⁵⁸. Selon lui, l'évolution de la structure du marché naît des actions individuelles des entrepreneurs. L'entrepreneur choisit d'investir dans la recherche technologique car il cherche à obtenir un avantage comparatif sur ses concurrents fondé sur les performances de la technologie⁴⁵⁹. L'avantage est d'autant plus grand que la technologie s'intègre dans ce qu'il appelle le processus de « destruction créatrice⁴⁶⁰ ».

En vertu du processus de destruction créatrice, l'introduction d'une nouvelle technologie a pour effet de rendre les technologies antérieures et les produits existant sur le marché techniquement désuets. La nouvelle technologie capte ainsi la demande des consommateurs⁴⁶¹ ou crée un nouveau type de demande⁴⁶². Elle force certains agents économiques déjà présents à sortir du marché. Aussi, la concurrence s'établit-elle uniquement par le biais de l'introduction de nouveaux produits et de nouvelles

⁴⁵⁸ Maria Brouwer, *infra* note 464. "Innovation disturbs the equilibrium of the circular flow, and their effects are felt on both on an industry and an aggregate level. Schumpeter's scheme traces their effects on all the relevant variables, since traditional (Walras-Marshallian) theory, though no inapt in principle, is incapable of explaining the effects generated by innovations. Schumpeter therefore put great effort on portraying the effects of innovation on the economy at large." [Langue d'origine conservée] A la p21. Voir aussi Richard M. Goodwin "Walras and Schumpeter : the vision reaffirmed" in Arnold Heertje & Mark Pelman "Evolving technology and market structure", University of Michigan Press, 1990. à la p39: "Schumpeter elaborated the fundamental notion of the profit motive as the driving force, [but did not do so in the spirit of Walras], that is, that it drove price toward cost but also that, to restore and maintain profit, the structure of production was repeatedly altered, thus engendering a kind of perpetual morphogenesis of the economy is not always in or near equilibrium, but rather is always in a more or less turbulent state of change – a change not merely of the variables of the system but also of the structure of the system itself." [Langue originale]

⁴⁵⁹ Arnold Heertje "Schumpeter and technical change" in Horst Hanusch "Evolutionary economics", Cambridge, Cambridge University Press, 1988. p71. "The main reason for entrepreneurs to innovate is their hunt for profits". (p87)

⁴⁶⁰ Schumpeter, *supra* note 452, à la p83.

⁴⁶¹ La technologie crée souvent de nouveaux besoins. Arnold Heertje, *supra* note 459. Voir à la p77.

⁴⁶² *Ibid.* A la p85 : « Le processus de destruction créatrice de Schumpeter est en tableau de fond derrière l'idée que les entrepreneurs opèrent dans un monde où les préférences des consommateurs et les possibilités techniques sont en partie inconnues, et où l'issue de nombres de leurs activités est incertaine. Elle est aussi derrière leur effort de rassembler des informations à propos des nouvelles méthodes de production et des nouveaux produits afin de découvrir des projets exploitables sur le marché et qui puissent maintenir en fonctionnement la machine capitaliste ». [Notes de bas de page omises] [Notre traduction] Voir aussi aussi Friedrich von Hayek, *supra* note 453. Aux pp77 à 91.

technologies⁴⁶³. L'introduction d'une nouvelle technologie aboutit à l'obtention d'une position dominante sur le marché. L'entrepreneur surclasse l'ensemble de ses concurrents en raison des performances remarquables de son produit⁴⁶⁴. Dans ce cas, la concurrence par les prix est inopérante car l'offre et la demande ne sont pas indépendantes l'une de l'autre. Au contraire, c'est l'offre qui guide la demande⁴⁶⁵.

La théorie néo-classique a toujours accepté la position dominante comme n'étant pas anticoncurrentielle dès lors qu'elle était obtenue par des procédés tout à fait légitimes. La différenciation du produit, sa qualité et surtout son prix, notamment en raison d'économies d'échelle, sont autant d'éléments qui permettent de surclasser les concurrents. La technologie est aussi un élément central, notamment lorsque le monopole est facilité par la détention d'un brevet. Toutefois, l'avantage économique du pouvoir de marché est vu comme accidentel. L'équilibre sur le marché est idéalement atteint en raison de la concurrence atomistique qui régule la fixation du prix au contact de la demande. D'ailleurs, la constatation d'une position dominante fait naître une certaine suspicion vis-à-vis de l'entreprise bénéficiaire et le droit de la concurrence lui applique implicitement des devoirs plus stricts. Les mêmes actes peuvent être acceptables pour une entreprise Lambda alors que le dominant se verra être sanctionné en tant qu'il porte atteinte à l'équilibre sur le marché. Alors que la concurrence n'est pas atomistique, les autorités nationales vont appliquer les mêmes principes de telle sorte que la distorsion soit limitée pour éventuellement permettre le rétablissement d'une concurrence atomistique.

Dans une analyse technologique de la croissance, l'obtention d'une position dominante n'est pas une anomalie sur le marché. Au contraire, elle est la juste conséquence

⁴⁶³ Jerry Ellig, "Dynamic competition and public policy : technology innovation and antitrust issues" Cambridge, Cambridge university Press, 2001. A la p7.

⁴⁶⁴ Maria Brower "Schumpeterian puzzles : technological competition and economic evolution", University of Michigan Press, 4^{ème} Ed., 1994. "A[n] innovator always enjoy a competitive advantage vis-à-vis competitors. The entrant's profitability will depend on both this competitive advantage and on the prevailing equilibrium he is bound to disturb." A la p73. [Langue originale]

⁴⁶⁵ Arnold Heertje, *supra note 459*, à la p74. Note explicative : Le point de départ est une position concurrentielle, puis il y a introduction d'une nouvelle technologie et émergence d'un monopole. On se retrouve donc, s'il y avait N firmes sur le marché, avec (N-1) firmes en concurrence et 1a firme en monopole. Or sur un marché concurrentiel, les entreprises ont toutes la même technologie, c'est-à-dire la même fonction de production. On peut alors considérer les (N-1) firmes comme une seule en ayant recours à l'artifice de l'agent représentatif. On a alors deux entreprises sur le marché et là la firme concurrentielle peut se faire éjecter, auquel cas il y aura un monopole, ou alors elle peut riposter. Il y aura donc oligopole, et dans ce cas ce n'est forcément une concurrence par les prix qui peut être jouée.

de l'implantation réussie de la technologie nouvelle et de son caractère bénéfique pour la société⁴⁶⁶. Celle-ci ayant attiré vers elle la demande, elle met en exergue a posteriori l'existence d'un besoin nouveau ou d'un besoin qui n'était pas entièrement satisfait par les produits jusqu'alors offerts. Egalement, elle est avantageuse pour l'entrepreneur qui peut retirer de son pouvoir économique des profits extra concurrentiels. Il n'aurait pas pu les obtenir si les conditions d'un marché parfaitement concurrentiel avaient subsisté puisque la concurrence pure et parfaite valorise les produits à un prix égal à leur coût marginal. Les deux conséquences, bien que l'une soit micro-économique et l'autre macroéconomique sont intimement liés.

« La perspective d'un profit extraconcurrentiel motive souvent un entrepreneur à introduire son produit sur le marché en premier. Si cela n'était pas pour ce surprofit potentiel, le produit pourrait ne jamais être offert. Si un choix devait être fait entre un produit fourni à un prix très élevé et aucun produit tout court, même un monopole améliorerait le bien-être économique et social ». ⁴⁶⁷ [Notre Traduction]

La structure de marché, plus communément appelée l'organisation industrielle, est en perpétuel mouvement⁴⁶⁸. La croissance économique n'est pas justifiée par l'obtention d'un équilibre sur le marché qui aboutit à un transfert efficient de richesses. Au contraire, c'est l'introduction des nouveaux produits et technologies, en un mot l'innovation sur les marchés, qui est l'élément central de la croissance⁴⁶⁹. A la différence de l'analyse néo-classique, l'analyse technologique voit l'innovation comme un facteur endogène au marché⁴⁷⁰. La détermination individuelle des entrepreneurs innovants constitue ainsi la

⁴⁶⁶ Stephen Littlechild, "Misleading Calculations of the Social Costs of Monopoly Power". [1991] *Economic Journal* 91, 348. Aux pp357-358 et à la p363.

⁴⁶⁷ Jerry Ellig & Daniel Lin "A Taxonomy of dynamic competition theories" à la p28 in Jerry Ellig "Dynamic competition and public policy : technology, innovation, and antitrust issues". Voir *supra note* 463. À la p16.

⁴⁶⁸ Wolfgang F. Stopler. "Aspects of Schumpeter's theory of evolution" in Helmut Frisch "Schumpeterian economics", New York, Praeger Pub. , 1982, p28. A la p33.

⁴⁶⁹ Luke Georgiou et autres "Post-innovation performance", *Supra note* 453, "Of all the differences between firms it is to their performance as innovating and adaptive institutions that we must look to comprehend the nature of competition as a spur to progress [...] Innovation is the chief mechanism by which a firm can distinguish itself from its rivals and gain a competitive edge based upon its product – and process-characteristics. It is a powerful weapon against established barriers to entry, and provides an avenue for firms to respond to actual and potential threats to their profit margins and market shares." A la p84. [Langue d'origine conservée]

⁴⁷⁰ Gilbert Abraham-Frois, « Dynamique économique », Paris, Dalloz, 7^{ème} Ed., 1991, p 531.

base du développement économique⁴⁷¹ et l'introduction d'une nouvelle technologie donne naissance à une nouvelle fonction de production⁴⁷². Ce n'est plus la concurrence sur le marché qui est au centre de l'analyse mais la concurrence pour le marché. L'innovation est l'élément directeur de cette nouvelle forme de concurrence. Romer souligne :

« La croissance est menée par le changement technologique qui résulte des décisions volontaires d'investir faites par des agents rationnels et maximisateurs. La caractéristique essentielle de la technologie en tant qu'intrant est qu'elle n'est ni un bien conventionnel ni un bien public ; elle est un bien non compétitif et partiellement exclusif. En raison de l'absence de convexité introduite par ce bien non compétitif, la concurrence par les prix ne peut être applicable. Au lieu de cela d'ailleurs, l'équilibre résulte de la concurrence monopolistique.»⁴⁷³

B- La contestabilité technologique du marché : le monopole temporaire.

Lorsqu'elle a été élaborée, la théorie de Schumpeter avait pour objectif de lier le processus d'innovation aux fluctuations macroéconomiques. Reprenant le modèle de Kondratieff⁴⁷⁴ qui fait suivre une phase d'expansion par une phase de récession, Schumpeter établit une lecture en deux phases de l'innovation. L'introduction de l'innovation est liée avec une phase d'expansion économique, la technologie nouvelle couvrant de nouveaux besoins ou répondant mieux aux besoins déjà existants. Cette phase de renouveau technologique donne à l'entrepreneur une puissance technologique sur le marché qui lui confère une position dominante du fait de l'absence de substitut. Ensuite, la technologie fait l'objet d'imitations et favorise la diffusion technologique par l'arrivée de nouveaux concurrents (au sens néo-classique du terme) sur le marché. Cette phase d'imitation⁴⁷⁵ est assimilée à la phase descendante du cycle économique. Le cycle reprend alors lorsqu'un entrepreneur cherche à obtenir une position plus avantageuse que ses concurrents sur le marché et y introduit une nouvelle technologie.

⁴⁷¹ Arnold Heertje, *supra* note 459. à la p76.

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ Paul Romer, "Endogenous technological change", The Journal of Political Economy, Vol. 98, No. 5, p71. (1990). À la p71. [Notre traduction]

⁴⁷⁴ Voir pour une explication synthétique du modèle de Kondratieff, Emmanuel Combe, Précis d'économie, Paris, Presses universitaires de France (PUF), 6^{ème} Ed. , 2000. aux pp249-263.

⁴⁷⁵ Donald Armstrong "Competition versus monopoly", Vancouver, Fraser Institute, 1982. "A key element needed to achieve a better theory of economic development is the innovative-imitative process. Unless it is explicitly taken into account, the resulting competitive concept is simply misleading." À la p48.

Cette vision cyclique du marché a été reprise et approfondie par de nombreux économistes sur des postulats différents⁴⁷⁶. En effet, l'interprétation cyclique de la durée de vie d'une technologie nouvelle est conservée. Seule la remise en cause de la technologie par le biais du processus d'imitation n'est pas reprise puisque le droit des brevets sanctionne juridiquement de telles pratiques.

L'introduction d'une nouvelle technologie donne ainsi à l'entrepreneur une position dominante sur le marché puisqu'il surclasse techniquement ses concurrents et les pousse à la sortie⁴⁷⁷. Ce phénomène résulte du processus de destruction créatrice qui est à la base de la croissance économique. Son occurrence sur le marché est non seulement parfaitement normale mais elle est aussi nécessaire car elle constitue la raison d'être de l'innovation technologique.⁴⁷⁸ Toutefois, cet effet de remplacement n'aboutit pas à la domination structurelle d'une entreprise sur les autres en raison de son avance technologique. Au contraire, la croissance technologique repose sur un processus endogène de renouvellement inhérent au marché. Il s'opère ainsi sur le marché un mécanisme de mutation permanente des structures de production⁴⁷⁹ qui affecte systématiquement la position des agents économiques. L'introduction latente de nouveaux agents sur le marché menace continuellement de surclassement technologique l'entreprise en position dominante.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ Plusieurs courants de pensée se sont penchés sur l'impact de la technologie sur la concurrence. S'il y a le courant initié par Schumpeter qui appuie une vision de la concurrence par les nouveaux produits et nouvelles technologies, on retrouve aussi les courants suivants. L'approche évolutionniste : il s'agit de réformer le système de concurrence de telle sorte qu'il procure des incitations suffisantes pour récompenser l'innovation au lieu de pénaliser systématiquement les structures de marché apparemment anticoncurrentielles. L'Ecole autrichienne (Hayek y est inclus) : le processus central est la découverte de nouvelles de ressources et leur mise en application sur un marché inconstant en raison de la rationalité limitée des agents ; l'obtention d'un pouvoir de marché est un moyen de récompenser l'agent. L'Ecole path-dependent : c'est la combinaison de ressources qui donne à l'agent un nouveau pouvoir sur le marché ; celui-ci doit être vu comme un succès mérité, généralement la petite entreprise obtient un place économique de choix. L'approche fondée sur les ressources à disposition ("Ressource-based" approach) : c'est la capacité de l'entreprise à assembler des combinaisons de ressource pour en faire de intrants valables sur le marché qui est l'élément central de la concurrence. Voir pour cette brève présentation, Jerry Ellig, "Dynamic competition and public policy : technology, innovation, and antitrust issues", *supra note 463*. A la p7.

⁴⁷⁷ Ejan Maackay, "analyse économique du droit, Volume I, Montréal, Edition Thémis, 1999. A la p151.

⁴⁷⁸ Alain Raybaut & Franck Sosthé "Schumpeter on competition", *supra note 447*, à la p193.

⁴⁷⁹ Gilbert Abraham-Frois "Dynamique économique", *supra note 470*. A la p485.

⁴⁸⁰ Dominique Guellec "Economie de l'innovation". Paris, Ed. La Découverte, Collection Repères, 1999. A la p46.

La dynamique technologique met en exergue la contestabilité des marchés en raison de l'entrée future d'une technologie novatrice qui va remettre en cause l'ordre économique établi par la technologie précédente⁴⁸¹. La théorie de la contestabilité des marchés a en réalité été établie pour souligner que les entreprises présentes sur un marché s'autodisciplinent dans leur activité économique. C'est le cas même lorsque celles-ci se trouvent en position dominante. Cette constatation découle de la pression exercée par les agents économiques qui se situent hors du marché. Ces agents seraient prêts à rentrer sur celui-ci si l'entreprise dominante tentait de sous-tirer des consommateurs des avantages qu'elle n'obtiendrait pas en situation de concurrence. Même si une seule entreprise opérait sur le marché, sa position pourrait tout à fait lui être contestée par le biais d'actions purement concurrentielles.⁴⁸²

Cependant, une telle analyse se fonde sur l'absence de barrière à l'entrée et sur la présence de coûts d'entrée non réappropriables⁴⁸³ particulièrement bas⁴⁸⁴. Toutefois, l'analyse technologique ne retient pas un mouvement d'entrée et de sortie volontaire des agents économiques dont l'ampleur serait rythmée par la rapidité de réaction de l'entreprise dominante. Elle cherche à refonder l'offre, et, par-là même, également la structure du marché, et non à profiter d'une anomalie de concurrence provisoire. Du point de vue de la théorie des marchés contestables, c'est une vision statique qui prévaut dans l'analyse du marché. L'absence de barrières à l'entrée est tout simplement un vœu pieux dans le cadre des marchés de haute technologie. Par conséquent l'entrée sur le marché est

⁴⁸¹ Les cycles de l'innovation permettent de par la fragilité des entreprises sur le marché d'éviter des phases de domination persistante. Voir sur ce point, Ordover & Willig "Antitrust for high-technology industries: assessing research joint ventures and mergers", 28 J. Law & Econ. 311, aux pp 311-312 (1985). Voir aussi Andrew C. Hruska : "A broad market Approach to antitrust product market definition in innovative industries" – 102 Yale L.J. 305 (1992). « les industries de haute technologie se font concurrence et survivent en fonction de leur potentiel à innover. L'innovation crée de nouveaux produits qui, par définition, peuvent réorienter les objectifs et les intérêts d'une industrie et altérer les termes mêmes de la concurrence. » A la p308. [Notre traduction] [Notes de bas de page omises].

⁴⁸² Elizabeth E. Bailey, "Contestability and the design of regulatory and antitrust policy", 71 Am. Econ. Rev. 178, (1981). "In the case of contestable markets, potential entry or competition for the market disciplines behaviour almost as effectively as would actual competition within the market. Thus, even if operated by a single firm, a market that can be readily contested performs in a competitive fashion". A la p178.

⁴⁸³ En anglais, les "sunk costs".

⁴⁸⁴ Elizabeth E. Bailey & William J. Baumol. "Deregulation and the theory of contestable markets". 1 Yale J.On.Reg. 111 (1984). "The contestable market assumption is that there are no significant [...] barriers to entry [and] because there are no barriers to entry, the market, even in the absence of actual competition, is threatened (i.e. contested) by a prospective new entrant. Hence, the market is expected to behave in a perfectly competitive way". A la p113. [Notes de bas de pages omises] [Langue d'origine conservée].

véritablement menée par la volonté de remettre en cause l'ordre économique établi car la rentabilité ne peut être accessible qu'à cette condition⁴⁸⁵. En réalité, la perspective d'obtenir une position dominante et l'objectif de supplanter la technologie existante sont les éléments déclencheurs de l'innovation⁴⁸⁶. Ils représentent ainsi la seule raison pour l'entrepreneur de vouloir faire concurrence à la technologie en place.

Schumpeter a une opinion favorable du monopole car il permettrait, selon lui, de canaliser l'innovation⁴⁸⁷. Un monopoleur est en mesure de dégager des ressources financières plus importantes du fait des profits extraconcurrentiels qu'il retire de sa position. Il peut ainsi les mettre en œuvre dans le processus d'innovation.

Cependant, il semble que le monopoleur ne soit pas l'agent qui ait le plus grand intérêt à entretenir le processus d'innovation⁴⁸⁸. Même Schumpeter souligne que la concurrence passe par l'introduction de nouvelles technologies par des agents qui cherchent à déstabiliser le dominant. C'est ce que l'économiste Kenneth Arrow a appelé l'effet de remplacement⁴⁸⁹. Le monopoleur n'a pas la motivation ou l'intérêt économique pour entretenir le cycle de l'innovation car il diluerait sa rente de monopole dans des inventions qui limiteraient ses ventes actuelles. Le calcul ne serait ainsi pas efficient pour lui. Ce sont

⁴⁸⁵ Cristiano Antonelli, "The economics of innovation, new technologies and structural change", Studies in global competition series, London, Routledge, 2003. "Contingent technological change can be considered a major factor in raising absolute cost barriers to entry. Contingent innovators can retain their market power in the long term if they behave strategically and fix limit prices. [...] contingent technological change in the global economy may be the source of long-lasting competitive advantages based upon absolute costs. Only the introduction of rival innovations can contrast them. Competition can take place only by means of the direct rivalry in the types and kinds of technological changes being introduced." A la p82. [Notes de bas de pages omises] [Langue d'origine conservée]

⁴⁸⁶ Ejan Maackay, *supra note 477*, à la p151.

⁴⁸⁷ Jerry Ellig & Daniel Lin "A Taxonomy of dynamic competition theories", *supra note 463*. A la p19.

⁴⁸⁸ Voir Contra. George Symeonidis, "Innovation, firm size and market structure: Schumpeterian hypotheses and some theme". Etudes économiques de l'OCDE, n°27 (1996), p35. Voir notamment aux pp37 et 41. Accessible à l'adresse internet suivante : <http://www.oecd.org/dataoecd/4/53/2496562.pdf> (dernier accès le 21/09/2003). Voir aussi le résumé du texte par l'auteur lui-même. "Positive linkages between concentration/size and innovative activity can occur when certain conditions are met, including high sunk costs per individual project, economies of scale and scope in the production of innovations, financial constraints, and difficulties in appropriating innovation rents." [langue d'origine conservée] Accessible à l'adresse internet suivante (dernier accès le 21/09/2003) : <http://privatewww.essex.ac.uk/~symeonid/abstracts.htm>

⁴⁸⁹ Kenneth J. Arrow, "Economic Welfare and the Allocation of Resources for Innovation", in "The Rate and Direction of Inventive Activity", Ed. Nelson. Princeton, Princeton University Press. (1962). Cité par Dominique Guellec "Economie de l'innovation", *supra note 480*. Cité par Roger J. Van den Bergh "European Competition Law and economics", *infra note 563*. A la p37.

ainsi principalement des agents économiques hors du marché qui entretiennent le processus d'innovation⁴⁹⁰. Dominique Guellec résume bien ce point :

« Le monopoleur, s'il innove, ne gagne rien 'en plus' de ce qu'il a déjà (il reste monopoleur tout simplement), alors que l'entrant passe d'un bénéfice nul, s'il n'innove pas, (puisque'il n'est pas présent sur le marché), à un bénéfice positif s'il innove. »⁴⁹¹

Il en résulte que la position dominante qui est la juste conséquence de l'introduction réussie d'une nouvelle technologie ne doit pas être sanctionnée par le droit de la concurrence. Tout autant doivent être acceptées les actions de l'entrepreneur innovant qui, à la lumière des mécanismes classiques de concurrence, causeraient la rupture de l'équilibre sur le marché. L'acquisition d'une position dominante est l'objectif qui agit comme stimulateur dans la décision d'investir une quantité substantielle de ressources dans le processus d'innovation⁴⁹². L'obtention de cette position dominante est temporaire. Le déséquilibre qu'elle cause sur le marché, en raison de la perte économique que subissent les concurrents, engendre une réaction concurrentielle qui vise à faire supplanter le dominant⁴⁹³. Dans la plupart des cas, il a été démontré la chose suivante : Si le dominant pouvait réagir à une menace technologique en investissant dans une politique agressive pour améliorer la technologie dont il dispose, cette réaction n'en serait pas moins que très

⁴⁹⁰ Jonathan M. Jacobson, "Do We Need a "New Economy" Exception for Antitrust?". *Antitrust* (Fall 2001), p89. A la p93. Accessible à l'adresse internet suivante : www.akingump.com/docs/publication/6.pdf (dernier accès le 21/09/2003) ; voir aussi Cristiano Antonelli, *supra note 485*. "The economics of innovation, new technologies and structural change", "Firms cannot elaborate rational expectations about the introduction of innovations by their competitors, as such all innovations affect the plans of existing firms and push them in out of equilibrium conditions. Technological change in turn becomes a viable solution to restore the profitability affected by the introduction of somebody else's innovation". [Langue d'origine conservée] A la p82.

⁴⁹¹ Dominique Guellec, *supra note 480*.

⁴⁹² L'obtention de profits supérieurs à la concurrence est acceptable car elle permet une indemnisation du risque encouru et des investissements réalisés. Voir Jerry Ellig & Daniel Lin "A Taxonomy of dynamic competition theories", *supra note 463*. Aux pp20-21.

⁴⁹³ Christopher Pleatsikas & David Teece, "New indicia for antitrust analysis in markets experiencing rapid innovation", in Jerry Ellig, "Dynamic competition and public policy : technology, innovation, and antitrust issues", *supra note 463*. A la p95. "Companies in high-technology industries experience fierce competition. There are periodic, unpredictable, and discontinuous paradigm shifts that can completely undermine incumbents using existing dominant technologies. Such shifts can and do often result in a total change in the competitive positions in the industry. Incumbents may find themselves left behind by these shifts, as those who develop and successfully commercialize the new technologies often completely overturn the market positions that previously existed. As a result, market shares can shift qui rapidly, and new leaders often emerge." [Langue d'origine conservée] A la p96. Voir aussi David Audretsch. "Innovation and Industry Evolution", Cambridge Mass., MIT Press, 1995.

rare⁴⁹⁴. La passivité du dominant résume bien la révolution complète du cycle technologique. Elle débouche sur l'entrée de nouveaux concurrents techniquement plus avancés qui évinceront le dominant⁴⁹⁵.

Plusieurs économistes en sont venus à modéliser l'organisation industrielle d'un marché technologique⁴⁹⁶. Leurs conclusions plaident en faveur d'une révision de la politique de concurrence. Les mécanismes traditionnels ne prennent pas en compte le déséquilibre structurel introduit par le processus de destruction créatrice qui caractérise l'innovation technologique⁴⁹⁷. De plus, une pérennisation de l'approche néo-classique du marché aurait un effet délétère sur l'investissement et la croissance technologique. En réalité une certaine bienveillance est requise à l'égard des pratiques monopolistiques⁴⁹⁸.

Le marché de haute technologie est ainsi caractérisé par des turbulences structurelles dues à l'entrée et la sortie continues des acteurs du marché, une croissance de l'entreprise qui tombe avec l'âge et la taille de l'entreprise, et enfin la persistance de performances asymétriques des technologies.⁴⁹⁹ Nous verrons que le droit de la

⁴⁹⁴ John Howells, "the response of old technology incumbent to technological competition: does the sailing effect exist?" *Journal of Management Studies*, Vol. 39, 7, p887, 2002. Cet article examine si les entrepreneurs réagissent à une menace de substitution technologique radicale en accélérant délibérément le processus d'innovation sur leur technologie existante. C'est ce qui s'appelle le "sailing ship effect". L'article conclut que si le phénomène peut se produire, il est plutôt rare.

⁴⁹⁵ Maria Brouwer "Schumpeterian puzzles: technological competition and economic evolution", *supra note 464*. A la p66. Voir aussi John Howells, "Technological competition, creative destruction and the competitive process", 2000. Non publié mais accessible à l'adresse internet suivante (dernier accès le 23/09/2003) : http://ideas.repec.org/p/hhb/aardom/2000_004.html . "The competitive threat to innovators derives from firms able to make similar technology-market matches; these firms are not necessarily the firms already in the target market for innovation. Only if these established firms had some ability to 'switch' to the new technology would they have the potential to become effective competitors to the innovators." [Langue originale] Aux pp16-17.

⁴⁹⁶ Voir *infra note 499*.

⁴⁹⁷ Economic Council of Canada, "Interim Report on Competition Policy", Ottawa:, Queen's Printer, 1969; "In using economic analysis for purposes of competition policy, it is important to view competition and efficiency in dynamic rather than purely static terms. That is, they must be seen in a context of economic change over time, with new products, industries and methods of distribution constantly coming forward and old ones dying off". [Langue d'origine conservée] A la p12. Cité in Donald Armstrong "Competition versus monopoly", *supra note 475*. A la p48.

Voir aussi Lawrence A. Sheock, "competition is a many faceted concept" 1972; cité par Armstrong, *supra note 475*. A la p49 .

⁴⁹⁸ Jord and Teece, "Rule of reason analysis of horizontal agreements [...]", *supra note 403*. A la p611.

⁴⁹⁹ Machiel van Dijk and Önder Nomaler , "Technological diffusion patterns and their effects on industrial dynamics", DRUID Working Paper n°00-6, Danish Research Unit for industrial dynamics, Maastricht Economic Research Institute on Innovation and Technology. Accessible à l'adresse suivante (dernier accès le

concurrence doit adopter une politique de laisser-faire dans l'exploitation des technologies et notamment dans l'exploitation des droits de brevet, communément obtenus à l'issue de l'introduction d'une technologie nouvelle. Il est nécessaire de préserver les motivations des entrepreneurs en leur permettant de tirer profit du succès de leurs investissements dans le progrès technologique pendant la période limitée de domination dont il bénéficie⁵⁰⁰.

C- La libre exploitation du brevet technologique : reconnaître la profitabilité temporaire et favoriser la diffusion technologique.

Nous avons plusieurs fois mentionné que le droit de la concurrence, tel qu'il est appliqué à l'heure actuelle sanctionne les pratiques qui ne contribuent pas à une situation d'équilibre sur le marché⁵⁰¹. C'est le cas notamment lorsque les actions révèlent que le titulaire du brevet tire avantage du monopole juridique et du monopole économique corrélatif en raison de la supériorité technique de la technologie brevetée.

Cependant un examen particulièrement exigeant des pratiques contractuelles élaborées par le breveté et ses licenciés représentent un obstacle à la rentabilisation de la technologie brevetée. Or, il est indéniable que le monopole juridique procure une certaine protection contre les imitateurs et les concurrents opportunistes afin d'inciter les entrepreneurs à investir dans des activités de recherche et développement. Toutefois, il coïncide de moins en moins dans un marché technologiquement dynamique avec le monopole économique qui suit l'introduction d'une technologie nouvelle. L'avantage technique est temporaire et

24/10/03) : <http://gunther.smeal.psu.edu/8223.html> . "Three rather different replacement patterns of technologies emerge. In the quality regime, technologies are continuously and rather quickly replaced by superior technologies as soon as they become available. In the intermediate regime, newer technologies still always replace older ones, but the duration of a technology is higher than under the quality regime. Finally, in the network regime eventually one technology always dominates the market until it becomes obsolete (despite the presence of superior technologies), after which it is quickly replaced by a new technology that again dominates until its obsolescence." [Langue d'origine conservée] A la p29. Leur modèle s'inspire du modèle Nelson-Winter. Voir Richard R. Nelson & Sidney Winter "An evolutionary theory of economic change", Cambridge (Mass), Belknap Press of Harvard University Press, 1982; Sidney Winter, "Schumpeterian Competition in Alternative Technological Regimes", Journal of Economic Behavior and Organization, 5, p. 287, 1984. Voir encore Katsuhito Iwai, "Schumpeterian dynamics: Technological progress, firm growth and economic selection", Journal of Economic Behavior and Organization, 4, p159 (1^{ère} partie)/ 5, p321 (2^{ème} partie) (1984).

⁵⁰⁰ Ejan Maackay, *supra* note 477.

⁵⁰¹ Par exemple, une licence qui fixe, directement ou indirectement, le prix de vente des produits fabriqués et entrave ainsi la concurrence entre les différents revendeurs ou la baisse du prix du produits face à des produits concurrents.

la précarité de la position dominante de l'entrepreneur techniquement avancé rend la rentabilisation encore plus impérative. Elle doit être de plus en plus souvent poursuivie sur une période beaucoup plus réduite que la durée légale de protection offerte par le droit des brevets. Certaines technologies ont ainsi une durée de vie qui ne dépasse pas cinq ou dix années. La durée arbitraire de vingt ans est économiquement insignifiante.

Des économistes et des juristes se sont ainsi clairement exprimés en faveur d'une plus grande libéralisation du droit de la concurrence⁵⁰². Celui-ci devrait en effet éviter de s'appliquer trop souvent dans le contrôle des activités contractuelles qui résultent de l'exploitation d'un brevet technologique⁵⁰³. Cette prudence est importante lorsque le breveté poursuit l'objectif de récupérer les sommes qu'il a investies pour mettre au point et commercialiser sa technologie ainsi que pour obtenir un profit en sus. Ce dernier point est d'ailleurs d'importance afin de motiver la recherche technologique et récompenser l'entrepreneur chanceux pour les risques qu'il a pris. C'est alors le fruit légitime d'un succès bien mérité. Comme le souligne certains auteurs,

« Les entreprises devraient jouir d'une grande latitude dans la mise en œuvre de la politique de licence de leurs droits de propriété industrielle ; cela afin de maximiser les bénéfices tirés de leur activité inventive et de faciliter la diffusion de leur technologie. En cela, les mécanismes de licence employés par les détenteurs de brevets technologiques ne doivent pas être soumis par le droit de la concurrence à plus de contraintes que les droits de propriété ordinaires. »⁵⁰⁴ [Notre traduction] [Notes de bas de page omises]

La diffusion technologique devient alors l'objet central de l'analyse dans la politique de concurrence. Cette analyse est plutôt prospective car elle ne prend plus comme référent la théorie des prix⁵⁰⁵. Elle se concentre plutôt sur le développement de nouveaux marchés

⁵⁰² Voir *infra* notes 503-508.

⁵⁰³ Michelle M. Burtis & Bruce H. Kobayashi, *infra* note 516. "The failure to recognize the compatible goals of contracts, intellectual property law, and antitrust law has resulted in an ex post economic and legal antitrust analysis that treats the licensing and sale of intellectual property as a static monopoly pricing problem." [Langue d'origine conservée] A la p231.

⁵⁰⁴ William J. Baumol & Janusz A. Ordover, "Antitrust : source of dynamic and static inefficiencies?", in Thomas Jorde and Daniel Teece "Antitrust, innovation and competitiveness", *supra* note 455. Aux pp82-97. A la p83. Réimpression dans "The Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics," vol. 26, no. 1 (1996).

⁵⁰⁵ Dans une analyse de marché, nous comprenons que celle-ci ne peut être totalement occultée car au final c'est la substituabilité des technologies et des produits entre eux qui est en cause et donc la possibilité pour le monopoleur de fixer les prix en l'absence de concurrence. Toutefois, elle n'est plus l'élément central du bilan concurrentiel.

marqués par une augmentation des entrants et une diffusion technologique accrue. Cela a pour objectif de profiter aux consommateurs. Ces derniers voient l'arrivée de nouveaux produits ou l'offre de produits existants mais techniquement améliorés. Cette diffusion s'opère dans des domaines de plus en plus variés et elle est initiée par un nombre accru d'entrepreneurs.⁵⁰⁶

En réalité, la notion d'innovation n'est pas simplement limitée à la mise au point de nouvelles technologies et à leur introduction sur un marché commercialement exploitable⁵⁰⁷. La théorie de Schumpeter offre une vision de l'innovation plus large qu'ont pu le laisser entendre certaines critiques. En effet, l'innovation comprend tout d'abord la mise au point de nouvelles technologies. Mais elle permet également leur adaptation et leur diffusion sur des marchés annexes ou de nouveaux marchés, pour lesquels il n'était pas connu d'application industrielle au moment de la première commercialisation⁵⁰⁸. Le succès technologique est une chose mais le succès économique de l'entrepreneur ne doit pas entièrement reposer sur l'avantage technique que procure la nouvelle technologie vis-à-vis des technologies déjà existantes. La gestion commerciale de la technologie et la prise en compte des préférences des consommateurs⁵⁰⁹ sont tout aussi déterminantes pour mesurer la substantialité du retour sur investissement de l'entrepreneur et prédire une rentabilité accrue.

⁵⁰⁶ Michael J. Trebilcock, "A framework for analysis of economic and legal issues" pp17. A la p24. in Robert D. Anderson & Nancy T. Gallini, "Competition policy and intellectual property rights in the knowledge-based economy", Calgary, Calgary University Press, 1998.

⁵⁰⁷ Luke Georgiou et autres, "Post-innovation performance", *supra note 453*, aux pp53-54.

⁵⁰⁸ Cette même position est prise par la théorie des coûts de transaction qui prône une spécialisation des technologies et une libéralisation de leur exploitation en tant qu'elle bénéficie à l'ensemble des agents économiques qui ne développent pas de technologies similaires nécessaires pour l'exploitation de leur propre activité économique; voir Williamson, "Economic organization", *infra note 534*. A la p207.

⁵⁰⁹ Giovanni Dosi "Economic change and its interpretation, or, is there a Schumpeterian approach?" in Arnold Heertje & Mark Pelman, *supra note 458*. A la p335. "A Schumpeterian approach claims the theoretical need to account from the start for the *coupled dynamics* between technologies, "preferences" and behaviors." A la p338. Voir aussi Cristiano Antonelli, *supra note 485*. "the potential market for a new product depends on the actual scope for substitution with respect to other existing products. In turn the scope for substitution depends not only on the differences among products in terms of monetary price, but also (and mainly) on the distribution of preferences of consumers across the now wider range of products, and, most importantly, upon the density of the groups of similar consumers." [Langue d'origine conservée] A la p108.

Le droit de la concurrence doit adopter une vision dynamique qui consiste à se concentrer sur la diffusion de l'innovation ex post sur les marchés aval⁵¹⁰. Il devrait ainsi appuyer la constitution d'arrangements institutionnels qui favorisent la diffusion technologique.

La diffusion technologique apparaît comme une composante importante du cycle vertueux de l'innovation dans la mesure où elle contribue à la découverte de nouvelles fonctions de production⁵¹¹. Des sanctions ne sont ainsi pas automatiquement encourues s'il est observé une diminution de la concurrence à court terme⁵¹². Le même raisonnement s'applique si l'accord présente des caractéristiques qui l'exposeraient a priori à des sanctions⁵¹³. Dans le cas contraire, l'alternative qui s'offre au breveté réside dans la possibilité qu'il a de réorganiser son activité économique afin d'exploiter lui-même la technologie. Une telle décision se fait au détriment d'une plus grande diffusion de la technologie. Or, le droit de la concurrence ne s'attarde pas sur l'internalisation de l'exploitation alors qu'il est susceptible de sanctionner celle impliquant un accord de licence et un partage de la technologie. Une telle approche discriminatoire et exigeante est de nature à freiner l'innovation⁵¹⁴. En effet, le breveté n'a pas forcément les ressources nécessaires pour innover dans tous les domaines où il est susceptible de pouvoir

⁵¹⁰ Nancy T. Gallini, Commentaires, *supra note 506*. A la p451 ; voir aussi Nathan Rosenberg "Schumpeter and the endogeneity of technology: some American perspectives", London, Routledge, 2000. A la p63. Voir encore Luke Georgioui, *supra note 507*. Egalement, Christopher Freeman "Schumpeter's business cycles revisited", in Arnold Heertje & Mark Pelman *supra note 458*. A la p24.

⁵¹¹ Arnold Heertje, "Schumpeter and technical change", *supra note 459*. A la p86. Voir aussi le même propos relevé par Kurt W. Rothschild dans les Commentaires. *Ibid.* à la p92. Voir encore Cristiano Antonelli, Pascal Petit, Gabriel Tahar, "Technological diffusion and investment behavior: the case of the textile industry" in Arnold Heertje & Mark Pelman, *supra note 458*. A la p307 : la décision d'investir dans la diffusion technologique résulte d'un calcul par les agents économiques dotées d'une rationalité limitée dans un environnement technologique incertain. Elle justifie une plus grande diversification et une stratégie de retour sur profit rapide.

⁵¹² William J. Baumol & Janusz A. Ordover, "Antitrust : source of dynamic and static inefficiencies?", *supra note 504*. A la p94. « L'analyse doit reconnaître le lien primordial qui existe entre le marché de technologie et les marchés aval. Par conséquent, les courses technologiques qui ne désignent au final qu'un vainqueur peuvent déboucher sur des marchés de produits particulièrement concentrés. Un tel résultat peut être inévitable et ne doit donc pas être découragé. » [Notre traduction]

⁵¹³ Michael J. Trebilcock, *supra note 506*. Voir aussi Michael J. Trebilcock, Ralph A. Winter, Paul Collins & Edward M. Iacobucci, "The Law and economics of Canadian competition policy", Toronto (Ont.), Toronto University Press, 2002. A la p580.

⁵¹⁴ David J Teece & Mary Coleman, *supra note 415*. A la p803. "The opportunities for the agencies to harm competition are far greater than their opportunities to improve competition in sectors where there is rapid innovation, given the poor (though nevertheless improved) state of society's understanding of the economics of innovation." [Langue d'origine conservée] [Notes de bas de page omises]

rentabiliser la technologie brevetée. C'est une motivation en moins pour le breveté car la décision de licencier dépend bien des motivations ex post et non plus ex ante ⁵¹⁵ et la société ne profite pas d'une innovation ⁵¹⁶.

Trebilcock analyse les accords de licence au regard des efficiences allocatives que peuvent susciter certaines restrictions ⁵¹⁷. Il propose de regarder si l'absence de licence est meilleure économiquement qu'une licence avec les restrictions imposées. C'est le cas notamment des restrictions de prix qui doivent être mises en balance avec les avantages de la diffusion technologique ⁵¹⁸. Des restrictions à la concurrence, telle que celle-ci est classiquement envisagée par les autorités de la concurrence, sont acceptées si elles favorisent la diffusion de la technologie. ⁵¹⁹

Il faut également souligner un point que Schumpeter n'a semble-t-il pas pris en compte lors de l'élaboration de sa théorie des cycles ⁵²⁰. Selon lui, l'introduction d'une innovation crée une position de domination temporaire qui est amenée à disparaître avec l'avènement d'une technologie postérieure et son introduction sur le même marché. Seule la diffusion sur d'autres marchés permet d'allonger la durée de vie d'une technologie. Cette diffusion fait d'ailleurs partie du processus d'innovation et n'est pas considérée

⁵¹⁵ Horst Hanusch, *supra note 459*. A la p3. Il met en avant le fait que l'entrepreneur doit à la fois être libre dans son organisation pour recouvrer le plus rapidement et le plus efficacement ses coûts. Voir Michael J. Trebilcock, Ralph A. Winter, Paul Collins & Edward M. Iacobucci, *supra note 513*. A la p585.

⁵¹⁶ Ward Bowman, Jr., "Antitrust Law does not demand competition under all circumstances. Quite properly, it permits monopoly when monopoly makes for greater output than would the alternative of an artificially fragmented [inefficient] industry. The patent [...] is designed to provide something which consumers value and which they could not have at all or have as abundantly were no patent protection afforded." [Langue d'origine conservée] Travail de séminaire sur le droit des brevets et le droit de la concurrence, 1972. Cité par Michelle M. Burtis & Bruce H. Kobayashi, "Intellectual Property and antitrust limitations on contract", in Arnold Heertje & Mark Pelman "Evolving technology and market structure", *supra note 458*. p229. A la p231.

⁵¹⁷ Michael J. Trebilcock, *supra note 506*. A la p23.

⁵¹⁸ *Ibid.*

⁵¹⁹ Jerry Ellig & Daniel Lin "A Taxonomy of dynamic competition theories", *supra note 467*. A la p16. En utilisant le modèle Nelson & Winter (voir *supra note 499*), les auteurs prennent une approche évolutionniste le modèle Nelson & Winter qui est fondé sur la rationalité limitée des acteurs et le fait que leurs décisions sont prises en tenant compte de l'environnement immédiat et ne sont donc pas forcément les meilleures dans l'absolu. Dans ce cas, la politique de concurrence ne devrait pas s'appliquer immédiatement sur les résultats directs. "[Regulatory authorities] should refrain from trying to achieve the perfect outcome since such outcomes are too difficult to calculate and continually change." [Langue d'origine conservée] A la p24 ; Voir aussi Trebilcock, *supra note 518*.

⁵²⁰ Nathan Rosenberg, *supra note 510*, "[Schumpeter's] proclaimed disinterest in inventive activity also helps to account for Schumpeter's lack of interest in the post-innovation technological improvement process." [Langue d'origine conservée] A la p63.

comme une prolongation de la durée de vie de la technologie mais plutôt comme un renouveau sur un marché indépendant.

La durée de vie de la technologie peut être également allongée lorsqu'on prend en compte la dynamique engendrée sur le marché par les performances post-innovation. Il s'agit de retarder le surclassement technologique en améliorant la technologie existante. En réalité, cette constatation met en exergue un autre aspect du processus d'innovation qui consiste à introduire des éléments technologiques accessoires qui renouvellent la technologie. Toutefois, il ne faut pas oublier l'importance de cette constatation. En effet, de nombreuses technologies ont été brevetées à un état primitif. Elles pourront faire l'objet d'évolutions potentielles que le breveté serait susceptible d'apporter. L'amélioration technologique est tout aussi importante que l'introduction de la même technologie en premier lieu.

Le droit de la concurrence ne devrait ainsi pas sanctionner trop promptement les arrangements contractuels qui visent à améliorer la technologie brevetée. Cet attentisme doit être respecté même s'il constate un déséquilibre au sein des clauses touchant à ce problème dans les contrats de licence. Une très forte restriction pourrait être de nature à permettre au breveté de conserver son avance technologique. Toutefois un effet d'autodiscipline est nécessaire car elle inciterait des agents hors marché à investir pour faire sortir le dominant du marché.

Dans un marché de haute technologie où le renouvellement technologique est rapide, la rentabilisation rapide du brevet octroyé est devenue un impératif pour conserver des incitations à l'investissement dans la recherche et le développement. La diffusion dans les marchés annexes ou vers de nouveaux marchés indépendants est devenue une étape importante du processus d'innovation et un atout économique non négligeable pour l'entrepreneur⁵²¹. Elle profite tant à la société en satisfaisant de nouveaux besoins que pour

⁵²¹ Voir Jorde & Teece en faveur d'une coopération entre entreprises par le biais d'accords de licences croisées ou de pools de brevets afin de favoriser l'échange de technologies propriétaires qui sont complémentaires pour des produits différents. *Supra note 455*. A la p53. Cité par la Revue OCDE, *supra note 5*.

l'entrepreneur en permettant un retour sur investissement et l'assurance de profits substantiels. La diffusion et l'adaptation sont devenues aussi importantes que l'introduction de la technologie nouvelle. Afin de favoriser l'exploitation des droits de propriété industrielle, le breveté doit pouvoir bénéficier d'une forte prévisibilité juridique. Traduite dans une politique de concurrence peu interventionniste face aux licences technologiques⁵²², la liberté du breveté pour déterminer l'organisation contractuelle des droits provoque une augmentation de la valeur des droits de brevets⁵²³. Elle incite à l'investissement des entreprises sur les marchés aval pour mettre en œuvre la technologie protégée.⁵²⁴

Section n°2 : Pour une reconnaissance des organisations institutionnelles parallèles au marché : la prise en compte de l'efficacité procédurale et des coûts de transaction.

A- La remise en cause du recours au marché comme lieu d'échange efficace.

Comme il a été expliqué précédemment⁵²⁵, la théorie néo-classique définit le marché comme un lieu d'échange de biens et de services⁵²⁶. Ces échanges sont exprimés par le biais d'une procédure virtuelle d'adjudication⁵²⁷. Elle procède de la rencontre de

⁵²² Une des carences du droit de la concurrence traditionnel est de ne pas remédier au manque de développement de nouveaux marchés aval qui utilisent le bien ou la technologie protégée par le droit des brevets comme un intrant essentiel.

⁵²³ Robert P. Merges, "Intellectual property rights, input markets and the value of intangible assets" (1999). Document de travail de l'université de Berkeley. Non publié mais accessible à l'adresse internet suivante : <http://www.law.berkeley.edu/institutes/bclt/pubs/merges/>. (dernier accès le 23 septembre 2003). A la p33.

⁵²⁴ *Ibid.* Voir aussi Nancy T. Gallini & Michael J. Trebilcock, *supra note 506*. A la p451. Voir aussi pour une critique des tentatives d'imposer des standards administratifs au détriment de l'organisation contractuelle des entreprises innovantes, William J. Curran III "Mystery or magic? The intriguing interface of antitrust law and today's info...", 43 Antitrust Bull. 3/4, 775 (1998) : "No standard could survive the march of progress. No standard-maker could ever anticipate the unremitting course of that progress.[...] Innovating firms, on the other hand, cannot afford to be wrong about market processes; they must carefully calculate a new product's costs, risks, potential profits, and strategic significance." [Langue d'origine conservée] A la p784.

⁵²⁵ Voir ci-dessus le 2^{ème} chapitre la *Section n°1 : Le traitement des accords de licence par les mécanismes traditionnels du droit de la concurrence*

⁵²⁶ Voir Adam Smith; "Essential Adam Smith" Robert L. Heilbroner (Editeur), Laurence J. Malone (Contributeur) New York, W. W. Norton (1986).

⁵²⁷ Voir Léon Walras « Élément d'économie pure ou théorie de la richesse sociale » 2^{ème} ed., Lausanne, F. Rouge, 1889 : Walras définit un mécanisme d'enchères dans lequel le commissaire-priseur "crie" un vecteur de prix relatifs et note les réponses de tous les agents économiques en termes de quantités demandées ou offertes (les agents sont en effet des preneurs de prix ou « price takers »). Lorsque ces réponses ne sont pas compatibles, il "crie" un vecteur modifié (un prix plus faible si la demande était inférieure à l'offre et inversement) et répète le processus jusqu'à la détermination du vecteur de prix relatif d'équilibre. C'est ce

l'offre et de la demande et tend à estimer les produits à un prix égal à leur coût marginal de production. Le mécanisme d'échanges spontanés permet de valoriser les ressources à leur meilleur prix et d'opérer le transfert le plus efficient des richesses. Le producteur reçoit la valeur de son bien telle qu'elle est fixée par ce que les acheteurs sont prêts à payer. L'utilité marginale du bien est déterminée par la faculté de l'offre à répondre au niveau de la demande⁵²⁸. La structure de l'offre est mesurée par l'état de la concurrence entre les producteurs et la capacité de ces derniers à répondre à la demande. Plus la demande augmente, plus l'utilité marginale est forte, plus le bien est valorisé.

La concurrence a pour effet de maintenir le prix du bien à un niveau proche des coûts marginaux. Cela s'explique par la capacité des offrants à accroître leur production et répondre à une augmentation des prix de concurrents. Cette situation d'équilibre maximise l'utilisation des richesses et par conséquent l'état macroéconomique de la société. Ainsi, une somme de richesses normale et nécessaire est transférée au producteur pour valoriser sa production.

La théorie néo-classique est justifiable sur un marché lorsque la concurrence existe bien entre les différents producteurs. Cette description du marché a permis à la théorie traditionnelle de la concurrence par les prix utilisée en droit de la concurrence de prospérer. Il s'agit avant tout pour le droit de la concurrence de combattre les comportements monopolistiques⁵²⁹. Il examine leur incidence sur la structure de l'offre et plus généralement sur les prix auxquels sont échangés les biens en cause. Il s'agit de conserver une structure où la richesse va là où elle est le mieux valorisée et évite ainsi des

qu'on appelle le processus de "tâtonnement" walrasien. A ce moment et à ce moment là seulement, les échanges peuvent avoir lieu. Voir pour une explication synthétique, Emmanuel Combe, « Précis d'économie », Paris, PUF, 6^{ème} édition, 2000. Voir aussi pour une critique, Richard Arena "Schumpeter on Walras", in Richard Arena & Cécile dangel-Hagnauer "The contribution of Joseph Schumpeter to Economics : economic development & institutional change", London, Routledge, 2002. à la p40. Une des conditions à la concurrence pure et parfaite établie par Walras est la libre entrée dans l'activité productive ; elle évite que les vendeurs ne mettent en place entre eux une entente qui fausserait la concurrence.

⁵²⁸ Donald Armstrong "Competition versus monopoly", *supra* note 475. Aux pp7 et svtes.

⁵²⁹ Ronald H. Coase, "industrial organization: a proposal for research", in "Policy issues and research opportunities in industrial organization". A la p59. Cambridge (MA), Ed. Victor R. Fuchs, 1972. « Si un économiste trouve quelque chose – une pratique commerciale d'une sorte ou d'une autre – qu'il ne comprend pas, il recherche une explication dans la notion de monopole. Et comme nous sommes ignorants dans ce domaine, le nombre de pratiques incomprises tend à être plutôt important, et l'utilisation de la notion de monopole corrélativement fréquente. » [Notre traduction] Entièrete du propos aux pp61-67.

transferts de surplus vers le producteur⁵³⁰. Cette approche conduit à sanctionner les arrangements contractuels entre des acteurs économiques qui menaceraient le mécanisme autorégulateur du marché⁵³¹.

« La concurrence imaginée par la théorie des prix et utilisée durant la période jurisprudentielle dite d'inhospitalité est définie par un équilibre concurrentiel entre les prix, l'offre et la qualité. Cet équilibre reflète l'allocation optimale des ressources et maximise ainsi le bien-être économique et social. Ces résultats forment en retour une sorte de référence qui permet de présumer tout écart comme étant anticoncurrentiel. Par leur nature, les contrats non standards ne produisent aucun bénéfice reconnu. Ils reflètent ainsi une tentative d'obtenir une position dominante et de l'exercer en produisant des prix, une offre ou une qualité différente des critères de référence. »⁵³² [Notre traduction] [Références omises]

La théorie des coûts de transaction, développée par l'Ecole de la nouvelle économie institutionnelle, tente de répondre aux mêmes objectifs théoriques que l'Ecole de Chicago ou l'Ecole de Harvard⁵³³. Elle réfléchit à une application des règles de droit qui puisse assurer l'efficacité économique dans les transactions entre agents⁵³⁴. Mais, à la différence de l'Ecole de Chicago, et de la théorie néo-classique d'une manière générale, la théorie des coûts de transaction ne vise pas l'efficacité allocative, c'est-à-dire la meilleure répartition des ressources entre les agents. En réalité, elle adopte une analyse plus circonstanciée qui s'emploie à déterminer ce qui se passe sur le marché et comment rationaliser

⁵³⁰ Richard Posner, "Economic Analysis of Law", New York, Aspen Pub., 6th Ed. (2003) à la p278 §9.03.

⁵³¹ Richard N. Langlois, "Technological Standards, Innovation, and Essential Facilities: Toward a Schumpeterian Post-Chicago Approach" in Jerry Ellig, "Dynamic Competition and Public Policy: Technology, Innovation, and Antitrust Issues", *supra note 463*, p193. A la p200.

⁵³² Alan J. Meese "Price theory, competition and the rule of reason" 2003 UILLR 77 [2003]. A la p 146.

⁵³³ Voir l'Article fondateur de Ronald H. Coase sur les coûts de transaction « the Nature of the Firm », 4 *Economica* 386, (1937). Réimpression dans Stigler & Boulding, "Readings in Price Theory", Chicago, Richard D. Irwin, 1952, pp. 331-351; in Coase, "The Firm, the Market and the Law", Chicago, University of Chicago Press, 1988, pp. 33-55, et par Oliver E. Williamson & Sidney Winter, "The Nature of the Firm: Origins, Evolution and Development", Oxford, Oxford University Press, 1991. Par exemple à la page 387 de l'édition originale : « [...] Dans la théorie économique nous trouvons que l'allocation des facteurs de production entre les différents usages est déterminée par le mécanisme du prix. [...] Toutefois, dans la réalité, nous nous rendons compte qu'il y a beaucoup de domaines où ce raisonnement ne peut s'appliquer ». [Notre traduction][Notes de bas de page omises]

⁵³⁴ Oliver E. Williamson "Economic organization", Brighton, UK, Harvester Press Publishing Group, [1986]. "Transaction cost economics adopts a contractual approach to the study of economic organization. It maintains that any issue that can be formulated as a contracting problem can be investigated to advantage in transaction-cost economizing terms. Every exchange relation qualifies. Many other issues which, at the outset, appear to lack a contracting aspect turn out, upon scrutiny, to have an implicit contracting quality". [Langue d'origine conservée] [Parenthèses omises] A la p174.

économiquement les échanges⁵³⁵. Comme le souligne Herbert Simon, l'analyse économique adopte une démarche qualitative et non plus uniquement quantitative⁵³⁶.

La théorie de l'efficience allocative part du principe que les biens s'échangent librement sur un marché où règne la concurrence pure et parfaite. De là, les agents économiques sont en mesure de répondre rationnellement à toute tentative d'exploitation du marché par un acteur en faisant jouer le jeu de la concurrence. Or, une telle réactivité implique que les marchés absorbent complètement et rapidement les évolutions des prix et l'arrivée de nouveaux produits. De plus, le recours au marché est fondé sur le postulat que les acteurs disposent d'une information illimitée qui leur permette de rationaliser leur choix. En réalité, les acteurs économiques disposent d'une rationalité limitée⁵³⁷ et le coût d'acquisition de l'information préalablement à chaque transaction peut être particulièrement élevé⁵³⁸.

Le marché n'est ainsi pas toujours le lieu d'échange le plus efficient⁵³⁹, d'autant que l'investissement requis dans l'acquisition de l'information doit se faire chaque fois qu'un échange sur le marché est envisagé⁵⁴⁰.

⁵³⁵ Oliver E. Williamson, "Antitrust lenses and the uses of Transaction Cost Economics reasoning" – in "Antitrust, innovation and competitiveness" par Thomas M. Jorde & David J. Teece, New York, Oxford University Press, 1992. p137, 139.

⁵³⁶ Herbert A. Simon. 1978. "Rationality as Process and as Product of Thought," Richard T. Elly Lecture - American Economic Review, Vol.68(2)1, pp6-7, voir aussi du même auteur et cité par Oliver E. Williamson, *Infra note 537*, à la p21 : "Models of man", New York, John Wiley & Sons Inc., [1957] à la p.199. "It is only because individual human beings are limited in knowledge, foresight, skill and time that organizations are useful instruments for the achievement of human purpose". Aussi p198: "The capacity of human mind for formulating and solving complex problems is very small compared with the size of the problems whose solution is required for objectively rational behavior in the real world".

⁵³⁷ Voir Oliver E. Williamson "Markets and hierarchies :analysis and antitrust implications", New York, Free Press, [1972] à la p7 et aux pp21-25; Nicolai J. Foss, "The Rhetorical Dimensions of Bounded Rationality: Herbert A. Simon and Organizational Economics" – Prepared for Salvatore Rizzello, "Cognitive Paradigms in Economics", Londres, Ed. Routledge, 2002. Accessible à l'adresse internet suivante (dernier accès le 25/09/2003) : <http://www.cbs.dk/departments/ivs/wp/wp02-07.pdf>

⁵³⁸ Cette position est tout à fait à l'opposé de la théorie classique qui considère les agents comme rationnels non limités. De plus, l'information est gratuite.

⁵³⁹ Oliver E. Williamson, *Ibid.* Ala p23. "When [...] transactions are conducted under conditions of uncertainty or complexity, in which event it is very costly, perhaps impossible, to describe the complete decision tree, the bounded rationality constraint is binding and an assessment of alternative organization modes, in efficiency respects becomes necessary." ; Voir aussi Williamson, "The economics of antitrust", New York, Basil Blackwell, 1987, à la p75.

⁵⁴⁰ Ronald Coase, "The problem of social cost", 3 J.L. & Econ. 2, (1960) aux pp10-12. Voir contra. Robert Cooter "The cost of Coase", 11 Journal of legal Studies, p1, (1981). Voir aussi Alston & Gillespie, *infra note 556*. "In both the firm and the market, the factors of production are combined to create goods and services. This combination does not occur instantaneously as the neoclassical production function might

B- L'intégration contractuelle comme alternative au marché.

L'analyse classique soumet l'efficience économique à la réalisation des échanges au prix le plus bas possible après confrontation de l'offre et de la demande sur l'ensemble du marché⁵⁴¹. La firme est considérée comme une fonction de production sur le marché. C'est la raison pour laquelle toute intégration est vue comme un medium d'organisation afin d'atteindre un monopole ou une position dominante sur le marché.

La théorie des coûts de transaction considère au contraire toute structure organisée sur le marché comme un moyen de réduire les coûts de transaction⁵⁴². Oliver Williamson note ainsi: « La possibilité que des objectifs soient poursuivis à travers plusieurs stratégies organisationnelles n'est pas du tout abordée dans la vision orthodoxe de la concurrence [telle que mise en œuvre dans la théorie néo-classique] »⁵⁴³

Ainsi, au centre de l'analyse se trouve l'entreprise en tant qu'instrument de gestion des ressources et de réalisation des échanges⁵⁴⁴. La firme joue alors le rôle de structure organisationnelle alternative au marché⁵⁴⁵. Celle-ci n'est donc plus un simple acteur économique qui possède une fonction de production mais un mécanisme institutionnel plus ou moins intégré au sein duquel se réalisent les transactions entre acteurs économiques⁵⁴⁶. Le droit des contrats est vu comme le support des actions d'agents dotés d'une rationalité

suggest, but instead, production takes place through a process of explicit and implicit contractual arrangements between individuals." [Langue d'origine conservée] A la p192.

⁵⁴¹ Soit le prix égal au coût marginal de production.

⁵⁴² Alan J. Meese, *supra note 532*. Aux pp 119-120 (2003)

⁵⁴³ Oliver E. Williamson, "the Economics institutions of Capitalism", New York : Free Press ; London : Collier Macmillan, 1985. §7 [Notre traduction]. Voir aussi Nicolai J.Foss, *supra note 537*. « La théorie néoclassique de la firme et son postulat de rationalité substantielle a exclu tout intérêt théorique pour des phénomènes vitaux tels que les contrats incomplets, le rôle de mécanismes organisationnels d'échange et la gestion des structures d'échange." [Notre traduction] [Notes de bas de page omises].

⁵⁴⁴ Voir Coase, *supra note 529*.

⁵⁴⁵ Paul L. Joskow (unpublished) « Transaction costs economics and competition policy » (2000). Accessible sur le site Web du MIT à l'adresse internet suivante (dernier accès le 25/09/2003) : http://econ-www.mit.edu/faculty/index.htm?prof_id=pjoskow&type=paper . "The driving force affecting the choice of governance arrangements is the desire to economize on the total costs of goods and services, including costs associated with contractual hazards and the costs of institutional arrangements designed to address such hazards. TCE adopts a comparative institutional choice approach to analyzing alternative governance arrangements." A la p1.

⁵⁴⁶ Oliver E. Williamson, *supra note 534*. A la p175.

limitée⁵⁴⁷. Ces derniers cherchent à stabiliser et à sécuriser leurs relations, au cours du temps, dans un environnement changeant et non appréhendable a priori. La notion de firme ne s'apparente pas à la forme juridique de l'entreprise mais à un cadre institutionnel plus ou moins complexe. C'est un réseau de liens juridiques contractuels entre les parties.

La firme se pose donc en alternative au marché⁵⁴⁸. Comme le souligne Williamson, elle n'a pas vocation à se substituer à la liberté de choix⁵⁴⁹, l'apanage du marché. Elle devient un mécanisme auquel les acteurs économiques ont recours lorsque l'évaluation des coûts se complexifie. L'intégration contractuelle permet ainsi d'engager des relations de longue durée hors du marché. Elle évite la répétition des coûts de transaction liés à l'acquisition de l'information ainsi que les investissements spécifiques pour négocier et mettre en œuvre ponctuellement les contrats. En cela, elle est bénéfique car elle permet d'aboutir à une « situation d'efficience procédurale »⁵⁵⁰.

L'intégration contractuelle est une alternative. Le choix est laissé aux acteurs en fonction des coûts associés à la transaction économique en cause⁵⁵¹. Il s'agit donc d'une analyse d'espèce comme le souligne Williamson :

« La théorie des coûts de transaction maintient que les coûts de gestion de la firme et les coûts exposés sur le marché varient systématiquement en fonction des caractéristiques des transactions en cause, et les limites de la firme sont déterminées par ces caractéristiques. »⁵⁵²

⁵⁴⁷ Voir Herbert A. Simon & Nicola J. Floss, *Supra notes 536 et 537*.

⁵⁴⁸ Paul. L. Joskow, *supra note 545*, "TCE provides the tools to understand the costs and benefits of alternative vertical governance arrangements in terms of their ability to mitigate contractual hazards and reduce the costs of transacting.24 Moreover, TCE's intellectual contribution to the changes in antitrust policies regarding vertical integration and vertical contractual arrangements does not depend on the adoption of the so-called Chicago antitrust law and economics view regarding the relationships between vertical governance arrangements and enhanced market power." . [Langue d'origine conservée] Aux pp17-18.

⁵⁴⁹ La notion de « lens of choice » a été développée par Williamson. Il la distingue avec celle de « lens of contract ». Voir Oliver E. Williamson "The lens of contract : private ordering" (janvier 2002) non publié mais accessible à l'adresse internet suivante (dernier accès à la page le 26 août 2003) : <http://groups.haas.berkeley.edu/bpp/oew/lensofcontract.pdf> . Dans un cas, l'acteur garde sa liberté de choix sur le marché alors que, dans l'autre, il sort du mécanisme du marché en optant pour l'intégration contractuelle.

⁵⁵⁰ Thierry Kirat. "Analyse économique du droit" – Paris, Collection Repères ed. La Découverte, [1999].

⁵⁵¹ Oliver E. Williamson, "Markets and hierarchies : analysis and antitrust implications", *supra note 84*, a la p3. "Transaction costs are appropriately made the centerpiece of the analysis, but these are not operationalized in a fashion that permits one to assess the efficacy of completing transactions as between firms and markets in a systematic way". [Langue d'origine conservée]

⁵⁵² Voir Williamson, *supra note 527*, p140

C- Les conséquences de l'intégration contractuelle.

Comme il a été précisé auparavant, le choix de l'intégration contractuelle est motivé par la volonté d'économiser sur les coûts de transaction. Dans un de ces articles, Oliver Williamson a eu l'occasion de souligner l'importance de la réduction des coûts de transaction lorsqu'on en vient à apprécier l'utilité sociale d'un contrat :

« La théorie TCE qui regarde la firme, le marché et les mécanismes institutionnels hybrides comme des structures de gouvernance alternatives, affirme que les institutions contractuelles doivent être regardées en terme d'économie des coûts. Choisir une structure de gouvernance pour une transaction spécifique afin de réduire au minimum les coûts associés répond à l'objectif même de [cette théorie] » [Notre traduction] ⁵⁵³ .

Etant donné que les échanges sur le marché révèlent des séries de coûts de transaction particulièrement élevés⁵⁵⁴, l'intégration contractuelle permet de les amortir sur une plus longue période et d'éviter leur répétition à chaque échange⁵⁵⁵. Ces coûts correspondent aux investissements réalisés pour acquérir l'information sur le marché et négocier la réalisation de la transaction⁵⁵⁶. Lorsque la transaction est ponctuelle et soumise aux mécanismes du marché, les coûts sont exposés quasi-systématiquement. Le recours à une structure contractuelle plus élaborée comme forme d'organisation de la transaction permet de stabiliser les relations entre les parties en évitant la répétition des transactions⁵⁵⁷.

Elle réduit aussi ce que Williamson appelle le « risque comportemental »⁵⁵⁸, c'est-à-dire les coûts supplémentaires liés aux comportements opportunistes sur le marché. Ceux-

⁵⁵³ Gordon b. Tweedy & Oliver Williamson "Corporate governance", 93 Yale L.J. 1197, p1201 (1984).

⁵⁵⁴ Plus de 600 études empiriques ont été portées à ce sujet et se corroborent. Voir Christopher Boerner & Jeffrey T. Macher, "Transaction Cost Economics: A Review and Assessment of the Empirical literature." (2001), cité par Oliver Williamson, *supra note 549*. A la p7.

⁵⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁵⁶ J. Lee Alston & William Gillepsie, "Resources coordination and transaction cost: A framework for analyzing the Firm/market boundary." *Journal of economic behaviour and organization* 11(2) : pp191-212. (1989) Cité par Shelby D. Hunt, "General theory of competition : resources, competences, productivity.", London, Sage, 2000. A la p94.

⁵⁵⁷ "Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications", *supra note 537*. A la p9.

⁵⁵⁸ *Ibid.* "The environmental factors that lead to prospective market failure are uncertainty and small-numbered exchange relations. *Unless joined, however, by a related set of human factors, such environmental conditions need not impede market exchange.* The pairing of uncertainty with bounded rationality and the joining of small numbers with what I shall refer to as opportunism are especially important". [Langue

ci favorisent les bénéfices à court terme et conduisent à des coûts de transaction supplémentaires.⁵⁵⁹

Enfin, le choix de la structure contractuelle comme mécanisme institutionnel permet de limiter les investissements nécessaires à la mise en œuvre des activités réalisées au sein de celle-ci :

« Dès lors que les parties acceptent de conclure un accord et de réaliser des investissements spécifiques pour appuyer cette relation, elles sont enfermées dans cette relation dans le sens où ils perdront tout ou partie des investissements réalisés si la relation se termine prématurément et s'il cherche à contracter avec une tierce partie »⁵⁶⁰[notre Traduction]

La réduction des coûts s'opèrent sur des éléments qui seraient économiquement justifiables sous la théorie de l'efficience allocative⁵⁶¹ : C'est le cas des économies d'échelle réalisées par l'intégration de différents stades de production, de la pratique de prix différentiels⁵⁶², de l'opposition efficace au free-riding⁵⁶³.

D'autres coûts sont plutôt liés à la transaction elle-même. Certains investissements n'étant pas récupérables, une intégration diminue le risque de renouveler ceux-ci comme cela se passe à chaque transaction ponctuelle :

« La décision de substituer une organisation intégrée au marché reflète au final le niveau de motivation qui est associé à la structure contractuelle ainsi que le degré de réduction des coûts de transaction dans

d'origine conservée] [Emphase d'origine]. Voir aussi Williamson "The vertical integration of production: market failure considerations", 61 Am. Econ. Rev. 112 (1971) Aux pp116-117.

⁵⁵⁹ Ces mêmes comportement opportunistes sont aussi sanctionnés par la théorie de l'efficience allocative. Voir Timothy J. Murris. "Opportunistic behaviour and the law of contracts", 65 Minn. L. Rev. 521 (1981). Le comportement opportuniste a pour conséquence l'augmentation des coûts à la charge des parties et les bénéfices tirés de l'opération n'étant pas suffisants pour contrebalancer les coûts engendrés. Il y a alors globalement absence de profit et destruction de richesses.

⁵⁶⁰ Paul L. Joskow "Transaction cost economics, antitrust rules and remedies" J.L. Econ.& Org. 18(1) 95, [2002]; à la p102. La version originale (en langue anglaise) met beaucoup plus en évidence le caractère relationnel de la structure contractuelle comme élément central de la théorie. La notion de "relation-specific investment" est notamment très parlante.

⁵⁶¹ Williamson, *supra* note 527 : pp 147-148

⁵⁶² Une telle pratique est inhérente au marché car elle permet d'attirer de nouveaux clients. Voir Posner "The Chicago School of antitrust analysis" 127 U.of.Pa.L.R. 925, à la page 927. (1979)

⁵⁶³ Roger J. Van den Bergh & Peter D. Camesasca "European Competition law and economics", Anvers, Intersetia, 2001. p217 svt. voir aussi L.G. Telser "why should manufacturers want fair trade?" 3.J.L. & Econ. 86 (1960) cité par van den Bergh, p42. note de bas de page n°98.

un cadre contractuel intégré par rapport à une série de transactions ponctuelles » [Notre traduction]⁵⁶⁴

D- L'application des coûts de transaction au droit des brevets.

La théorie classique fonde son examen concurrentiel sur le postulat que le brevet ne doit pas avoir de conséquences délétères sur les marchés de technologie ou les marchés des produits. En un mot, le monopole attaché au brevet est une tolérance qui doit être exploitée avec le moins d'interférences possible sur les mécanismes d'échange sur le marché.

Toutefois, le caractère monopolistique et exclusif des droits de brevet place celui-ci hors du marché et les stratégies d'exploitation impliquent l'utilisation de mécanismes institutionnels parallèles au marché. Le détenteur du brevet est réduit à choisir entre l'internalisation⁵⁶⁵ de la technologie ou sa contractualisation⁵⁶⁶. C'est la raison pour laquelle Williamson se prononce en faveur de droits de propriété bien établis, cela afin de privilégier les accords de licence contre les menaces de l'imitation⁵⁶⁷. La licence de brevet se définit comme un cadre institutionnel où se nouent sur une période plus ou moins longue⁵⁶⁸ des relations contractuelles complexes aux intérêts parfois divergents mais souvent similaires. De là découle la mise en place d'une structure de coopération plus ou moins poussée. Au sein de cette structure, le donneur de licence garantit à son cocontractant l'exploitation de la technologie protégée. Egalement, les cocontractants peuvent aménager leurs relations de telle sorte que celle-ci débouchent sur une étroite collaboration technologique.

La contractualisation du brevet ne se fait pas sans l'exposition de coûts particulièrement importants. Ceci est dû au fait que son exploitation n'est pas standardisée

⁵⁶⁴ Williamson, *supra note 3* : pp149; voir aussi pour une analyse plus détaillée des incitations selon les types d'organisation: Oliver E. Williamson "Comparative economic organization : the analysis of discrete structural alternatives". *Adm. Sc. Quartely* 36(2) 269 (1991), également: San Francisco, Calif. : ICS Press, 1994.

⁵⁶⁵ Il intègre toutes les utilisations.

⁵⁶⁶ Williamson, *supra note 537*, p25 (pour une formulation générale du choix des agents économiques)

⁵⁶⁷ Williamson, *supra note 104*, à la p30.

⁵⁶⁸ souvent la durée du brevet ; voir pour une assimilation au contrat de louage de choses (par excellence un contrat à exécution successive) voir Joanna Schmidt-Szalewski & Jean-Luc Pierre *supra note 331*, n°251.

et que le brevet n'est pas soumis au mécanisme de valorisation du marché. Les coûts de transaction incluent l'acquisition de l'information sur le marché d'exploitation afin d'établir la valeur du brevet. Sa valeur dépend de l'état économique du marché visé (le volume des transactions, le chiffre d'affaires global, le chiffre d'affaires du licencié, les bénéfices escomptés, etc.), mais également de l'utilité de la technologie brevetée (la valeur ajoutée sur le produit, le caractère essentiel pour la poursuite de l'activité) ainsi que des investissements requis pour son exploitation. Ce dernier point est à souligner : la licence n'est que le medium juridique qui va impliquer le licencié dans l'exploitation de la technologie brevetée et l'inciter à prendre des décisions économiques déterminantes. La mise en œuvre de la technologie nécessite des investissements de départ qui peuvent être particulièrement élevés. Ceux-ci peuvent être des investissements de recherche pour une application plus spécialisée qui corresponde au domaine d'activité du licencié ou encore des investissements dans du capital physique. C'est ce que la théorie des coûts de transaction appelle les investissements spécifiques.⁵⁶⁹

L'intégration contractuelle permet de créer des motivations à l'exploitation de la technologie en la rendant attractive. Le licencié est incité à partager avec le donneur de licence les risques associés à l'exploitation. A l'image du détenteur du brevet qui a investi dans des activités de recherche et développement pour aboutir à la protection de son invention, le licencié s'expose à des investissements pour mettre en œuvre la licence et, souvent aussi, pour l'améliorer.

La jurisprudence a eu l'occasion de reconnaître l'impact bénéfique de l'intégration contractuelle. Elle a ainsi accepté d'examiner les restrictions verticales sous l'angle de la Règle de raison⁵⁷⁰ et en y décelant des conséquences bénéfiques sur la concurrence⁵⁷¹. Une

⁵⁶⁹ Voir Oliver E. Williamson, "Comparative economic organization : the analysis of discrete structural alternatives", *supra* note 564. " [The transactions costs are the] *ex ante* costs of drafting, negotiating, and *safeguarding*, an agreement [to transact] and, more especially, the *ex post* costs of maladaptation and adjustment that arise when contract execution is misaligned as a result of gasps, errors, omission, and unanticipated disturbances." A la p103. [Langue originale] [Emphase présente dans le texte original]; voir aussi Williamson, *supra* note 534 . A la p175 sur la notion de "asset specificity".

⁵⁷⁰ Voir le 2^{ème} chapitre, il s'agit d'établir un bilan concurrentiel des licences d'après une analyse d'espèce du type des restrictions et des efficacités acceptables.

⁵⁷¹ Voir pour les USA, la décision "Continental TV c/ GTE Sylvania Inc." US SC 23 juin 1977, 97 S Ct 2549, at 2560 : « les restrictions verticales favorise la concurrence inter-marque en permettant le fabricant de

des EU

décision de la Cour Suprême a également rejeté l'application de la « règle per se » dans le cas d'une entente horizontale en insistant sur les coûts de transaction qu'impliquait la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle⁵⁷² :

D'une manière générale, les autorités de la concurrence ont reconnu le caractère concurrentiel d'un arrangement contractuel impliquant principalement des droits de propriété intellectuelle.⁵⁷³ Le droit européen est allé encore plus loin en édictant des exemptions assez larges de l'examen de la concurrence.⁵⁷⁴ Ces exemptions ne concernent d'ailleurs pas uniquement les accords de brevet.⁵⁷⁵

maximiser la distribution de ses produits. Ses vertus salvatrices sont implicites dans toutes les décisions rendant légales des restrictions verticales en vertu de la règle de raison. Les économistes ont identifié de nombreuses manières pour les fabricants d'utiliser ce type des restrictions pour concurrencer plus efficacement contre les autres fabricants. » [Notre traduction]. Voir aussi pour la même position : "National Cable Television Ass'n, Inc. v. Broadcast Music Inc.", DDC, 16 août 1991, 20 U.S.P.Q.2d 1481, Aux pp1490-1492.

Voir aussi l'arrêt Nungesser & Eisele c/ Commission qui introduit la règle de raison dans l'examen des restrictions verticales CJCE 8 juin 1982 – Rec.1982 p.2015

⁵⁷² Broadcast Music Inc. (BMI) c/ CBS, 99 SCt 1551 (1979) Cour suprême des Etats-unis. « [Le défendeur] réduit absolument les coûts en créant une licence standardisée qui débouche sur un nombre de contrats limité au lieu de nombreux contrats ponctuels [...] Qui plus est, une licence standardisée est une conséquence nécessaire de l'intégration requise pour réaliser des efficacités économiques et une caractéristique nécessaire de ce type de licence est que les prix soient fixés à l'avance. » [Notre traduction] A la p 1563.

⁵⁷³ voir successivement les Lignes directrices américaines en matière de licence de droits de propriété intellectuelle, *supra note* 358. §2.03; les lignes directrices du Bureau canadien de la Concurrence §4.01 et sa note de pas de page n°13 : « Les accords de licence représentent le moyen par lequel les titulaires font le commerce des PI et cela indique leur volonté de participer au marché. Cette capacité d'échanger et de transférer les droits de PI peut servir à en accroître la valeur et à rendre leur création et leur utilisation plus attrayantes. Les accords de licence favorisent également l'usage efficient de la PI en facilitant son intégration à d'autres éléments de la production tels que la fabrication et la distribution. » [emphase rajouté] accessible à l'adresse internet suivante : <http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct01992f.html> ; voir également le Règlement de la Commission européenne N° 240/96 du 31 janvier 1996 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie ; considérants n°6, 8, 10. [1996] *supra note* 375 . La Commission avait déjà adopté auparavant une position plutôt libérale dans une communication relative aux licences de brevet : JOCE n° B 13/2922 du 24/12/1962. Cette position n'a pas été suivie par la suite dans la jurisprudence.

⁵⁷⁴ Voir ci-dessus 2^{ème} Chapitre *L'application du droit de l'union européenne aux licences de brevet technologique.*; et aussi le Règlement (CE) N° 240/96 de la Commission du 31 janvier 1996, *supra note* 375.

⁵⁷⁵ Voir RÈGLEMENT (CE) N° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées. JOCE n° L 336/21 du 29/12/1999 ; RÈGLEMENT N° 19/65/CEE DU CONSEIL du 2 mars 1965 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées JOCE n° P 036/533 du 06/03/1965; Communication de la Commission Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale JOCE n° C 003/2 du 06/01/2001; Communication de la Commission - Lignes directrices sur les restrictions verticales JOCE n° C 291/1 du 13/10/2000 .

Toutefois, le recours à la règle de raison implique l'utilisation des notions de « position dominante », de « pouvoir de marché » et de « parts de marché »⁵⁷⁶. La validité de la licence de brevet est ainsi de prime abord examinée sous l'angle des conséquences qu'elle peut avoir sur le marché pertinent et sur les prix. Il s'agit pour la jurisprudence de regarder si les parties disposent d'une position dominante sur le marché et si l'accord en cause est de nature à fausser la concurrence. En un mot, est sanctionné tout écart avec les prix tels qu'ils sont déterminés par le jeu de la concurrence.⁵⁷⁷

Des auteurs reconnaissent que l'intégration contractuelle peut avoir des effets négatifs sur les prix. L'examen peut donc aboutir à la constatation que les prix pratiqués après la conclusion du contrat sont supérieurs au prix d'origine sur le marché. Cependant une telle conséquence n'est pas réductible à l'atteinte d'une position dominante sur le marché et à son exercice délétère par les parties au contrat. En réalité, le prix intègre l'ensemble des coûts de transaction exposés consécutivement au recours à une structure d'organisation plus complexe et déconnectée du marché⁵⁷⁸. Il reflète ainsi avec plus de fidélité les asymétries⁵⁷⁹ présentes sur le marché. Ces dernières ne sont pas prises en compte correctement par le prix tel qu'il est déterminé par la dynamique autorégulatrice du marché⁵⁸⁰.

La théorie des coûts de transaction permet de développer une critique méthodologique de l'analyse moderne de la concurrence, notamment celle du Canada, de

⁵⁷⁶ Si Williamson considère que la jurisprudence *Sylvania* est un pas dans la bonne direction, il opine que des progrès considérables peuvent être encore réalisés quant aux fondements théoriques employés. Voir "Antitrust Economics", *supra* note 539. A la p143

⁵⁷⁷ Alan J. Meese, voir *supra* note 532. À la p 80. « La définition de concurrence selon la théorie des prix influence chacun des aspects de la règle moderne de raison. Par exemple, la jurisprudence étasunienne a accepté qu'un demandeur prouve sommairement l'existence d'une entente restrictive de concurrence, cela par la simple preuve d'un effet restrictif. Celle-ci présume l'effet restrictif que sur le principe que tout écart vis-à-vis des prix qui résultent d'une concurrence technologique pure et parfaite reflète l'existence d'une exercice anticoncurrentiel d'un pouvoir de marché. » [Notre traduction]

⁵⁷⁸ Alan J. Meese, *supra* note 532, à la p148.

⁵⁷⁹ Il est fait référence à la notion de « market failure » en littérature économique anglaise ; voir aussi la notion d'externalités dans l'article de P. Rey and J. Stiglitz "Vertical pricing schemes: vertical restraints and producers' competition" in Louis Philips, "Applied industrial economics", Cambridge (UK), Cambridge University Press, 1997.

⁵⁸⁰ Voir la décision *GET Sylvania Inc*, 433 US AT 56 n.25 : la Cour souligne qu'une large part de l'effort promotionnel qui résulte d'une restriction verticale permet la diffusion d'informations socialement désirables à propos de la disponibilité des produits, de leur prix et de leur qualité et des services qui leur sont associés. Cité par Alan J. Meese, à la p52, note de abs de page 411.

l'Union européenne et des Etats-Unis⁵⁸¹. Tant la jurisprudence européenne que les Lignes directrices étasuniennes et canadiennes font référence à la notion de position dominante et à son impact sur l'évolution des prix sur le marché pertinent. Or, les efficacies procédurales apportées par l'intégration contractuelle ne font pas l'objet de l'analyse. Tout au plus sont-elles prises en compte lorsqu'il s'agit de voir si des considérations d'efficacie économique globale peuvent « racheter » la restriction de concurrence observée. Pourtant, un auteur reconnaît que lier des considérations procédurales à la justification du pouvoir de marché et au rachat des défauts allocatifs est une pure ineptie. Selon Paul Joskow, les deux ne se situent pas dans le même paradigme⁵⁸².

« Les règles juridiques actuelles et la doctrine requièrent de façon générale qu'il faille déterminer si les bénéfices tirés d'une restriction contractuelle à la concurrence permettent de contrebalancer les présumés dommages à la structure économique. Toutefois, la simple preuve que la structure contractuelle des produits a des effets positifs va à l'encontre des affirmations mêmes du demandeur selon lesquelles des prix plus élevés indiquent que la restriction crée ou favorise l'exploitation d'une position dominante [...] Par conséquent, il n'y a tout simplement aucune raison de contrebalancer les avantages concurrentiels avec les restrictions puisque la preuve même de l'existence de bénéfices annihile l'existence de tout impact dommageable sur la structure de concurrence. Cette constatation permet d'établir que toute augmentation des prix dégagée par le demandeur ne reflète pas forcément l'exploitation d'une position dominante »⁵⁸³ [Notre traduction] [Notes de bas de page omises]

Si l'on applique ce raisonnement aux brevets technologiques, l'efficacie procédurale doit être considérée comme un enjeu important. En effet, elle introduit une certaine sécurité juridique pour les parties lorsqu'elles en viennent à mettre en œuvre l'exploitation de brevets par le biais de contrats de licence. Une plus grande tolérance vis-à-vis des arrangements contractuels complexes et non classiques est vue avec une certaine bienveillance. Les conséquences sont doubles.

⁵⁸¹ Voir notamment Alan J. Meese pour une analyse critique détaillée de la jurisprudence étasunienne. *Supra* note 532.

⁵⁸² Paul L. Joskow, *supra* note 545 ; "Even when a legal rule correctly identifies structural or behavior attributes that lead to performance losses compared to some theoretical alternative structural and behavioral configurations, the courts may apply remedies that either do not lead to performance improvements or actually make market performance even worse" . [Langue d'origine conservée] A la p8.

⁵⁸³ Alan J. Meese *supra* note 532. Aux pp164-165.

Tout d'abord, cette tolérance permet un amoindrissement des coûts de transaction. Les parties ne sont pas constamment obligées de mener à bien des études précontractuelles parfois longues et souvent coûteuses afin de déterminer leur légalité.

Egalement, le détenteur d'un droit de brevet est incité à passer par la structure contractuelle afin de valoriser son brevet. Non que celle-ci se trouve initialement en concurrence avec le marché (les conséquences sont le plus souvent analysées sur des marchés amont ou aval). Elle favorise l'externalisation de son exploitation par le recours à des tiers plutôt qu'à son internalisation au sein de la structure industrielle du titulaire du brevet. Dans ce dernier cas, le breveté se met à l'abri de toute intervention du droit de la concurrence. Non seulement cette solution va à l'encontre de la diffusion technologique qui est à la base de la propriété industrielle, mais aussi elle réfrène le développement de la technologie brevetée. En effet, la firme n'a pas les ressources financières, matérielles et intellectuelles pour contribuer à une application industrielle étendue.

Les deux approches méthodologiques sont-elles pour autant conciliables ? Elles proposent toutes les deux une application efficiente du droit mais partent de prémices distinctes et n'évoluent pas dans le même champ⁵⁸⁴ économique. Toutefois, l'analyse institutionnaliste n'a pas une vocation à révolutionner le droit de la concurrence et elle reconnaît l'existence du marché comme mécanisme autorégulateur de transfert des richesses⁵⁸⁵. Souvent les éléments constitutifs des coûts de transaction sont particulièrement difficiles à évaluer sur le marché⁵⁸⁶ et il a été reproché à l'analyse institutionnelle son manque de modélisation économique⁵⁸⁷. En réalité, la théorie des coûts de transaction ne se veut pas être un substitut à la méthode traditionnelle des autorités de la concurrence⁵⁸⁸. Au contraire, elle s'accommode bien de l'efficience allocative du marché. Elle se veut être une alternative à l'efficience allocative lorsque les mécanismes du marché

⁵⁸⁴ La notion de champs est à comprendre en tant que synonyme de paradigme et non au sens social donné par Pierre Bourdieu.

⁵⁸⁵ Oliver E. Williamson, "The lens of contract : private ordering" (2002) *supra note 549*. Aux pp 4-5. "The lens of contract is less a substitute for than a complement to the orthodox lens of choice. Uneasiness with orthodoxy of both general and public policy kinds is relieved."

⁵⁸⁶ Alan J. Meese *supra note 532*. Aux pp162-163.

⁵⁸⁷ Voir Thierry Kirat , *supra note 550*. A la p59.

⁵⁸⁸ Paul L. Joskow, *supra note 548*.

se révèlent être défaillants et aboutit à des solutions juridiques impraticables⁵⁸⁹. L'agent économique, rappelons-le, est doté d'une rationalité limitée, et son comportement sur le marché est justifié dans la mesure où il ne se livre pas à des transactions complexes.

E- La théorie des coûts de transaction les restrictions contractuelles dans les contrats de licence.

Comment relier la théorie des prix et la théorie des coûts de transaction lorsqu'on en vient à juger de la légalité d'un contrat de licence ? Quelques auteurs esquissent une proposition sans pour autant la développer. Ils plaident pour intégrer les coûts de transaction concurremment à la détermination du pouvoir de marché et non plus comme justification des restrictions observées sur la concurrence pour les prix⁵⁹⁰. Les autorités de la concurrence devraient ainsi analyser les conditions dans lesquelles les arrangements contractuels ont été conclus⁵⁹¹. En tenant compte des conditions et de l'objet de la transaction⁵⁹² ainsi que des caractéristiques du ou des marchés en cause, elles pourront décider si le recours à une intégration contractuelle et le degré de cette intégration sont justifiés.⁵⁹³

Comme il a été écrit précédemment, l'externalisation de l'exploitation d'un brevet technologique ne peut se faire que par le biais d'accords de licences. Ces accords prennent la forme d'une coopération entre le donneur de licence et le licencié. Le degré de

⁵⁸⁹ *Ibid.* "Where Post-Chicago antitrust law and economics misses the mark is not with faulty economic theory. Rather it is in the application of that economic theory to the development of good antitrust legal rules where it fails to deliver [...] The interesting question is not whether post-Chicago antitrust economics is supported by good economic theory, but rather what contribution does Post-Chicago antitrust law and economics make to the development and application of *legal rules* for enforcing the antitrust laws?" [Langue d'origine conservée] A la p18.

⁵⁹⁰ Roger J. Van den Bergh, *supra note 563*. A la p58.

⁵⁹¹ Oliver E. Williamson, "Antitrust economics", *supra note 539*. "[...] The immediate reaction of antitrust enforcement agencies and the courts should not be to attribute anticompetitive purpose and intent. Instead, they should inquire whether efficiency gains can plausibly be associated with the arrangement under consideration. Only when this exercise has been completed should the issue of anticompetitive abuse be raised." [Langue d'origine conservée] [Notes de bas de page omises] A la p129.

⁵⁹² Paul L. Joskow, *supra note 545*. Aux pp20-21. "TCE's contributions to our understanding of non-standard vertical contracts and vertical integration turn heavily on its emphasis on the necessity of examining the transactional characteristics, trading and governance options, and potential opportunism problems that faced the contracting parties ex ante before they entered into their relationship." [Langue d'origine conservée]

⁵⁹³ Oliver E. Williamson, "The lens of contract : private ordering" (2002) *supra note 549*, à la p 9; Alan J. Meese, *supra note 532* (2003), à la p 170; Paul L. Joskow "Transaction cost economics, antitrust rules and remedies" (2002), *supra note 560* ; aux pages 102-103 : il insiste sur un examen des conditions et circonstances précédant la conclusion du contrat notamment les caractéristiques de la transaction et le risques d'opportunisme de la part des parties.

coopération est influencé par de nombreux facteurs liés plus ou moins directement aux coûts de transaction.

Il faut mentionner tout d'abord la difficulté de valoriser le brevet autrement qu'appliqué au contrat de licence. Les caractéristiques de la transaction sont importantes. C'est le cas des lourds investissements requis pour exploiter la technologie, et le cas échéant pour l'améliorer⁵⁹⁴, ainsi que pour la relation de longue durée qui doit s'établir entre les parties.

Les éléments suivant sont également importants dans le cadre d'une transaction : l'introduction d'une nouvelle technologie, la mise en œuvre d'une nouvelle application industrielle de la technologie ou encore l'introduction d'un nouveau produit sur un marché déterminé⁵⁹⁵. Tous ces éléments soulignent la présence d'investissement qui peuvent justifier la conclusion d'un arrangement contractuel où se retrouvent des stipulations d'exclusivité entre les parties. Une licence exclusive justifie ainsi les engagements mutuels des parties dans l'exploitation de la technologie et la participation du licencié aux risques commerciaux et financiers. A cela peuvent s'ajouter les clauses de restriction de marché qui protègent les licenciés entre eux et clôturent totalement leur marché ainsi que les clauses de licence croisées sur les améliorations. L'exclusivité entre les parties joue ainsi un rôle moteur dans le développement d'une relation contractuelle de longue durée et favorise la coopération en limitant au maximum les comportements opportunistes des deux parties⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ Voir le rapport de la Commission européenne aux fins de modifier le Règlement d'exemption n°96/240 sur les transferts de technologie. Décembre 2001. Accessible sur le site Internet de la Direction Générale de la concurrence (DGIV) à l'adresse internet suivante (dernier accès le 26/08/2003) :

http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/technology_transfer/ . Ci-après nommé « Rapport de réforme de la Commission européenne ». Voir notamment le Considérant 73 : « il ressort des observations reçues que les coûts supportés par les donneurs de licence dans le contexte spécifique de la concession de licence se rapportent principalement à la protection de la technologie concédée ainsi qu'à ses améliorations successives et à la formation du personnel. Les coûts supportés par les licenciés incluent les redevances et les investissements destinés à améliorer la technologie concédée, à commercialiser et à promouvoir les produits sous licence et, dans une moindre mesure, à assurer le service client, à former les distributeurs ou à remplacer l'outil de production. »

⁵⁹⁵ Paul L. Joskow, *supra* note 545. "TCE [...] leads to an antitrust policy that focuses primarily on the ex ante market environment and which recognizes that the restrictive portions of the vertical agreements were most likely to have been put in place to protect the buyer and seller from ex post hold-ups and other opportunistic behavior." [Langue d'origine conservée] A la p21.

⁵⁹⁶ *Ibid.*

Ces considérations sont souvent sans rapport avec l'évolution des prix sur le marché. Quelquefois, elles peuvent cependant l'expliquer puisque la contractualisation reflète beaucoup mieux les coûts engendrés par la conclusion des contrats et par la mise en œuvre de la technologie brevetée⁵⁹⁷. La notion de coûts marginaux n'est plus centrale. Selon la théorie classique, les prix sur le marché doivent s'en rapprocher le plus⁵⁹⁸. Or, les coûts marginaux ne prennent en compte les coûts liés à l'exploitation de la technologie ou alors incluent dans le prix des coûts que le recours systématique marché ne peut éviter.

L'analyse des coûts de transaction s'est portée tout d'abord sur l'intégration contractuelle verticale⁵⁹⁹. La littérature sur les restrictions horizontales est peu abondante. A première vue L'analyse des coûts de transaction semble limiter son application aux échanges entre des parties qui opèrent sur des marchés distincts, et dont l'un est en aval de l'autre. Toutefois, qu'elles mettent en présence des parties entretenant des rapports de type horizontal ou de type vertical sur le marché, les structures contractuelles poussées peuvent servir des intérêts économiques et sociaux plus larges qui contribuent au bien-être social⁶⁰⁰.

Comme le souligne Williamson, « s'occuper des questions d'organisation économique du point de vue de la théorie des coûts de transaction requiert une connaissance plus approfondie de la structure organisationnelle et des pratiques contractuelles que ne le demande la traditionnelle théorie des prix. »⁶⁰¹.

L'organisation contractuelle entre des concurrents peut alors s'expliquer par des raisons qui tiennent à la difficulté de mettre en œuvre la technologie en cause. Certains de ces obstacles sont la menace de poursuites en contrefaçon, la contestation du brevet ou encore l'existence de brevets potentiellement conflictuels. Elle peut également exprimer un

⁵⁹⁷ Alan J. Meese *supra* notes 532 et 577-578 (pour une position plus générale).

⁵⁹⁸ Voir Alan J. Meese *Supra* note 532; à la p120.

⁵⁹⁹ Un des ouvrages fondateurs de la théorie des coûts de transaction appliquée au droit de la concurrence est celui d'Oliver E. Williamson. "Markets and hierarchies : analysis and antitrust implications", *supra* note 537, notamment aux pp82 à 132.

⁶⁰⁰ Richard Schmalensee. "Agreements between competitors", p103 in "Antitrust, innovation and competitiveness", *supra* note 535.

⁶⁰¹ Williamson, "Antitrust lenses and the use of transaction cost economics". *Supra* note 535 , p157. Voir aussi, "Economic Organization", *supra* note 534, A la p214. "Vertical integration rarely poses an antitrust issue, therefore except when the industry in question is highly concentrated or, in less concentrated industries, collective refusals to deal are observed. But for such circumstances, vertical integration is apt to be of the efficiency promoting kind". [Langue d'origine conservée] [Notes de bas de page omises]

désir de synergie⁶⁰² ; par exemple, la combinaison de brevets existants et exploités séparément afin de mettre au point une nouvelle technologie ou d'accéder à un nouveau marché. Enfin, des raisons commerciales peuvent pousser à une mise en commun des ressources de chacun des concurrents, et cela pour des raisons diverses : Faciliter la diffusion de l'information sur le produit⁶⁰³, établir un meilleur suivi des consommateurs, rationaliser les frais de promotion⁶⁰⁴, gérer en commun et plus efficacement des ressources limitées, ou encore se protéger contre des marchés trop volatiles⁶⁰⁵.

Ce n'est que récemment qu'un auteur⁶⁰⁶ s'est prononcé en faveur de l'application de la théorie des coûts de transaction aux ententes horizontales, cela afin d'écarter une application trop stricte de la Règle de raison.

« Il n'y a tout simplement aucune justification en droit ou dans la théorie économique qui puisse confiner [l'application des coûts de transaction] aux accords verticaux ; Les restrictions horizontales peuvent également combattre les asymétries sur le marché. Qui plus est, la démarcation entre les restrictions horizontales et verticales est elle-même loin d'être claire. »⁶⁰⁷ [Notre Traduction] [Références omises]

En réalité, l'intégration horizontale permet aux concurrents de procéder à des investissements de deux types. Cela peut être des investissements assez conséquents qui ne peuvent être réalisés autrement avec une assurance de succès quant aux objectifs commerciaux escomptés et quant à leur rentabilité financière. Cela peut être également des investissements accessoires à la technologie et qui n'auraient pas forcément toute la résonance voulue dans une situation de concurrence parfaite⁶⁰⁸.

⁶⁰² Rapport de réforme de la Commission européenne, *Supra note 594*. Aux considérants 68, 70, 71. Voir aussi Alan J. Meese, *supra note 532*. à la p139 : « [la théorie des coûts de transaction] ne traite pas la rivalité compétitive comme une fin en soi mais, au contraire, elle voit la concurrence et la coopération comme des instruments complémentaires afin de maximiser le bien-être social. » [Notre traduction] [Références omises]

⁶⁰³ Timothy J. Brennan " 'Vertical' excuses for horizontal practices: should there be any per se antitrust rules?" 45 Antitrust Bull. 2, 467 (2000), à la p478.

⁶⁰⁴ *Ibid.* A la p489.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ Alan J. Meese "Price theory, competition and the rule of reason" *Supra note 532* ; aux pp135-162.

⁶⁰⁷ *Ibid.* Aux pp156-157.

⁶⁰⁸ Voir Oliver E. Williamson, "Antitrust lenses and transaction costs economics" *supra note 535*; à la p152. L'auteur parle d'investissements crédibles dans la mise en œuvre du contrat. « Although reciprocity may permit oligopolists to disguise cheating on cartel agreements, reciprocity also permits oligopolists, like others, to infuse "credible commitments" into their contracting relations with buyers and sellers." [Langue d'origine conservée]

Dans le premier cas, il s'agit notamment d'investissements lourds pour introduire la technologie sur un marché ou étendre son application à d'autres marchés. Quant au second cas, il s'agit d'investissements de diversification vers des services annexes ou pour améliorer la qualité et le service associés aux produits fabriqués sous licence⁶⁰⁹.

Comme pour les accords verticaux, le droit de la concurrence devra donc prendre en compte les circonstances dans lesquelles ont été conclus les accords en cause et l'objectif des restrictions qu'ils contiennent⁶¹⁰. Une condamnation quasi automatique en raison des effets certains sur la concurrence par les prix est excessive. Nous verrons toutefois, en conclusion, que la pression exercée sur les accords horizontaux a pour objectif d'éviter des collusions anticoncurrentielles en privant ces arrangements d'effet exécutoire⁶¹¹. Si un assouplissement des règles est nécessaire, il doit se faire sans pour autant priver le droit de la concurrence de son effet dissuasif.

Conclusion partielle.

Les fondements économiques exposés ci-dessus ont pour objectif de souligner la nécessité de conserver les objectifs du droit de la concurrence tout en en aménageant les modalités opératoires.

Ces aménagements doivent tenir compte des spécificités des marchés technologiques et adopter une analyse à plus long terme. La théorie néo-classique est tout à fait impuissante à expliquer les rapports globaux sur un marché à long terme. Selon cette analyse, soit il n'y a aucun équilibre, soit il y en a une infinité.

⁶⁰⁹ Allan J. Meese, *supra* note 532. A la p155 : "By setting uniform rates, the venture can prevent this deterioration in quality, protecting the reputation associated with the trademark and enhancing the overall demand for the venture's product over the long run. While such a restraint would increase price or reduce output compared to the status quo ante, such effects are entirely consistent with the defendant's account of the restraint's cognizable benefits". [Langue d'origine conservée] [notes de bas de page omises].

⁶¹⁰ Voir pour un élargissement de la politique de concurrence. Peter J. Hammer & William M. Sage "Antitrust, health care quality and the courts" (2002) 102 CLMLR 545, à la p640: "[Il faut souligner] l'importance de développer une politique de concurrence plus large pour le secteur de la santé et les autres industries de transition pour lesquelles le droit de la concurrence agit de concert avec des initiatives réglementaires, auto-réglementées ou privées. [L'objectif est de] s'assurer que la concurrence par les prix et les autres modes de concurrence restent vigoureux et que sont pris en compte les objectifs sociaux qui ne sont pas réductibles à la notion classique de concurrence." [Notre traduction] [Notes de bas de page omises]

⁶¹¹ Oliver E. Williamson, "Economic Organization", *supra* note 534. Aux pp.218-219.

La concurrence technologique permet de plaider en faveur d'une plus grande permissivité à l'égard des positions dominantes et des stratégies de rentabilisation à court ou moyen terme. L'organisation contractuelle favorise l'exploitation efficiente de la technologie et fait profiter le plus de marchés possible par le biais d'un processus de diffusion. La théorie des coûts de transaction souligne aussi le réalisme économique de la structure contractuelle en tant que médium de rationalisation des coûts de valorisation et d'exploitation de la technologie brevetée. Elle est tempérée par les coûts supplémentaires liés à la rédaction des contrats et la mathématisation encore peu développée qui limite la vérification certaines des hypothèses.

En réalité, il faut garder à l'esprit qu'elle ne constitue par une refondation théorique globale du droit de la concurrence mais, dans un cas, une alternative aux mécanismes traditionnels, et dans un autre cas, un correctif à la démarche classique qui n'est pas pour autant abandonnée.

Conclusion finale :

Le droit des brevets évolue parallèlement au droit de la concurrence. En de nombreux points, les deux corps de règles se rencontrent et s'opposent de telle sorte que les droits des titulaires de brevet sont encadrés par le devoir des autorités de la concurrence de maintenir l'équilibre à court terme sur le marché.

La limitation des pouvoirs du breveté sur le fondement de la théorie néo-classique ne prend en compte ni les équilibres globaux à long terme encouragés par l'exploitation technologique, ni la concurrence entre les acteurs sur d'autres éléments que le critère du prix. Au contraire, l'analyse actuelle des marchés utilisent des critères immédiats. L'inadéquation des critères est révélée lorsqu'on se réfère au caractère spécifique des brevets technologiques. Ces derniers ne peuvent être valorisés comme un bien commun sur le marché, ce qui souligne l'importance de sa diffusion au travers de mécanismes contractuels d'échanges personnalisés.

L'objectif de cette étude a été de mettre en évidence des fondements économiques qui remettent en cause l'idée que les critères traditionnels sont les seuls applicables aux brevets technologiques. La théorie de la concurrence par la technologie a souligné le caractère habituel et temporaire de l'exercice d'une position dominante. Elle met en évidence le fait que les entreprises se font concurrence sur la technologie, et non uniquement sur les prix. Si les brevets permettent d'introduire des technologies de rupture ou complètement nouvelles, la protection qu'ils offrent est sans rapport avec la durée beaucoup plus limitée du monopole économique dont ils bénéficient réellement. Une politique plus libérale n'a ainsi pas à craindre de la volonté du breveté de tirer profit de son invention étant donné que la recherche du profit est le moteur de l'innovation. La théorie des coûts de transaction est quant à elle une proposition assez récente qui vise à accepter la cohésion de plusieurs mécanismes institutionnels en tant que cadre de la transaction économique. La théorie des organisations privilégie l'efficience procédurale et met en avant le recours à des pratiques organisationnelles déconnectées du marché. Elles sont une alternative nécessaire lorsque le marché ne peut s'adapter à la transaction. L'exploitation

des brevets technologiques nécessite de développer des stratégies de coopération à moyen et long terme qui évolueront indépendamment du marché. Les licences de brevet sont ainsi un médium incontournable de la diffusion technologique. Le droit de la concurrence doit alors céder le pas à la logique sacro-sainte de préservation du marché.

Favoriser la recherche, favoriser la diffusion technologique et agir pour la rentabilisation du brevet : tels sont des objectifs qui sont en grande partie étrangers au droit de la concurrence tel qu'il est appliqué actuellement. Pourtant, on ne peut reprendre d'une main ce qu'on a donné de l'autre. Le droit des brevets ne peut fournir valablement des incitatifs si le droit de la concurrence en limite la portée. Le développement technique et l'octroi d'un brevet qui aboutissent à une position dominante ne peuvent être diabolisés par le droit de la concurrence lorsque le brevet est exploité alors que ces mêmes éléments sont vus par la loi des brevets comme la source de la croissance économique⁶¹². En conséquence, la politique de la concurrence doit être beaucoup plus permissive au regard des licences de brevet. Il s'agit d'introduire une certaine prévisibilité juridique et de donner aux acteurs économiques confiance dans les règles juridiques qui encadrent leurs accords de licence. C'est à ce prix qu'on favorise l'intérêt général.

Le droit européen a contribué à une plus grande clarté juridique en limitant le caractère restrictif de ses règles de concurrence fondées sur l'article 81§1 et l'interdiction des ententes restrictives de concurrence. Dès 1962 a été introduit la pratique des exemptions catégorielles⁶¹³ et nous avons vu qu'un règlement d'exemption a été adopté pour les accords de licence dès 1984⁶¹⁴. Certains auteurs canadiens ont critiqué la pratique des notifications individuelles de l'article 81§3. Ils en ont toutefois apprécié les effets bénéfiques dans le cadre d'une approche pragmatique, notamment lorsque les accords de licence sont blanchis dès lors que la Commission répond favorablement ou ne répond pas

⁶¹² Voir Olivier Vrins, "Intellectual property licensing and competition law: some news from the front: the role of market power and double jeopardy in the EC Commission's new deal", *Europ. I.P.Rev.* 23(12) 576 (2002). A la p576, "In introducing a market power criterion in the latest block exemption regulations, the Commission might well have taken, under cover of a greater generosity, a step back regarding its objective of increased legal certainty".

⁶¹³ CEE Conseil: Règlement n° 17: Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, JOCE P013/204, 21/02/1962.

⁶¹⁴ Voir *supra* note.373.

du tout à la notification⁶¹⁵. Le Règlement d'exemption élargi de 1996 souligne la volonté de rendre le droit des brevets et l'exploitation des technologies en Europe particulièrement attractifs. Il donne un blanc seing au breveté lorsque celui-ci introduit une des clauses blanches même si elle est susceptible de favoriser le contrôle de la concurrence⁶¹⁶.

Mais on peut reprocher au règlement son caractère trop formaliste et plus tourné vers l'aménagement des objectifs de la politique communautaire, la libre circulation des marchandises, que vers la prise en compte des besoins en matière d'exploitation et de diffusion des technologies brevetées. A ce propos la Commission européenne a engagé une consultation publique qui devrait déboucher sur une réforme du Règlement d'exemption, réforme qui serait couplée avec des Lignes directrices pour les accords non exemptés⁶¹⁷. Pareille solution serait tout à fait applicable au droit canadien car elle exonérerait d'enquêtes un grand nombre de contrats de licence. Cependant, elle se doit de ne pas être attentiste et frileuse en posant des exemptions sur des critères qui limiteraient leur portée.

A juste titre, il a été souligné le risque d'introduire des parts de marché⁶¹⁸ qui excluraient de l'exemption les technologies ayant un fort succès commercial⁶¹⁹. Une telle démarche nécessiterait de définir systématiquement un marché pertinent de produits ou de technologies alors que certaines licences sont orientées vers des produits ou technologies futurs⁶²⁰. Au lieu de se concentrer uniquement sur la position des parties à l'accord de licence, Il faudrait regarder la façon dont sont exploités les droits de brevet et les conséquences directes qui découlent de cette application. Comme le souligne l'entreprise

⁶¹⁵ Richard. Janda & Daniel Martin Bellemare, *supra* note 223, A la p676. Presley L. Warner & Michael J. Trebilcock, *supra* note 229. Aux pp717-718.

⁶¹⁶ C'est le cas notamment en ce qui concerne les clauses de non-concurrence passive en droit européen.

⁶¹⁷ Projet de réforme du Règlement d'exemption catégorielle en matière de transfert de technologies n°240/96, JOCE C235/10 du 1^{er} octobre 2003. Accessible à l'adresse internet suivante (dernier accès le 24/10/2003) : http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/technology_transfer/

⁶¹⁸ Le projet propose un seuil de parts de marché de 25% pour les licences entre concurrents et de 30% pour les stipulations non liées directement à l'exploitation du brevet dans les licences entre non concurrents soit finalement, moins que la faculté de retrait de 40% dont la Commission est investie dans le texte actuel.

⁶¹⁹ Voir les positions du Mouvement des entreprises de France (MEDEF- Représentation patronale française), de la Trade mark patent and design Federation, Pfizer et de l'American Property Law Association, accessible à l'adresse mentionnée *supra* note 617.

⁶²⁰ *Ibid.*, position de l'American Property Law Association et aussi la position de Pfizer. Voir aussi Steve Anderman, "EC competition law and intellectual property rights in the new economy", *antitrust Bull.* 47(2/3), a la p285 (2002).

Pfizer, le pouvoir économique qui découle d'un brevet se justifie avant tout par le monopole juridique octroyé par la loi sur les brevets. Sanctionner ce pouvoir économique en excluant systématiquement les accords de licence au-dessus d'une certaine part de marché s'apparente à une invasion du droit de brevet puisque le droit de la concurrence témoignerait ainsi systématiquement d'une certaine suspicion à l'égard du succès économique d'une technologie brevetée⁶²¹. Le Règlement d'exemption devait ainsi s'appliquer uniformément quelle que soit la position des parties sur le marché.

L'architecture d'un tel règlement d'exemption pourrait être simplifiée en ne gardant que des clauses strictement interdites qui seraient dès lors soumises aux Lignes directrices de la Commission ou du Bureau canadien de la concurrence. De même pourrait être conservée ou introduite la notification préalable auprès de la Commission européenne et du Bureau de la concurrence. Celle-ci aboutirait sur une exemption individuelle dont le nombre et la complexité de l'examen seraient de toute façon limités par l'étendue du Règlement d'exemption.

Certains cas plus complexes avaient été exclus du Règlement européen d'exemption. Si les licences unilatérales doivent bénéficier d'un traitement de faveur, une certaine circonspection entourait les licences croisées ou les licences multilatérales dans le cadre d'un pool de brevets. Leur exemption était justifiée car elle obligeait les parties à notifier leurs accords auprès de la Commission. Toutefois, certains arrangements contractuels sont clairement acceptables car ils concourent à résoudre une situation de blocage là où les brevets sont complémentaires. Egalement, ils permettent l'adoption d'un standard technologique qui créera à terme une situation de concurrence sur les différents marchés d'application. Dans ces cas là, en raison de leur contenu, les accords peuvent certainement promouvoir la concurrence et une exemption devrait leur être accordée.⁶²² Cette exemption est possible sous certains critères qui assurent que les parties ne s'entendent pas pour supprimer des technologies ou limiter la concurrence dans l'innovation future. Une étude récente à la Commission a proposé des critères qui

⁶²¹ *Ibid.* Position de Pfizer.

⁶²² Voir la position de Joint Working Party of the Bars and law societies in the UK , accessible en ligne à l'adresse internet mentionnée *supra* note 617.(dernier accès le 24/10/2003).

établissent avec certitude l'absence d'effets anticoncurrentiels⁶²³. Dans le cas de licences croisées sur des brevets complémentaires, l'absence de redevances ou des redevances déconnectées de la production sont des signes d'une absence de collusion⁶²⁴. Dans le cadre des pools de brevet, l'étude propose huit critères, ce qui permet surtout de retenir comme témoins positifs l'ouverture du système, l'absence de discrimination, des redevances justes et équitables et l'absence de clause de non-concurrence⁶²⁵.

Seule une analyse fonctionnaliste des stipulations d'une licence de brevet concourt à déterminer si celles-ci ont pour objectif une meilleure et plus large exploitation du brevet ou si elle vise à empêcher ou retarder l'entrée d'une technologie. C'est notamment le cas lorsque le breveté cherche à influencer sur la capacité à innover de concurrents potentiels ou des parties à l'accord ou désire limiter la liberté des consommateurs d'opter par la suite pour des nouvelles technologies. Au final, sont utilisés comme pertinents des critères comme la liberté des concurrents, la capacité à innover ou à introduire de nouvelles technologies, la possibilité qu'ont les consommateurs de mettre en concurrence différentes technologies (à l'image de la concurrence inter-marque), etc. Cela ne nécessite pas forcément de se perdre dans une définition élaborée d'un marché pertinent, de parts de marché ou d'une éventuelle position dominante. L'analyse est avant tout prospective et reste respectueuse des accords de licence qui cherchent à exploiter le plus efficacement possible le brevet, à diffuser la technologie dans un nombre croissant de marchés et à assurer une coopération suivie entre les cocontractants⁶²⁶.

⁶²³ Charles River Associates, "Study on multiparty licensing", pour le compte de la Commission européenne 1er avril 2003. Accessible en ligne sur le site de la DGIV (dernier accès le 24/10/2003) : http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/multiparty_licensing.pdf

⁶²⁴ *Ibid.* Aux pp79-83.

⁶²⁵ *Ibid.* A la p88. "1. The IPRs in the pool are complements. 2. Intellectual property for which a royalty is charged must be essential to the standard. 3. Licensees should be free to develop competing products and standards. 4. Licensors should be free to participate in development of competing products and standards. 5. Licences to the pool should be non-exclusive, allowing those licensing technology to the pool to license that technology independently to others. 6. Licences should be issued on a non-discriminatory basis. 7. Royalties paid to the pool should be reasonably related to the level of use of the licensed technologies. 8. Grantback restrictions should be non-exclusive, essential to the pool, and have the same field-of-use as the licence from the pool." [Langue d'origine conservée]

⁶²⁶ Voir Olivier Vrins, *supra* note 612. A la p582, "The Commission's approach in dealing with market definition generally disregards the pro-competitive consequences on spill-over markets in the middle or long run of competition restraints on primary (potentially one-single-brand) markets. Such pro-competitive effects in the middle or long term, however, are one of the most powerful justifications for the granting of intellectual property rights to economic actors and to innovators". [Langue d'origine conservée].

Bibliographie.

Doctrine : ouvrages et monographies.

- **Gilbert Abraham-Frois**, « Dynamique économique », Paris, Dalloz, 7^{ème} Ed., 1991.
- **Donald S. Affleck, K. Wayne Mc Cracken**, “Canadian Competition Law”, Scarborough, Ontario, Carswell (1992-2003).
- **Albertina Albors-Llorens**, “EC Competition law and policy”, Cullompton, Willan Pub., 2002.
- **Steve Anderman**, “EC Competition policy and intellectual property rights”, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- **Robert D. Anderson & Nancy T. Gallini**, “Competition policy and intellectual property rights in the knowledge-based economy”, Calgary, Calgary University Press, 1998.
- **Cristiano Antonelli**, “The economics of innovation, new technologies and structural change”, Studies in global competition series, London, Routledge, 2003.
- **Donald Armstrong**, “Competition versus monopoly”, Vancouver (B.C), Fraser Institute, 1982.
- **Richard Arena & Cécile Dangel-Hagnauer**, “The contribution of Joseph Schumpeter to economics: Economic development and institutional change” London, Routledge, 2002.
- **David Audretsch**. “Innovation and Industry Evolution”, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1995.
- **Douglas G. Baird, Robert H. Gertner & Randal C. Picker**, “Game theory and the law”, Cambridge (Mass.), Harvard University Press 1994.
- **Roger J. Vand den Bergh & Peter D. Camesasca**, “European Competition law and economics”, Anvers, Intersettia, (2001).
- **Michael H. Best**, “The new competitive advantage : the renewal of American Industry”, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- **Beaudry-lacantinerie & Chauveau**, Traité théorique et pratique de droit civil – Tome VI (les biens), 3^{ème} Ed , Paris, Sirey 1905.
- **Simon Behmo & Michel Marandon**, « Coexistence de la réglementation de la concurrence avec les droits de brevet ou de marque dans la Communauté économique européenne et aux USA », Paris, thèse Paris I Panthéon-Sorbonne, 1982.
- **Jean-Louis Bergel, Marc Bruschi & Sylvie Cimamonti**, Traité de droit civil, tome 4 « Les biens », Paris, LGDJ, 2000.
- **S. Bishop & M. Walker**, “The economics of EC Competition law: concepts, application and measurement”, London, Sweet & Maxwell, 1999.
- **Serge Bourque, Patrick Buchholz, & Larry Markovitz**, “Loi sur la concurrence annotée”, Cowansville, Québec, Les Editions Yvon Blais, 2000.
- **Ward Bowman Jr.**, “Patent and antitrust law: a legal and economic appraisal”, Chicago: University of Chicago Press, 1973.

- **Maria Brower**, “Schumpeterian puzzles : technological competition and economic evolution”, University of Michigan Press, 4^{ème} Ed., 1994.
- **Jean-Jacques Burst & Robert Kovar**, Jurisclasseur Brevets, Paris, Edition Techniques, 2003 (dernière mise à jour), fascicules 4820, 4830, 4860, 542, 443.
- **Canadian Bar Association Competition Law Section/ James Musgrove Editeur**, “Competition law for the 21st Century” (conference, Aylmer (Quebec), 1997), Yonkers, NY : Juris Pub., 1998.
- **Emmanuel Combe**, “Précis d’économie”, Paris, PUF, 6^{ème} ed., 2000.
- **Thomas Cooter**, “Economic Analysis of Law”, 3rd Ed., Reading, Mass. : Addison-Wesley, 2000.
- **Georges Cornil**, « Le Droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée. » Paris, Marcel Giard, 1924.
- **Thomas Cottier & Petros C. Mavroidis**, “Intellectual property : trade, competition and sustainable development”, University of Michigan Press, 2003.
- **Economic Council of Canada**, “Interim Report on Competition Policy”, Ottawa, Queen's Printer, 1969.
- **Léon Duguit**, « Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon. », Paris, Ed. la Mémoire du droit, 1999. (Fac-similé de l’éd. de Paris : F. Alcan, 1920).
- **Davies, Ward & Beck**, Competition Law of Canada Vol.1 & 2., New York, New York Juris Pub, 2003.
- **Jerry Ellig**, “Dynamic competition and public policy : technology innovation and antitrust issues” Cambridge, Cambridge university Press, 2001.
- **C.J. Michael Flavell & Christopher Kent**, “The Canadian Competition Law Handbook”, Scarborough, Ontario, 1997.
- **Paul Freeman & Richard Whish**, “Butterworths Competition law”, London, Butterworths, looseleaf, no date
- **Helmut Frisch**, “Schumpeterian economics”, New York, Praeger Pub., 1982.
- **Christiane Gavalda & Gilbert Parléani**, “Droit des Affaires de l’Union européenne”, Paris, Litec, 4^{ème} Ed., 2002.
- **Luke Georghiou, J. Stanley Metcalfe, Micheal Gibbons, Tim Ray & Janet Evans**, “Post-innovation performance”, London, Mc Millan, 1986.
- **Bernard Guerrien**, « Dictionnaire d’analyse économique », Paris, Ed. La Découverte, 2002.
- **Goldman, Lyon-Caen et Vogel**, « Droit commercial européen », Paris, Dalloz, 5^{ème} Ed., 1994.
- **Inge Govaere**, “The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in EC Law”, London, Sweet & Maxwell, 1996.
- **Daniel Goyder**, “EC Competition Law”, 4th Ed, New York, Oxford University Press, 2003.
- **Peter J. Groves**, « Sourcebook on IP Law » London, Cavendish Pub., 1997.
- **Dominique Guellec**, “Economie de l’innovation”. Paris, Ed.La Découverte, Collection Repères, 1999.
- **Alan S. Guttermann**, “Innovation and competition policy : a comparative study of the Regulation of patent licensing and collaborative research and development in the United States and the European Community”, London, Kluwer Law International, 1997.

- **Horst Hanusch**, “Evolutionary economics”, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- **Friedrich von Hayek**, “The meaning of competition”, in Hayek, Individualism and economic order. Chicago, Chicago university Press, 1948
- **Arnold Heertje & Mark Pelman**, “Evolving technology and market structure”, University of Michigan Press, 1990.
- **Shelby D. Hunt**, “General theory of competition : resources, competences, productivity.”, London, Sage, 2000.
- **Alex Jacquemin**, « L’entreprise et son pouvoir de marché », Louvain, Librairie universitaire, 1967.
- **Alison Jones & Brenda Sufrin**, “EC competition law, text, cases and materials”, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- **Thomas M. Jorde & David J. Teece**, “Antitrust innovation and competitiveness”, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- **Louis Josserand**, « Essai de téléologie juridique – De l’esprit des lois et de leur relativité : Théorie dite de l’abus des droits », Paris, Dalloz, 1927.
- **Louis Josserand**, « De l’abus des droits », Paris, Ed. Arthur Rousseau- Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence 1905.
- **Anselm Kamperman Sanders**, “Unfair competition law : the protection of intellectual and industrial creativity”, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- **Georges Karadis**, « Les licences de brevet et de savoir-faire et les règles du droit français et communautaire de la concurrence – Essai d’une approche comparative» Paris, Thèse Paris I Panthéon-Sorbonne, 1989.
- **Thierry Kirat**,. “Analyse économique du droit” – Paris, Collection Repères, Ed. La Découverte, 1999.
- **Valentine Korah**, “Cases and materials in EC Competition Law”, Oxford (UK), 2nd Ed., Hart, 2001.
- **Ejan MacKaay**, « Analyse économique du droit », Vol. 1, Montréal, Ed. Thémis, 1999.
- **Edwin Mansfield**, “Intellectual property, technology and economic growth” in “Intellectual property rights in science, technology and economic performance: international comparisons” – Francis W. Rushing & Carole Ganz Brown, London, Westview Press, 1990.
- **Mémentos Pratique Francis Lefèvre**, Communautés Européennes, Paris, 2002-2003.
- **Jacques Mesnard**, « L’abus du droit en matière de droit judiciaire privé », thèse Paris, 1952.
- **Robert King Merton**, “ The Sociology of Science” Chicago, University of Chicago Press, 1973.
- **Richard R. Nelson & Sidney Winter**, “An evolutionary theory of economic change”, Cambridge (Mass.), Belknap Press of Harvard University Press, 1982.
- **Luce Nollet**, « Les marchés de l’innovation biotechnologique : apport de l’analyse économique au droit de la concurrence communautaire », Montréal (Québec), McGill University. Institute of Comparative Law Thesis, 2001.
- **Raymond Saleilles**, « Etude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de code civil pour l’empire allemand. », Paris, LGDJ, 3^{ème} Ed., 1925.

- **Kirsty Middleton, Barry J. Rodger & Angus MacCulloch**, “Cases and materials on UK & EC competition Law”, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- **John Stewart Mill**, « l'utilitarisme », Paris, Flammarion, collection champs science, 1999.
- **Louis Phlips**, “Applied industrial economics”, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 1997.
- **Planiol et Ripert**, « Traité pratique de droit civil français », 2^e éd., Paris, LGDJ, 1952-1965.
- **Richard Posner**, “Economic Analysis of Law”, New York, Aspen Publications, 6th Ed. 2003.
- **Nathan Rosenberg**, “Schumpeter and the endogeneity of technology: some American perspectives”, London, Routledge, 2000.
- **Tancrède Rothe**, « Traité de droit naturel théorique et appliqué – de la propriété » 2^{ème} volume, Paris, LGDJ, 1969.
- **Joseph-Aloïs Schumpeter**, “Capitalism, socialism and democracy”, New York, Harper & Bros., 1975.
- **Joseph-Aloïs Schumpeter**, “Business cycles : a theoretical, historical, and statistical analysis of the capitalist process”, New York, McGraw-Hill, 1st Ed., 1939.
- **Joanna Schmidt-Szalewski & Jean-Luc Pierre**, « Droit de la Propriété industrielle », Paris, Litec, 2^{nde} Edition, 2001.
- **Jean-Christian Serna**, «Le refus de contracter », Paris, LGJD Thèse, 1967.
- **Herbert A. Simon**, “Models of man”, New York, John Wiley & Sons Inc., 1957.
- **Adam Smith**; “Essential Adam Smith” Robert L. Heilbroner (Editeur), Laurence J. Malone (Contributeur) New York, W. W. Norton, 1986.
- **Michael J. Trebilcock, Ralph A. Winter, Paul Collins, Edward M. Iacobucci**, “The law and economics of Canadian competition policy”, Toronto (Ont.), Toronto University Press, 2002.
- **Floris O.W. Vogelaar, Jules Stuyck, Bart L.P. van Reeken**, “Competition law in the EU, its member States and Switzerland”, Volume I, The Hague, 2000.
- **Renée Vulcain**, « Essai sur le concept de propriété » - Thèse Paris I – 1980.
- **Richard Whish**, “Competition Law” London (UK), Butterworths, 4^{ème} Ed., 2001.
- **Léon Walras**, « Élément d'économie pure ou théorie de la richesse sociale » 2^{ème} Ed., Lausanne, F. Rouge, 1889.
- **Oliver E. Williamson**, “Markets and hierarchies :analysis and antitrust implications”, New York, Free Press, 1972.
- **Oliver E. Williamson**, “The economic institutions of capitalism”, New York, Free Press, 1985.
- **Oliver E. Williamson**, “Economic organization”, Brighton, UK, Harvester Press Publishing Group, 1986.
- **Oliver E. Williamson**, “The economics of antitrust”, New York, Basil Blackwell, 1987
- **Donald A. Wittman**, “Economic Analysis of the Law”, Oxford, Blackwell, 2003.

Doctrine : Articles.

- **George N. Addy**, Directeur des enquêtes et recherches du Bureau de la concurrence, “Politique de concurrence et droits de propriété intellectuelle : mesures d'encadrement complémentaires pour une économie de marché dynamique ». 16:2 Can. Comp. Rec.5.
- **J. Lee Alston & William Gillepsie**, “Resources coordination and transaction cost: A framework for analyzing the Firm/market boundary.” Journal of economic behaviour and organization 11(2) : pp191-212. (1989).
- **Steve Anderman**, “EC competition law and intellectual property rights in the new economy”, Antitrust Bull. 47(2/3), p285 (2002).
- **Elizabeth E. Bailey**, “Contestability and the design of regulatory and antitrust policy”, 71 Am. Econ. Rev. 178, (1981).
- **Elizabeth E. Bailey**, “Deregulation and the theory of contestable markets”, 1 Yale J. On. Reg. 111 (1984).
- **Lawrence C. Becker**, “Deserving to own intellectual property”, 68 Chi.-Ken L.Rev. 609 (1993).
- **S. Bishop & D. Ridyard**, “Oscar Bronner – legitimate refusal to supply”, European Law and Economics 24 (1999).
- **Timothy J. Brennan**, “ ‘Vertical’ excuses for horizontal practices: should there be any per se antitrust rules?”, 45 Antitrust Bull. 2, 467 (2000).
- **Guido Calabresi & A. Douglas Melamed**, “Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral”, 85 Harv. L. Rev. 1089. (1972) & in Donald A. Wittman, “Economic Analysis of the Law”, Oxford, Blackwell Publishing, 2003.
- **Neil Campbell & Jeffrey P. Roode**, “Cut-Throat Competition or Abuse of Dominant Position? Challenges to the Conduct of Firms in a New Technological Era”, National Report for Canada, 39th Annual Congress of the International Association of Young Lawyers. (2001). Accessible sur le site du Forum global sur la concurrence et la politique commerciale de l’International Bar Association (dernier accès le 24/10/2003)
http://www.globalcompetitionforum.org/regions/n_america/canada/Cutthroat%20Competition%20Report%20with%20Appendices_Aug%202001.pdf
- **Michael A. Carrier**, “Unraveling the patent”. 150 U.of.Penn.L.Rev. 761 (2002).
- **Edward H. Chamberlin**, “Full Cost” and Monopolistic Competition”, The Economic Journal, Vol. 62, No. 246, p318 (1952).
- **Edward H. Chamberlin**, “The Origin and Early Development of Monopolistic Competition Theory”, The Quarterly Journal of Economics, Vol. 75, No. 4. (Nov., 1961), p515.
- **J. Charmont**, « L'abus du droit », 1 Rev. trim. dr. civ. 113 (1902).
- **Alvin R. Chin**, “The Misapplication of Innovation Market Analysis to Biotechnology Mergers”, 3 B.U. J. SCI. & TECH. L. 6, 1997.
- **Ronald H. Coase**, “The Nature of the Firm”, 4 Economica 386, (1937). Réimpression dans Stigler & Boulding , “Readings in Price Theory”, Chicago, Richard D. Irwin, (1952), pp. 331-351; in Coase, “The Firm, the Market and the Law”, Chicago, University of Chicago Press, (1988), pp. 33-55, et par Oliver

Williamson & Sidney Winter, "The Nature of the Firm: Origins, Evolution and Development", Oxford, Oxford University Press, (1991).

- **Ronald H. Coase**, "The problem of social cost", 3 J.L. & Econ. 2, (1960).
- **Ronald H. Coase**, "Industrial Organization: A proposal for research", in "industrial organization", A la p59. Cambridge, MA, Ed. Victor R. Fuchs, (1972).
- **Paul J. Collins**, "The law and economics of "Abuse of dominant position": an analysis of Nutrasweet", 49 U.Toronto Fac.L.Rev. 275 (1991).
- **Robert Cooter**, "The cost of Coase", 11 Journal of legal Studies, p1, (1981).
- **William J. Curran III**, "Mystery or magic? The intriguing interface of antitrust law and today's info...", 43 Antitrust Bull. 3/4 , 775 (1998).
- **Richard F.D Corley & Brian A. Facey**, Can. Comp. Rec. Spring/Summer p5.(2000)
- **Daniel A. Crane**, "Exit payments in settlement of patent infringement lawsuits: antitrust rules and economic implications", 54 Fla. L. Rev. 747 (2002)
- **Machiel van Dijk and Önder Nomaler**, "Technological diffusion patterns and their effects on industrial dynamics", DRUID Working Paper n°00-6, Danish Research Unit for industrial dynamics, Maastricht Economic Research Institute on Innovation and Technology. Accessible à l'adresse internet suivante (dernier accès le 24/10/2003) : <http://gunther.smeal.psu.edu/8223.html>.
- **Brian A. Facey & Dany H. Assaf**, "Monopolization and abuse of dominance in Canada, the united States and the European Union: a survey", 70 Antitrust L.J. 513. (2002).
- **Nicolai J. Foss**, "The Rhetorical Dimensions of Bounded Rationality: Herbert A. Simon and Organizational Economics"; préparé pour Salvatore Rizzello, "Cognitive Paradigms in Economics", Londres, Ed. Routledge, 2002. Accessible à l'adresse : <http://www.cbs.dk/departments/ivs/wp/wp02-07.pdf> (dernier accès le 24/10/2003)
- **Gilbert & Sunshine**, "Incorporating dynamic efficiency concerns in merger analysis : the use of innovation markets", 63 Antitrust LJ, 569 (1995).
- **Bruce M. Graham**, "Abuse of dominance – recent case Law : Nutrasweet & Laidlaw"- 38 R.D.McGill 800.(1993)
- **Rosa Greaves**, « Magill est arrivé ... RET and ITP v. Commission of the EC », 4 Eur. Comp. L.Rev. 244. (1995).
- **Rosa Greaves**, "The Herchel Smith Lecture 1998: Article 86 of the EC Treaty and IPRs" Eur.I.P.Rev. 379 (1998).
- **Hillary Greene**, "Afterword: the role of the competition community in the patent law discourse" 69 Antitrust LJ 841 (2002).
- **M. Hamel**, Dalloz.Périodiques. 1925, I, 196. (1925).
- **Hartman, Teece, Mitchell and Jorde**, « Assessing Market Power in regimes of rapid technological change", 2 Industrial and Corporate Change 317 (1997).
- **Peter J. Hammer & William M. Sage**, "Antitrust, health care quality and the courts", 102 Colum. L.Rev.545. (2002).
- **John Howells**, "The response of old technology incumbent to technological competition: does the sailing effect exist?" Journal of Management Studies, Vol. 39, 7, p887, (2002).
- **John Howells**, "Technological competition, creative destruction and the competitive process", 2000. Non publié mais accessible à l'adresse internet

suivante (dernier accès le 24/10/2003) :

http://ideas.repec.org/p/hhb/aardom/2000_004.html

- **Andrew C. Hruska** : “A broad market Approach to antitrust product market definition in innovative industries”, 102 Yale L.J. 305 (1992).
- **Justin Hughes**, “The philosophy of Intellectual Property”, 77 Geo. L.J. 287 (1988).
- **Katsuhito Iwai**, “Schumpeterian dynamics: Technological progress, firm growth and ‘economic selection’”, Journal of Economic Behavior and Organization, 4, p159 (1^{ère} partie) / 5, p321 (2^{ème} partie). (1984).
- **Nathalie Jalabert-Doury**, « Concurrence européenne et internationale », 1 RDAI 67, (2002).
- **Richard Janda & Daniel Martin Bellemare**, “Canada’s prohibition against anti-competitive collusion : the new rapprochement with US law”, 38 R.D. McGill 621. (1993)
- **Thomas M. Jorde & David J. Teece**, “Rule of reason analysis of horizontal arrangements: Agreements designed to advance innovation and commercialize technology”, 61 Antitrust L.J. 579. (1993).
- **Paul L. Joskow**, (unpublished) « Transaction costs economics and competition policy » (2000). Accessible sur le site internet du MIT (dernier accès le 24/10/2003) : http://econ-www.mit.edu/faculty/index.htm?prof_id=pjoskow&type=paper
- **Paul L. Joskow**, “Transaction cost economics, antitrust rules and remedies”, J.L. Econ. & Org. 18(1) 95, (2002).
- **Joseph Kattan**,. “Antitrust Analysis of technology joint ventures: allocative efficiency and the rewards of innovation”, 61 Antitrust LJ 937 (1993).
- **Ronald S. Katz & Adam J. Safer**, “Should one patent court be making antitrust law for the whole country?”, 69 Antitrust LJ 687 (2002).
- **Valentine Korah**, « No duty to licence independent repairers to make spare parts : the Renault, Volvo and Bayer & Henneke Cases », Eur.I.P.Rev. 1988, 10(12), 381. (1988).
- **Valentine Korah**, “Consent in relation to curbs of parallel trade in Europe”- 25 Fordham Int’l LJ 973. (2002).
- **William M. Landes & Richard A. Posner**, “Trademark Law: an economic perspective”, 30 J.L. & Econ. 265, (1987).
- **Lawrence B. Landman**, “Did Congress actually create innovation markets?”, 13 Berkeley Tech. L.J. 721.(1998)
- **John S. Leibovitz**, “Inventing a nonexclusive patent system”, 111 Yale LJ 2251. (2002).
- **Larry Levine**, “Toward a Theory of "Quasi" Non-Tatonnement: Marshall and beyond.”, The Canadian Journal of Economics, Vol. 29, Special Issue: Part1. (1996), pp. S276-S280.
- **Richard P. Lewis**, “Canadian Monopolies Law : Director of investigation and research c/ Nutrasweet Co. decided at first case under abuse of dominant position” 25 Cornell Int’l LJ 437 (1992).
- **Stephen Littlechild**, “Misleading Calculations of the Social Costs of Monopoly Power”. Economic Journal 91, 348 (1991).
- **Alan J. Meese**, “Price theory, competition and the rule of reason”, 2003 U.Ill.L.Rev. 77 (2003).

- **Robert P. Merges**, “Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations”, 84 Calif. L. Rev. 1293 (1996).
- **Robert P. Merges**, “Property rights theory and the commons – the case of scientific research.” In “scientific innovation, philosophy and public policy” by Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller Jr., Jeffrey Paul, Cambridge UK, Cambridge University Press, (1996).
- **Robert P. Merges**, “Intellectual property rights, input markets and the value of intangible assets” (1999). Document de travail de l’université de Berkeley. Non publié mais accessible à l’adresse internet de la faculté de Berkeley (dernier accès le 24/10/2003) : <http://www.law.berkeley.edu/institutes/bclt/pubs/merges/> .
- **Robert P. Merges**, “Intellectual Property rights and the New Institutional Economics”, 53 Vand. L. Rev. 1857. (2000)
- **Timothy J. Murris**, “Opportunistic behavior and the law of contracts”, 65 Minn. L. Rev. 521 (1981).
- **James Musgrove**, “The change of Price : some modest proposals to amend Canada’s pricing laws”, 16 :4 Can Comp. Rec. 66 (1995-1996).
- **James Musgrove et Daniel Edmonstone**,. “Abuse of dominance and tied selling : some thoughts on the Tele-Direct case”, 18 :2 Can. Comp. Pol. Rec. 29.(1997).
- **Janusz A. Ordover & Robert D. Willig**, “Antitrust for high-technology industries: assessing research joint ventures and mergers”, 28 J. Law & Econ. 311 (1985).
- **Janusz A. Ordover**, “A patent system for both diffusion and exclusion”, Journal of economic perspectives, vol. 5 n°1, 43 (1991).
- **Jérôme Passa**, « Le brevet d’invention face aux règles communautaires de libre concurrence et de libre circulation des marchandises ». Droit et patrimoine 86 p73. (2000).
- **Joseph M. Perillo**, “Abuse of rights : a pervasive legal concept”, 27 Pac. LJ 37 (1995).
- **Thomas.A. Piraino Jr.**, “Reconciling the per se and rule of reason approaches to antitrust analysis”, 64 S.Cal.L.Rev. 685 (1991).
- **Richard Posner**, “The Chicago School of antitrust analysis”, 127 U.of.Pa.L.Rev. 925 (1979).
- **Tanya Doherty Reagan**, “The Ascendancy of European Community Law, the Implications of the Court of Justice Decision in Magill on the Balance Between National and EC Intellectual Property Law”, 25 Ga. J. Int’l & Comp. L. 681 (1996).
- **Jérôme H.Reichman**, “Legal hybrids between the patent and copyright paradigms”, 94 Colum.L.Rev. 2432, at 2476 (1994).
- **Barry.J. Rodger**, “The oligopoly problem and the concept of collective dominance : EC developments in the light of US trends in Antitrust Law and policy”, Colum. J.Eur.L. 2(1), (1995-1996).
- **Paul Romer**, “Endogenous technological change”, The Journal of Political Economy, Vol. 98, No. 5, p71 (1990).
- **Hedvig Schmidt**, “Article 82’s “exceptional circumstances” that restrict intellectual property rights”, Eur. Comp. L Rev. 2002, 2(5), 210 (2002).
- **David A. Schnider**, “Licensed to kill? The battle between patent and antitrust in monopoly leveraging cases”, 20 Hastings Comm. & Ent. LJ. 857 (1998).

- **Herbert A. Simon.** 1978. "Rationality as Process and as Product of Thought," Richard T. Elly Lecture - American Economic Review, Vol.68(2)1, p6.
- **Christopher Stothers,** "The end of exclusivity? Abuse of intellectual property rights in the EU", Eur.I.P.Rev. 2002, 24(2), 86-93 (2002).
- **George Syrneonidis,** "Innovation, form size and market structure: Schumpeterian hypotheses and some theme". Etudes économiques de l'OCDE, n°27 (1996), p35. Accessible à l'adresse internet : <http://www.oecd.org/dataoecd/4/53/2496562.pdf> . Et aussi le résumé à l'adresse internet suivante (dernier accès pour les deux adresses le 24/10/2003) : <http://privatewww.essex.ac.uk/~symeonid/abstracts.htm>
- **David J. Teece & Mary Coleman,** "The meaning of monopoly: Antitrust analysis in high-technology industries" Antitrust Bull. 43(3/4), p801 (1998).
- **W.K. Tom & Joshua Newberg ,** "From separate sphere to unified field", 66 Antitrust LJ 167 (1997).
- **Olivier Vrins,** "Intellectual property licensing and competition law: some news from the front: the role of market power and double jeopardy in the EC Commission's new deal", Europ. I.P.Rev. 23(12) 576 (2002).
- **Presley L. Warner & Michael J. Trebilcock,** "Rethinking Price-fixing law", 38 R.D McGill 679, (1993).
- **Oliver E. Williamson,** "The vertical integration of production: market failure considerations", 61 Am. Econ. Rev. 112 (1971).
- **Oliver E. Williamson & Gordon B. Tweedy,** "Corporate Governance", 93 YALE L.J. 1197, p1201 (1984).
- **Oliver E. Williamson,** "Antitrust lenses and the uses of Transaction Cost Economics reasoning", in "Antitrust, innovation and competitiveness" par Thomas M. Jorde & David J. Teece, New York, Oxford University Press, (1992).
- **Oliver E. Williamson,** "Comparative economic organization : the analysis of discrete structural alternatives". Adm. Sc. Quartely 36(2) 269 (1991). Egalement, San Francisco, ICS Press, (1994).
- **Oliver E. Williamson,** "The lens of contract : private ordering". (janvier 2002) Non publié mais accessible à l'adresse internet suivante (dernier accès le 24/10/2003) : <http://groups.haas.berkeley.edu/bpp/ocw/lensofcontract.pdf>
- **Sidney Winter,** "Schumpeterian Competition in Alternative Technological Regimes", Journal of Economic Behavior and Organization, 5, p. 287, (1984).
- **Murat Yildizoglu,** « Organisation industrielle » (mars 1999). Accessible sur le site de l'Université Bordeaux II. (dernier accès 24/10/03): <http://beagle.montesquieu.u-bordeaux.fr/yildi/ioweb/>.

Législation et documents administratifs.

1. Canada.

- Bureau de la concurrence, « Propriété intellectuelle - Lignes directrices pour l'application de la loi », Appelées par la suite « Lignes directrices ». Accessible à l'adresse internet du Bureau de la concurrence (dernier accès le 24/10/03) : <http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct01992f.html>
- Bureau de la concurrence, Lignes directrices canadiennes pour l'application de la loi concernant les fusions ; accessible en ligne à l'adresse suivante sur le site

internet du Bureau canadien de la concurrence (dernier accès le 24/03/2003):
<http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct01030f.html>

- H.Chandler et R.Jackson « Au-delà de l'amusement et de la détente : le traitement des complots en vertu de la loi sur la concurrence du Canada », Table ronde sur la modification de la loi, Toronto 25 mai 2000 .
- Proposition pour la modification de l'Article 45 de la loi sur la concurrence, du Cabinet Mc Carthy Tétrault (2001). Accessible sur le site du Bureau de la concurrence
- Robert S. Russell ; Adam F.Fanakis & Davit D.Akman, « Modification de l'article 45 de la loi sur la concurrence : cadre législatif », Rapport réalisé pour le compte du Bureau de la concurrence en vue de la réforme de l'article 45 (2003). Accessible sur le site internet du Bureau canadien de la concurrence (dernier accès le 24/10/2003) : <http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterF/ct02277f.html>.
- Loi canadienne sur les brevets de 1985, L.R. 1985, ch. P-4. (Accessible à l'adresse internet suivante : <http://lois.justice.gc.ca/fr/P-4/index.html> . dernier accès le 24/10/2003.)
- Loi canadienne sur la concurrence de 1985, L.R. 1985, ch. C-34. (Accessible à l'adresse internet suivante : <http://lois.justice.gc.ca/fr/C-34/index.html> . Dernier accès le 24/10/2003).
- Code civil du Québec, L.Q., 1991, c. 64. Accessible en ligne à l'adresse suivante (dernier accès le 24/10/03) : www.lexum.umontreal.ca/ccq/fr/)

2. Union européenne.

- 1^{ère} Communication de la Commission européenne relative à l'application de l'article 85 du traité à certains accords de licence de brevet, JOCE 113/2628. 09/11/1962.
- 2^{ème} communication de la Commission européenne relative à l'application de l'article 85 du traité à certains accords de licence de brevet, JOCE 113/2629. 09/11/1962.
- Règlement n°19/65/CEE du Conseil de l'Union européenne du 2 mars 1965 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées JOCE n° P 036/533 du 06/03/1965
- Règlement (CEE) n° 2349/84, du 23 juillet 1984, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de licence de brevets modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 2131/95, JOCE L219/15 du 16/08/1984 ; JOCE L214/6 du 08/09/1995.
- Règlement (CEE) n° 556/89, du 30 novembre 1988, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de licence de savoir-faire, JOCE L61/1 du 04/03/1989.
- Règlement UE n°240/96 du 31 janvier 1996 concernant l'application de l'Article 81 §1/3 aux accords de licences, JOCE n°L 31/2, 9 février1996.
- Communication de la Commission européenne du 2 décembre 1997sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE C346/03.

- Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté européenne du 9/12/1997 ; JOCE C372/13.
- Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques – JOCE n° L 213 30/07/1998 p13
- Règlement CE n° 2790/1999 de la Commission européenne du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ; JOCE L336/21.
- Communication de la Commission du 6 janvier 2001, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, JOCE C3/2.
- Communication de la Commission européenne relative aux Lignes directrices sur les restrictions verticales JOCE n° C 291/1 du 13/10/2000 .
- Proposition de règlement du Conseil sur le brevet communautaire, JOCE C237/278 du 28/11/2000.
- Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de minimis) JOCE C368/07 du 22/12/2001.
- Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée 2002) – JOCE n°C 325 du 24 décembre 2002.
- Rapport de la Commission européenne aux fins de modifier le Règlement d'exemption n°96/240 sur les transferts de technologie. Décembre 2001. Accessible sur le site Internet de la Direction Générale de la concurrence de la Commission européenne (DGIV) (dernier accès le 24/10/2003) : http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/technology_transfer/

3. Autres pays et organisations.

- **Allemagne** : Loi sur les brevets telle que promulguée le 16 décembre 1980, modifiée en dernier lieu par la loi portant adaptation des dispositions relatives aux frais en matière de propriété intellectuelle du 13 décembre 2001] (BGBl 1981 I 1; 2001 I 3669) (accessible sur le site internet des lois à l'adresse suivante ; dernier accès le 24/10/2003) : <http://www.e-gesetze.de/>
- **Espagne** : Loi 11/1986 du 20 mars 1986 sur les brevets, modifiée en dernier lieu par le décret-loi royal 8/1998 du 31 juillet 1998] BOE núm. 73/86, 11188; 194/98, 27858 ; Décret royal 2424/1986 du 10 octobre 1986 relatif à l'application de la Convention sur la délivrance de brevets européens faite à Munich le 5 octobre 1973] BOE núm. 283/86, 39247.
- **Etats-Unis d'Amérique** : Code civil de l'Etat de la Louisiane (accessible à l'adresse internet suivante ; <http://www.legis.state.la.us/tsrs/toc.asp?level=1&lawbody=CC>) Dernier accès le 24/10/2003).
- Lignes directrices américaines en matière de licence de droits de propriété intellectuelle de la Commission fédérale du Commerce (FTC) Accessible à

l'adresse internet de la FTC (dernier accès le 24/10/2003) :

<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/ipguide.htm>.

- Lignes directrices américaines en matière de fusion de 1992. Accessible en ligne sur le site de la Commission fédérale du Commerce (FTC) (dernier accès le 24/10/2003) : <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>
- **France** : Code français de la propriété intellectuelle tel qu'il a été introduit par la loi n°92-527 du 1^{er} juillet 1992 et amendée par la loi n°96-1106 du 18 décembre 1996. Paris, Dalloz, 2003. Accessible à l'adresse internet suivante, dernier accès le 24/10/2003 : <http://www.celog.fr/cpi/>).
- Code civil français, Paris, Code Dalloz, 2003. Accessible à l'adresse internet suivante : <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnCode?code=CCIVILL0.rcv> (dernier accès le 24/10/2003).
- **Irlande**: Irish Patent ACT 1992. Accessible sur le site internet de l'Office des Brevets irlandais: http://193.120.124.98/1992_1.html (dernier accès le 24/10/03).
- **Italie** : Décret n° 32 du Président de la République du 8 janvier 1979 Application de la loi n° 260 du 26 mai 1978 portant ratification et exécution des conventions internationales en matière de brevets, modifié par décret n° 338 du 22 juin 1979 (voir point 4) et loi n° 194 du 3 mai 1985] 32/1979. G.U., n. 41 del 10-2-1979; G.U., n. 117 del 20-5-1985; Décret royal n° 1127 du 29 juin 1939(amendé par le décret législatif n° 198 du 17 mars 1996.) sur les brevets. Décret royal n° 244 du 5 février 1940 Règlement d'application en matière de brevets pour les inventions industrielles, modifié en dernier lieu par décret n° 338 du 22 juin 1979] . G.U., n. 94 del 20-4-1940; Décret royal n° 1127 du 29 juin 1939 Dispositions législatives en matière de brevets pour les inventions industrielles, modifiées par décret n° 338 du 22 juin 1979, modifiées en dernier lieu par décret législatif n° 198 du 19 mars 1996] G.U., n. 189 del 14-8-1939 Suppl. ord. alla G.U. n. 88 del 15-4-1996.
- **Organisation mondiale du Commerce (OMC)** : Accords sur les aspects de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC): Accessible sur le site de l'Organisation mondiale du Commerce à l'adresse suivante : (dernier accès 24/10/03). http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips.pdf
- **Organisation de coopération et de développement économique (OCDE)** : Rapport de la FTC à l'OCDE : « Application de la politique de concurrence aux marchés de haute technologie » Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de concurrence, 2000, vol.1, p215.
- **Suisse** : Code civil, 10 décembre 1907 ; RS 210. (Accessible à l'adresse internet suivante, dernier accès le 24/10/03: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/210/>).

Jurisprudence.

(les notes d'auteur et commentaires sur la jurisprudence ne sont pas reproduits ci-après et sont mentionnés pour certains dans le corps de l'étude ou en note de bas de page).

1. Union européenne

- CJCE 30 juin 1966 *Société La Technique Minière c/ Maschinenbau Ulm GmbH*, Rec.1966, p337.

- CJCE, 13 juillet 1966 *Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c/ Commission*, Rec. 1966, p429.
- CJCE , 29 février 1968 *Parke, Davis & Co. c/ Probel, Reese, Beintema-Interpharm et Centrafarm*, Rec.1968, p.81.
- CJCE 13 février 1969 *Walt Wilhelm e.a. c/ Bundeskartellamt*, Rec. 1969, p1.
- CJCE 9 juillet 1969, *Voelk*, Rec.1969, p.295.
- CJCE 18 février 1971, *Sirena S.r.l. c/ Eda S.r.l. et autres*, Rec. 1971, p69.
- CJCE 8 juin 1971 *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG. ,* Rec. 1971, p487.
- CJCE 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Co. c/ Commission des Communautés européenne*, Rec.1973,p.215
- CJCE 6 mars 1974 *Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c/ Commission des Communautés européennes* (appelé arrêt Commercial Solvents) . Rec. 1974, p223.
- CJCE 27 mars 1974 *BRT c/ SABAM ;* Rec.1974, p.313.
- CJCE 31 octobre 1974 *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c/ Sterling Drug Inc.* Rec 1974,.p.1147.
- CJCE 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c/ Commission*, Rec.1977,p.1875.
- CJCE 1^{er} février 1978, *Miller International Schallplatten GmbH c/ Commission*, Rec. 1978, p131.
- CJCE 14 février 1978 *United Brands Co. et United Brands Continentaal BV c/ Commission*, Rec. 1978 p207 .
- CJCE 13 décembre 1979 *Liselotte Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz*, Rec ; 1979, p03727
- CJCE 14 juillet 1981, *Merck c/ Stephar et Exler* Rec.1981, p.2063
- CJCE 14 septembre 1982 *Keurkoop c/ Nancy Kean*, Rec. 1982 p. 2853.
- CJCE, 8 juin 1982, *L.C. Nungesser KG et Kurt Eisele c/ Commission*, rec. 1982, p.2015 ; RTD Com. 1983, 286, note : Bonet et Goyet.
- CJCE 21 février 1984, *Hasselblad c/ Commission*, Rec.1984, p.883.
- Décision Commission européenne 16 mai 1984 *Polistil/Arbois* JOCE L136/9 23/05/1984.
- Décision Commission européenne 12 juillet 1985, *Velcro-Applix*, JOCE n°L233 du 30 août 1985.
- Décision Commission européenne 15 décembre 1986 *Boussois-Interpane*, JOCE n°L150 du 19 février 1987.
- CJCE 05 octobre 1988, *Alsatel c/ Novasam*, Rec.1988, p5987.
- CJCE 5 Octobre 1988 *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli et Maxicar c/ Régie nationale des usines Renault*. Rec. 1988 p6039.
- CJCE 11 janvier 1990, *Sandoz prodotti farmaceutici SpA c/ Commission*, Rec. 1990, p45.
- CJCE 8 février 1990, *Tipp-Ex c/ Commission* Rec. 1990, p261.
- TPICE 10 juillet 1991, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP)*, Rec. 1991, II, p485.
- Décision de la Commission *Sabena c/ London European* (1989) Rec. 1989, p881.
- Décision de la Commission, *Europort AIS c/ Denmark* (1993) Rec.1993, p457
- Décision de la Commission *British Midland c/ Aer Lingus*. (1993) Rec. 1993, p596.

- CJCE 17 mai 1994, *Corsica Ferries / Corpo dei piloti del porto di Genova*, Rec.1994, I, p1783.
- TPICE 14 juillet 1994 *Parker Pen Ltd c/ Commission*, Rec.1994, II, p549.
- CJCE 6 avril 1995 *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission des Communautés européennes* (autrement appelé Magill), Rec ; 95, I, p743.
- TPICE 12 juin 1997 *Tiercé Ladbroke c/ Commission des Communautés européennes*, Rec. 1997,II,p923 ; Contrats, conc. consom. 1997, comm. 167, obs. Vogel.
- CJCE 11 novembre 1997 *Commission des Communautés européennes et République française c/ Ladbroke Racing Ltd*, Rec. 1997, Rec. 1997, I, p6265.
- Décision Com. Eur. n°98/190/CE du 14 janvier 1998 *Aéroport de Francfort*, JOCE L173/32 (C(1998)67) 11mars 1998, note Enrico Maria Armani. Competition Policy newsletter N°3 Octobre 1999, p15.
- CJCE 26 novembre 1998 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c/ Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG et Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*. (arrêt Bronner) Rec. 1998 p7791
- Tribunal de 1ère instance des Communautés européennes (TIPCE) *Micro Leader Business c/ Commission* (communément appelé arrêt Microsoft) 16 décembre 1999, Rec. 1999, II, p3989. Rev.Trim. Dr. Eur. 2000 p116 obs. Bonet ; Communication, commerce électronique 2000 n°18 obs. Caron.
- TPICE 26 octobre 2000 *Bayer AG c/ Commission*, Rec. 2000, II, p3383.

2. Canada.

- *Stinson-Reeb Builders Supply Co. c/ R.* (1929), R.C.S. 276, 52 C.C.C. 66, 3 D.L.R. 231.
- *Containers Materials Ltd. c/ R.*, (1942) R.C.S. 147, 77 C.C.C 129 ; 1 D.L.R. 529.
- *R. c/ Northern Electric Co.*, [1955] 3 D.L.R. 449 (H.C. Ont.).
- *R. c/ D.E. Adams Coal Ltd*, (1957) 23 W.W.R. 419, 27 C.R. 47, 29 C.P.R. 163, 119
- *R. c/ Abitibi Power & Paper Co.* (1960), 131 C.C.C. 201 (B.R. Qué.)
- *R. c/ Burrows* (1966) 54 C.P.R. 95 (C.S C-B).
- *R. c/ Union Carbide Canada Ltd*, Exchequer Court of Canada Court N° B-1979. Information filed October 12 1967 : Minutes of Settlement filed December 12, 1969
- *R. c/ Union Carbide Canada Ltd, Atinco Products Paper Ltd, Gait Paper Products, Subob Paper Products Ltd and Atlantic Packaging Co.*, Exchequer Court N°B03495. Information filed December 15 1969; Minutes of settlement filed June 19, 1971.
- *R. c/ Armco Canada Ltd*, (1976) 13 O.R. (2d) 32, 24 C.P.R. (2d) 145, 30 C.C.C. (2d) 183, 70 D.L.R. (3d) 287 (CA Ont.).
- *Aetna Insurance Co. c/ R.*, [1978] 1 R.C.S. 731.
- *R. c/ Cominco Ltd.*, (1980) 2 W.W.R. 693 (C.S.Alberta).
- *Directeur des enquêtes c/ Bombardier Ltée*, (1981), 57 C.P.R. (2d) 216 (R.T.P.C.).

- *BBM Bureau of Measurement c/ Canada (Directeur de enquêtes et des recherches)*, (1985) 1 C.F. 163 (1984) 82 C.P.R. (2d) 60, 12 C.C.C. (3d) 560, 9 D.L.R. (4th) 600, 52 N.R. 137 (C.A.F.).
- *Mediacom Industries Inc. c/ R.* (CA (1988) 68 CPR (2nd) 285.
- *Directeur des enquêtes et recherches c/ The NutraSweet Co.* (4 octobre 1990), CT8902/176, Motifs et ordonnance, (1990) D.T.C.C no 17 (QL) (Trib. conc.). Version anglaise publiée dans (1990), 32 C.P.R. (3e) 1.
- *R.c / Nova Scotia Pharmaceutical Society*, CA Nouvelle-Ecosse (1991), 102 N.S.R. (2d) 222, 279 A.P.R. 222, 80 D.L.R. (4th) 206, 64 C.C.C. (3d) 129, 36 C.P.R. (3d) 173, 7 C.R.R. (2d) 352.
- *R. c/ Nova Scotia Pharmaceutical Society* (1992) 2 R.C.S.606 (Canada Supreme Court)
- *Directeur des Enquêtes et recherches du Canada c/ Laidlaw Waste Systems Ltd* (1992) 40 C.P.R.(3d) 289.
- *Lokos c/ Manfor Ltd* (1994) 97 Man. R. (2d) 283, 79 W.A.C. 283, 58 CPR (3rd) 564, 18 B.L.R. (2d) 235, (1995) 2 W.W.R. 709 (C.A. Man.) ;
- *Unitel Communications Inc. c/ Bell Canada* du 24 avril 1995. Version anglaise publiée dans 61 C.P.R. (3d) 12 (C.F. 1^{re} inst.),(1995).
- *R. c/ Clarke Transport Canada Inc.* (1995) 64 C.P.R. (3d) 289, 130 D.L.R. (4th) 500 (Div. Gen. Ont.).
- *Elli Lilly & Co. c/ Novapharm Ltd* (1996) 68 C.P.R. (3rd) 254 (Cour fédérale de 1^{ère} instance).
- *R. c/ Clarke Transport Canada Inc.* (1995) 64 C.P.R. (3d) 289, 130 D.L.R. (4th) 500
- *Directeur canadien des enquêtes et recherches c/ Banque de Montréal, La Banque de Nouvelle-Écosse, Les Hypothèques Trustco Canada, Banque Canadienne Impériale de Commerce, La Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec, La Centrale des caisses de crédit du Canada, Banque Nationale du Canada, Banque Royale du Canada, La Banque Toronto-Dominion, Interac Inc.* (1996) ; 68 CPR (3rd) 527.(Trib. Concu.)
- *Directeur des enquêtes et recherches c/ Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997) 73CPR(3d)1 (Tribunal de la concurrence).
- *Directeur des enquêtes et recherches c/ Warner Music Canada Ltd* (1997), 78 CPR (3rd) 321 (Trib. Concurrence).
- *Ed Miller Sales & Rentals Ltd c/ Caterpillar Tractor Co.* (1999) 9 W.W.R. 449, 69 C.P.R. (3d) 143 (CA Alberta)

3. Autres pays.

□ France.

- Cour de Cassation Chbre Req. 3 août 1915 Dall. Périodiques 1917, I, 79. GAJC n°60 ; Aff. *Clément Bayard*.
- Affaire «*Industrie du Magnésium* », Commission Technique des ententes, avis, 8 oct. 1955.
- Affaire «*Dupont de Nemours – Dow Chemical* » Cons. Concu. 5 mai 1992, BOCCRF 30 mai, p.188 note J-M Mousseron.
- Affaire «*Presses à fromages*» (Cons. Concu. 11 mars 1997, BOCCRF 8 juillet, p455 note J-M Mousseron) .

- Décision no 01-D-57 du Conseil de la concurrence en date du 21 septembre 2001 relative à une saisine et une demande de mesures conservatoires de la société Advanced Mass Memories (AMM) à l'encontre des sociétés IOMEGA Corporation et IOMEGA International. BOCCRF n°16 30 octobre 2001 Commentaires Véronique Sélinsky – Juridisque Lamy Concurrence ; Communication, commerce électronique 2002 n°4 note Christian Caron.

□ **Etats-Unis d'Amérique.**

- *Continental TV c/ GTE Sylvania Inc.* 97 S Ct 2549 (1977)
- *Broadcast Music Inc. (BMI) c/ CBS*, 99. S.Ct. 1551 (1979).
- *Image Technical Services. c/. Eastman Kodak* 504 U.S. 451, 481-82 (1992).
- *Eastman Kodak Co. c/ Image Technical Services*, 125 F.3d 1195, 1216, 44 USPQ2d 1065, 1079 (9th Cir. 1996) (droit US).
- *American Home Products Corp.*(FTC, File No. 971-0009), Consent order accessible sur le site de la FTC : <http://www.ftc.gov/os/1997/02/amhosolv.htm> (dernier accès le 24/10/2003).
- *Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation ("Xerox")* 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000). 504 U.S. 451, 481-82 (1992)
- *Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation ("Xerox")* 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000).

□ **Royaume-Uni : Asahi Kasei Kogyo KK's Application** [1991] RPC 485 (droit anglais).