

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Concession de licences de propriété intellectuelle et droit de la concurrence

Note de référence du Secrétariat

6 juin 2019

Le présent document servira de référence lors de l'examen du point 7 de l'ordre du jour de la 131^e réunion du Comité de la concurrence qui aura lieu du 5 au 7 juin 2019.

Les opinions qui y sont exprimées et les arguments qui y sont avancés ne reflètent pas nécessairement les vues de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion peuvent être consultés à l'adresse suivante : <http://www.oecd.org/daf/competition/licensing-of-ip-rights-and-competition-law.htm>

Pour toute question relative à ce document, veuillez prendre contact avec M. Antonio Capobianco [courriel : Antonio.Capobianco@oecd.org].

JT03448354

Concession de licences de propriété intellectuelle et droit de la concurrence

Note d'information du Secrétariat*

La concession de licences s'impose comme un outil essentiel pour diffuser l'innovation, récompenser les créateurs de leur travail et promouvoir la coopération et le développement d'innovations induites, et ce, pendant toute la période d'exclusivité prévue par le droit de la propriété intellectuelle. Les accords de licence peuvent toutefois avoir des effets nuisibles pour la concurrence, en facilitant notamment la formation d'ententes ou l'éviction anticoncurrentielle. Le principal défi auquel doivent faire face les autorités de la concurrence consiste à déterminer si tel ou tel accord est susceptible de favoriser la concurrence ou d'y faire obstacle. L'idée selon laquelle la concession de licences d'exploitation de droits de propriété intellectuelle aurait des effets favorables à la concurrence fait toutefois de plus en plus consensus à l'échelle internationale. En dehors des cas où des comportements spécifiques s'avèrent clairement collusoires, déterminer qu'un accord de licence de propriété intellectuelle enfreint les règles du droit de la concurrence nécessite généralement des preuves concrètes d'un préjudice, lesquelles preuves doivent être établies par le biais d'une évaluation comparative des effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels des pratiques de concession de licences mises en œuvre.

* Ce document a été préparé par Pedro Caro de Sousa, de la Division de la concurrence de l'OCDE. Il a bénéficié des commentaires d'Antonio Capobianco et de Ruben Maximiano.

Table des matières

Concession de licences de propriété intellectuelle et droit de la concurrence.....	2
1. Introduction	5
2. Droit de la concurrence et concession de licences d'exploitation de DPI dans l'économie moderne.....	8
2.1. Innovation, DPI et droit de la concurrence	8
2.1.1. Évolution de l'approche du droit de la concurrence en matière de concession de licences d'exploitation de droits de propriété intellectuelle.....	9
2.1.2. L'importance grandissante des DPI	11
3. Aspects économiques de la concession de licences d'exploitation de droits de propriété intellectuelle	15
3.1. Effets favorables à la concurrence de la concession de licences d'exploitation de DPI	16
3.2. Effets anticoncurrentiels de la concession de licences d'exploitation de DPI	17
3.3. Mise en perspective des effets favorables et défavorables à la concurrence	17
4. Clauses courantes dans les accords de licence	20
4.1. Accords de fixation des prix et restrictions de la production.....	20
4.2. Exclusivité	21
4.2.1. Restrictions territoriales, au domaine d'utilisation et à la clientèle.....	21
4.2.2. Distribution exclusive	23
4.3. Obligations de rétrocession.....	25
4.4. Dispositions de non-contestation	26
5. Concession de licences dans les contextes de coopération technologique.....	28
5.1. Concessions réciproques de licences et communautés de brevets	28
5.2. Normes et brevets essentiels à une norme (BEN).....	30
6. Refus d'octroi de licence et cession obligatoire de licence en tant que mesure correctrice.....	36
6.1. Refus d'octroi de licence	37
6.2. Cession obligatoire de licence	39
7. Conclusion.....	41
Notes	44

Graphiques

Graphique 1. Évolution des demandes de brevets.....	12
Graphique 2. Évolution des délivrances de brevets.....	13

Encadrés

Encadré 1. Principaux types de droits de propriété intellectuelle (DPI).....	5
Encadré 2. Recommandations de l'OCDE en matière de propriété intellectuelle.....	10
Encadré 3. Réformes récentes du droit d'auteur.....	14

Encadré 4. Évaluation d'impact dans les directives sur la PI.....	18
Encadré 5. Retransmission d'événements sportifs (Pologne)	21
Encadré 6. Restrictions territoriales absolues (UE et Suisse).....	22
Encadré 7. Fila Sport Oceania (Australie).....	24
Encadré 8. Clauses de rétrocession proconcurrentielles et anticoncurrentielles (Allemagne et Chine) 25	
Encadré 9. Clauses de non-contestation (Chine et Royaume-Uni).....	27
Encadré 10. Enquêtes sur les communautés de brevets (Japon et États-Unis).....	29
Encadré 11. Rambus (Union européenne et États-Unis).....	31
Encadré 12. Approches concurrentes de la concession de licences pour des BEN.....	33
Encadré 13. Mécanismes alternatifs liés aux BEN.....	35
Encadré 14. Panorama mondial du refus d'octroi de licence	37
Encadré 15. Panorama mondial de la cession obligatoire de licence	40

1. Introduction

1. Ce document traite de la relation entre la concession de licences de propriété intellectuelle (PI) et la concurrence. Les droits de la propriété intellectuelle (DPI) visent à promouvoir l'innovation et la créativité en garantissant un équilibre entre la protection des droits des inventeurs et des créateurs, et les incitations au développement d'innovations induites ou cumulatives. Les DPI accordent ainsi aux inventeurs et aux créateurs un droit exclusif d'exploitation de leurs inventions et de leurs créations pendant une période donnée, tout en définissant précisément le champ d'application de ce droit exclusif¹.

Encadré 1. Principaux types de droits de propriété intellectuelle (DPI)

Les DPI sont des droits exclusifs détenus par les propriétaires d'actifs intellectuels protégés par les lois applicables. Les DPI favorisent l'innovation, la créativité, l'entrepreneuriat, l'investissement dans les actifs intellectuels et la croissance. Les différents types de PI sont décrits ci-dessous, accompagnés d'une présentation des avantages associés.

Les **brevets** et les **modèles d'utilité** concernent des produits ou procédés permettant de réaliser une opération d'une manière nouvelle ou offrant des nouvelles solutions techniques à un problème. Les brevets stimulent l'innovation en garantissant aux auteurs d'inventions répondant aux critères définis que celles-ci ne pourront être légalement utilisées ou commercialisées sans leur autorisation pendant une période donnée (généralement 20 ans). Cela donne ainsi aux inventeurs la possibilité de recouvrer les investissements réalisés et d'en tirer profit, par exemple en en cédant des licences d'exploitation. Le dépôt d'un brevet implique la divulgation des données techniques sous-jacentes à l'invention, ce qui crée de fait des possibilités de développements technologiques induits.

Le **droit d'auteur** protège et récompense les œuvres littéraires et artistiques, et les travaux scientifiques (mais aussi, dans certaines juridictions, les logiciels et les bases de données), et ce, quel que soit leur mode ou forme d'expression. Les droits d'auteur favorisent la créativité en assurant aux personnes physiques et morales que les travaux d'expression originaux qu'elles créent ne seront pas reproduits, adaptés, communiqués au public, diffusés, distribués ou exécutés sans leur autorisation, ou encore utilisés de quelque manière que ce soit qui constituerait une violation de leurs droits exclusifs. La législation du droit d'auteur permet aux créateurs d'être indemnisés et rémunérés pour leurs œuvres ou travaux, et de s'en voir attribuer le mérite. Les protections accordées par la législation du droit d'auteur sont généralement maintenues pendant 50 et 70 ans après le décès du créateur. Cette durée peut être plus courte pour les œuvres dont le début de la période de protection commence à la date de publication ou de diffusion auprès du public.

Les **droits de dessin ou modèle** protègent l'aspect décoratif ou esthétique (nouveau ou original) des produits, plutôt que leurs caractéristiques techniques. En assurant un certain niveau de protection contre les imitations non autorisées, les droits de dessin ou modèle favorisent les investissements dans les dessins et modèles exclusifs qui créent de la valeur pour les consommateurs comme pour les entreprises. Les dessins et modèles enregistrés bénéficient généralement d'une validité de 15 ans maximum, avec renouvellement possible jusqu'à 25 ans dans certaines juridictions.

Les **secrets commerciaux** englobent les informations et savoir-faire techniques et commerciaux confidentiels revêtant une valeur économique et pour la protection desquels une entreprise déploie des efforts raisonnables. Les secrets commerciaux ne sont pas

soumis à une durée de protection fixe et peuvent ainsi potentiellement garder un caractère confidentiel de manière indéfinie. En offrant un certain degré de protection aux informations critiques, et par conséquent en évitant aux entreprises d'investir dans des mécanismes de sécurité onéreux, la législation sur le secret commercial peut à l'inverse favoriser les investissements visant au développement de telles informations. La législation sur le secret commercial peut également encourager les entreprises à partager leurs données critiques de manière plus large (bien que limitée) qu'elles ne le feraient normalement, notamment auprès de leurs partenaires dans le cadre d'accords de confidentialité, favorisant par là même la diffusion éventuelle des connaissances.

Les **marques** sont des dénominations ou symboles distinctifs permettant aux clients d'identifier et d'acquérir les produits ou services d'une entreprise qui répondent à leurs besoins ou attentes, en termes de qualité et de prix. En protégeant ces noms et symboles, le droit des marques encourage les entreprises à investir non seulement dans le développement de marques commerciales, mais également dans la constitution d'une solide réputation pour ces mêmes marques. Les marques peuvent généralement être renouvelées de manière indéfinie.

Les **indications géographiques** sont des mentions apposées sur des biens ayant une origine géographique spécifique ou présentant une qualité ou une réputation intrinsèquement liée à leur lieu d'origine. Les indications géographiques se distinguent des autres types de DPI du fait qu'elles constituent un droit collectif plutôt qu'un droit individuel détenu par une personne physique ou morale spécifique. La protection accordée par une indication géographique peut être renouvelée indéfiniment.

Source : (OCDE, Enquiries Into Intellectual Property's Economic Impact DSTI/ICCP(2014)17, 2015, p. 15).

2. Une bonne compréhension des effets des différents DPI sur la concurrence, et de leur importance toute particulière pour certains secteurs de l'économie, peut s'avérer essentielle dans le traitement d'affaires individuelles de concurrence, dans la fixation de priorités en matière d'action coercitive et dans la sensibilisation aux différents régimes de PI. En pratique, toutefois, les répercussions de chaque type de DPI dans les évaluations d'impact sur la concurrence font généralement l'objet d'une approche *in concreto*. C'est la raison pour laquelle la note exploratoire de l'OCDE sur la concurrence et les droits de propriété intellectuelle en tant que thème de réflexion stratégique pour 2019-2020 (OCDE, Scoping Note by the Secretariat on Competition and Intellectual Property Rights DAF/COMP/WD(2018)4, 2018) propose comme piste de travail possible « les incidences des différents DPI sur la concurrence et la manière dont leurs effets varient en fonction des secteurs de l'économie » (§ 20)². Le présent document abordera ainsi la concession de licences dans son acception générale, sans s'intéresser plus avant à chaque type de DPI.

3. La concession de licences s'impose comme un outil essentiel pour diffuser l'innovation, récompenser les créateurs de leur travail et promouvoir la coopération et le développement d'innovations induites, et ce, pendant toute la période d'exclusivité prévue par le droit de la propriété intellectuelle (OCDE, Competition, Patents and Innovation DAF/COMP(2007)40, 2006, p. 20). Les accords de licence peuvent néanmoins être utilisés pour cartelliser un secteur ou restreindre l'accès à des marchés. La difficulté pour les autorités de la concurrence est de déterminer si un accord est susceptible de favoriser la concurrence ou d'y faire obstacle. Il s'agit pour elles d'un véritable défi, dans la mesure où une même clause restrictive dans un accord de licence peut, selon les circonstances, être considérée comme favorable à la concurrence ou au contraire tout à fait anticoncurrentielle.

(OCDE, Competition Policy and Intellectual Property Rights [CLP(89)3 et Corrigendum 1], 1989, p. 3).

4. La présente note de référence a pour objectif de permettre une meilleure compréhension des défis posés par la concession de licences d'exploitation de DPI du point de vue du droit et des politiques de la concurrence. La première partie de ce document propose une vue d'ensemble des différentes approches du droit de la concurrence en matière de concession de licences d'exploitation de droits de propriété intellectuelle. La section 2 aborde la longue relation qui existe entre le droit de la concurrence et les pratiques d'octroi de licences, et inclut une courte présentation du rôle croissant des DPI dans l'économie contemporaine. En raison de l'importance de l'analyse économique dans l'identification des pratiques anticoncurrentielles en matière d'octroi de licences, la section 3 est entièrement consacrée à l'économie de la concession de licences.

5. La seconde partie de ce document examine de manière détaillée les différentes pratiques de concession de licences. Dans un premier temps sont abordées les clauses couramment incluses dans les accords de licence et qui s'inscrivent dans des approches du droit de la concurrence très largement partagées à travers le monde. Cette même partie se conclut par l'examen de différents cas d'une complexité croissante. La section 5 traite de la concession de licences dans un contexte de coopération technologique, en portant une attention particulière à la concession réciproque de licences, les communautés de brevets et les brevets essentiels à une norme. La section 6 aborde ensuite les débats sans fin que soulèvent les questions des refus de concession de licences et des cessions obligatoires de licences. La section 7 constitue la conclusion de la présente note de référence.

6. Pour résumer, ce document montre que l'idée selon laquelle la concession de licences d'exploitation de droits de propriété intellectuelle aurait des effets favorables à la concurrence fait de plus en plus consensus à l'échelle internationale. En dehors des cas où des comportements spécifiques s'avèrent clairement collusoires, déterminer qu'un accord de licence de PI enfreint les règles du droit de la concurrence nécessite généralement des preuves concrètes d'un préjudice, lesquelles preuves doivent être établies par le biais d'une évaluation comparative des effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels des pratiques de concession de licences mises en œuvre.

7. Bien qu'il existe des différences dans les accords de licence en termes de traitement de la concurrence, celles-ci semblent s'appuyer sur des hypothèses de référence différentes quant aux potentiels effets favorables ou défavorables à la concurrence de certaines pratiques d'octroi de licences, et ce, dans des contextes spécifiques. Cela est notamment le cas des débats visant à déterminer si certaines pratiques liées à la concession de licences pour des brevets essentiels à une norme (BEN) sont plus susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels consécutivement à une situation de hold-up de brevets ou de résistance aux concessions, mais aussi à déterminer dans quelle mesure les refus de concession de DPI peuvent générer des effets anticoncurrentiels. Ces points de controverse peuvent toutefois paraître dérisoires au regard du consensus de plus en plus important atteint au cours du siècle dernier concernant l'équilibre nécessaire entre PI et droit de la concurrence, ainsi que sur l'approche la plus adaptée des pratiques d'octroi de licences de PI en termes de droit de la concurrence.

2. Droit de la concurrence et concession de licences d'exploitation de DPI dans l'économie moderne

2.1. Innovation, DPI et droit de la concurrence

8. L'innovation et les progrès technologiques sont les deux moteurs essentiels de la croissance économique (Brodley, 1987). Les études révèlent que le rendement collectif des investissements de R-D dépasse de loin leur rendement privé, ce qui donne à penser que les mesures en faveur de l'innovation peuvent amener de généreux dividendes à la société (Gilbert, 2006). Les relations entre PI et innovation, entre concurrence et innovation, et surtout, dans le cas qui nous occupe, entre concurrence et droit de la PI, restent néanmoins encore sujets à débat.

9. Pour ce qui est de la relation entre PI et innovation, il apparaît que les DPI sont considérés comme un outil essentiel dans la promotion de l'innovation. La littérature spécialisée est toutefois partagée sur le fait que des droits de brevet plus solides et plus étendus pourraient favoriser l'innovation, et les éléments probants d'une stimulation de l'innovation par les DPI, et en particulier les brevets, restent relativement mitigés. Les effets des brevets sur l'innovation varient sensiblement d'un secteur d'activité à l'autre. Plusieurs études ont montré que les brevets ne semblent pas être des mécanismes très efficaces pour protéger l'innovation en dehors d'un nombre restreint de secteurs, mais aussi que les brevets font partie des outils les moins utilisés pour garantir la rentabilité des innovations (OCDE, *Enquiries Into Intellectual Property's Economic Impact DSTI/ICCP(2014)17*, 2015, pp. 10, 31-32).

10. De la même manière, la théorie économique ne permet pas de déterminer de façon concluante les résultats qui peuvent être attendus d'un renforcement des DPI. Ce renforcement pourrait ainsi encourager les parties prenantes à intensifier leurs efforts d'innovation et à ouvrir davantage l'accès à leurs innovations, ce qui aurait pour effet d'élargir les marchés au profit des utilisateurs et des producteurs de propriété intellectuelle. À l'inverse, des droits plus solides pourraient créer ou accroître un pouvoir de marché. Certains détenteurs de DPI se verraient alors incités à restreindre l'accès à leurs innovations ou à retarder de nouvelles innovations, ce qui n'entraînerait potentiellement que des retombées économiques très faibles pour la société dans son ensemble (OCDE, *Enquiries Into Intellectual Property's Economic Impact DSTI/ICCP(2014)17*, 2015, p. 39).

11. De très nombreux travaux ont par ailleurs été consacrés à la relation entre l'innovation et la politique de la concurrence³. Certains auteurs dénoncent une relation négative entre concurrence et innovation, estimant que les incitations à innover dépendent des perspectives de rentes de monopole⁴ (Schumpeter, 1942). D'autres défendent toutefois l'idée que la nécessité de l'emporter sur ses concurrents constitue en soi une forte incitation à l'innovation, et considèrent comme positive la relation entre la concurrence et l'innovation (Arrow K. , 1962).

12. Une position intermédiaire, étayée par des éléments empiriques, consiste à s'intéresser à la manière dont les résultats de l'innovation dépendent de structures de marché spécifiques. Cette approche pose comme postulat qu'il existe une relation en U inversé entre la concurrence et l'innovation, autrement dit qu'une concurrence trop forte ou trop faible peut avoir une incidence négative sur l'innovation (Aghion, Bloom, Blundell, Griffith, & Howitt, 2005). Cette approche attribue un rôle positif, bien que limité, à l'application du droit de la concurrence, du fait que les actions répressives touchent des marchés relativement concentrés (soit les marchés où une concurrence soutenue peut

entraîner un accroissement de l'innovation). En identifiant puis en supprimant les restrictions anticoncurrentielles, les autorités de la concurrence peuvent créer des espaces et des possibilités d'innovation et de croissance (OCDE, Competition Policy and Knowledge-Based Capital, 2013, p. 13).

13. La relation entre concurrence et innovation demeure toutefois incertaine, puisque les interprétations divergent en fonction des hypothèses de modélisation⁵ et des structures de marché (OCDE, Competition, Patents and Innovation DAF/COMP(2007)40, 2006, p. 18; OCDE, Competition Policy and Knowledge-Based Capital, 2013, pp. 9-11). Ces divergences ont influencé les discussions portant sur la nature de la relation entre le droit de la concurrence et les DPI.

14. La législation sur la propriété intellectuelle peut sembler contradictoire avec le droit de la concurrence, dans la mesure où les DPI protègent les innovateurs contre certaines formes de concurrence, leur permettant ainsi de fixer des prix à un niveau supra-concurrentiel pendant une période donnée (OCDE, Intellectual Property Rights DAF/COMP(2004)24, 2004, p. 17). Il est toutefois aujourd'hui largement admis que cette opposition est plus théorique que réelle, dans la mesure où ces politiques visent toutes deux à promouvoir le bien-être du consommateur, la croissance économique et l'innovation⁶ (OCDE, Competition Policy and Knowledge-Based Capital, 2013, p. 18).

15. L'arbitrage nécessaire entre les avantages d'une concurrence accrue à court terme et les gains d'un surcroît d'innovation à long terme soulève une question essentielle : dans quelle mesure le droit de la concurrence devrait-il interférer avec les DPI ? Ce type d'arbitrage n'entre pas dans le champ du mandat des offices de brevets, et pose par nature d'importantes difficultés aux autorités de la concurrence (OCDE, Competition Policy and Intellectual Property Rights DAF/COMP(98)18, 1997, p. 6). L'ampleur des défis auxquels doivent faire face les autorités de la concurrence dans le cadre de ces arbitrages est reflétée par l'évolution, au fil du temps, de la manière dont le droit de la concurrence a pu appréhender la concession de licences d'exploitation de DPI.

2.1.1. Évolution de l'approche du droit de la concurrence en matière de concession de licences d'exploitation de droits de propriété intellectuelle

16. L'approche de la relation entre la concurrence et la législation sur la propriété intellectuelle a évolué avec le temps, passant de l'application stricte de règles formalistes à une focalisation, aujourd'hui, sur les effets des pratiques liées à la PI. Malgré une prise en compte de ces évolutions, de nouveaux défis sous-jacents aux interactions entre le droit de la concurrence et la législation sur la propriété intellectuelle ne cessent d'apparaître à mesure que l'économie se transforme, que de nouvelles pratiques commerciales sont développées ou encore que les entreprises adoptent de nouveaux comportements anticoncurrentiels.

17. Les divergences qui opposent le droit de la concurrence et la législation sur la PI sont particulièrement flagrantes depuis l'adoption des premiers régimes de concurrence en Amérique du Nord. Lors du traitement des premières affaires aux États-Unis, les autorités cherchèrent à distinguer ces deux domaines, concluant que les brevets et les accords liés au brevets n'entraient tout simplement pas dans le champ d'application du droit de la concurrence⁷. Cette exemption totale bénéficiant aux pratiques liées à la PI permit aux entreprises de contourner le droit de la concurrence par le biais de la concession de licences ; autrement dit, des entreprises concurrentes étaient en mesure de fixer leurs prix en recourant à des accords de concession réciproque de licences. Dans ce contexte, les tribunaux américains restreignirent progressivement la portée de ce principe d'exemption

et établirent que le droit de la concurrence pouvait pleinement s'appliquer lorsque les détenteurs de brevets dépassent les limites fixées dans le cadre de la délivrance d'un brevet⁸.

18. Les premières approches du droit de la concurrence en matière de concession de licences suivaient des règles formalistes. Au début des années 70, l'une de ces approches avait cristallisé une pratique succinctement ciblée par l'interdiction des « *Nine No-No's* » (neuf restrictions imposées par des licences) de la division antitrust du ministère américain de la Justice, laquelle constituait une condamnation générale de toute restriction verticale de concession de brevets, la rendant en soi illégale⁹ (Wilson, 1970). Une approche stricte en matière de concession de licences avait également été adoptée en Europe, où l'on appliquait dans les années 70 une classification stricte entre les comportements autorisés, partiellement autorisés et interdits (Whish & Bailey, *Competition Law*, 2018, p. 791).

19. Au cours des dernières décennies, de nombreuses juridictions à travers le monde ont reconnu que certaines pratiques d'octroi de licences qui étaient auparavant interdites pouvaient avoir des effets favorables à la concurrence. Elles ont ainsi commencé à exiger des évaluations dans l'optique des effets de ces pratiques de concession de licences, avant de pouvoir statuer sur leur caractère potentiellement anticoncurrentiel. En 1988, la division antitrust du ministère américain de la Justice a officiellement modifié sa position en passant d'une opposition absolue (« *per se* ») à certaines pratiques d'octroi de licences à une approche de « règle de raison », laquelle repose sur un principe d'équilibre des impacts anticoncurrentiels et pro concurrentiels potentiels de la concession de licences¹⁰. En Europe, une approche dans l'optique des effets de la concession de licences a également été adoptée¹¹. Des approches semblables ont pu être observées dans les recommandations publiées par différentes autorités de la concurrence à travers le monde, et notamment au Canada, en Corée et au Japon¹².

20. Ces développements sont également reflétés dans la manière dont ont pu évoluer les recommandations de l'OCDE en matière de concurrence et de législation sur la PI.

Encadré 2. Recommandations de l'OCDE en matière de propriété intellectuelle

Le Conseil de l'OCDE a publié deux recommandations concernant le droit de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle (ci-après désignées « les Recommandations de l'OCDE en matière de PI »), lesquelles abordent également la question de la concession de licences.

Ces Recommandations de l'OCDE en matière de PI viennent remplacer la version adoptée en 1978, intitulée *Recommandation du Conseil concernant l'action contre les pratiques commerciales restrictives relatives à l'usage des marques et des licences de marques* (C(78)40/FINAL). Cette brève recommandation précise qu'il convient de remédier aux conséquences nuisibles à la concurrence de certaines pratiques commerciales liées à l'exploitation de marques, si tant est que ces pratiques ne s'avèrent pas essentielles à la protection légitime du droit exclusif du propriétaire de la marque. Il est ainsi conseillé aux gouvernements de mettre en œuvre différentes mesures, parmi lesquelles : (i) la suppression des restrictions à l'importation d'un produit revêtu licitement d'une marque à l'étranger sous la même dénomination, si l'objectif de ces restrictions est de maintenir artificiellement des prix élevés ou de neutraliser la concurrence ; et (ii) l'interdiction d'un certain nombre de pratiques restrictives liées à l'exploitation de marques dans le cadre d'échanges nationaux ou internationaux. Les pratiques à interdire incluent les accords

horizontaux de répartition des marchés établis entre des entreprises concurrentes, les restrictions à la vente ou à la revente liées à une marque imposées aux preneurs, les accords de vente liée, et les accords de prix imposé impliquant des distributeurs ou des preneurs.

L'instrument juridique le plus récent, soit la *Recommandation du Conseil portant sur l'application du droit et de la politique de la concurrence aux accords de licences de brevets et de savoir-faire* (C(89)32/FINAL) (ci-après désignée « la Recommandation de l'OCDE sur la concession de licences »), a été adopté en 1989 en remplacement de la Recommandation du Conseil concernant l'action contre les PCR relative à l'usage des brevets et licences du 22 janvier 1974 (C(73)238(Final)). La Recommandation de 1974 proposait une approche formaliste interdisant différentes pratiques d'octroi de licences, parmi lesquelles la fixation des prix de revente, les restrictions territoriales exclusives, les restrictions de production, les restrictions des domaines d'exploitation ou encore les ventes liées. Il fut toutefois admis en 1989 que « l'idée bien ancrée, selon laquelle il y a conflit entre le droit de la propriété intellectuelle et la politique de la concurrence, doit être remise en question. Les droits de propriété intellectuelle, comme les droits afférents à d'autres formes de propriété, sont indispensables au fonctionnement d'une économie de marché concurrentielle¹ ». La Recommandation de 1989 reconnut quant à elle que les DPI, et en particulier leur concession, étaient généralement favorables à la concurrence, même si cette concession, comme tout autre type d'accord interentreprises, est susceptible d'induire des effets anticoncurrentiels. Cette Recommandation de 1989 convenait ainsi qu'il n'était pas possible d'évaluer les risques d'effets anticoncurrentiels des accords de licence autrement qu'au cas par cas (à l'exception des accords de cartellisation sans équivoque), et que l'évaluation des pratiques d'octroi de licences au regard du droit de la concurrence devrait s'appuyer sur une analyse économique solide.

¹ (OCDE, Competition Policy and Intellectual Property Rights [CLP(89)3 et Corrigendum 1], 1989, p. 98).

21. Les principes énoncés dans les Recommandations de l'OCDE en matière de PI restent valables pour l'évaluation de nombreux accords de licence, comme cela sera confirmé par l'analyse des pratiques spécifiques d'octroi de licences abordées ci-après. Cette analyse fera toutefois également apparaître que ces Recommandations doivent être mises à jour afin de refléter les évolutions qui ont eu lieu depuis leur adoption il y a maintenant trente ans.

2.1.2. L'importance grandissante des DPI

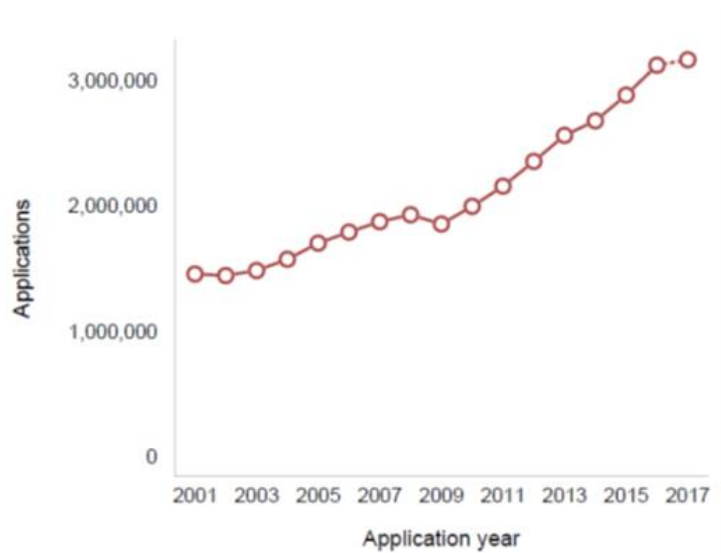
22. Au cours des deux dernières décennies, les droits de brevet ont globalement été élargis et renforcés, et le nombre de brevets délivrés a connu une forte augmentation. Aujourd'hui, de nouveaux types d'inventions et de créations peuvent bénéficier d'une protection, la durée de la couverture assurée par le régime du droit d'auteur a été prolongée, et des droits et mesures complémentaires ont été adoptés afin de toujours mieux protéger la propriété intellectuelle. Certaines de ces évolutions sont le résultat de l'application des dispositions d'accords internationaux, comme les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), le traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur ou encore le traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (OCDE, *Enquiries Into Intellectual Property's Economic Impact DSTI/ICCP(2014)17*, 2015, pp. 10, 18).

23. Les principaux facteurs de ce renforcement des DPI sont l'essor de l'Internet et la transformation numérique de l'économie. Le capital intellectuel a pris une importance accrue dans les pays de l'OCDE. Ce type de capital ne s'est pas seulement diffusé à de

nombreux secteurs d'activité différents, il s'est également développé au fil du temps jusqu'à devenir la forme d'investissement la plus importante pour les entreprises dans un nombre croissant de pays. Dans la mesure où les DPI permettent d'assurer la protection du capital intellectuel, il n'est pas étonnant que le capital protégé par des DPI joue un rôle de plus en plus important et étendu dans l'activité économique¹³. La PI s'est ainsi imposée comme un facteur d'influence particulièrement courant, agissant de manière significative sur les performances économiques de pratiquement tous les secteurs d'activité (OCDE, Enquiries Into Intellectual Property's Economic Impact DSTI/ICCP(2014)17, 2015, pp. 13, 18, 26-28).

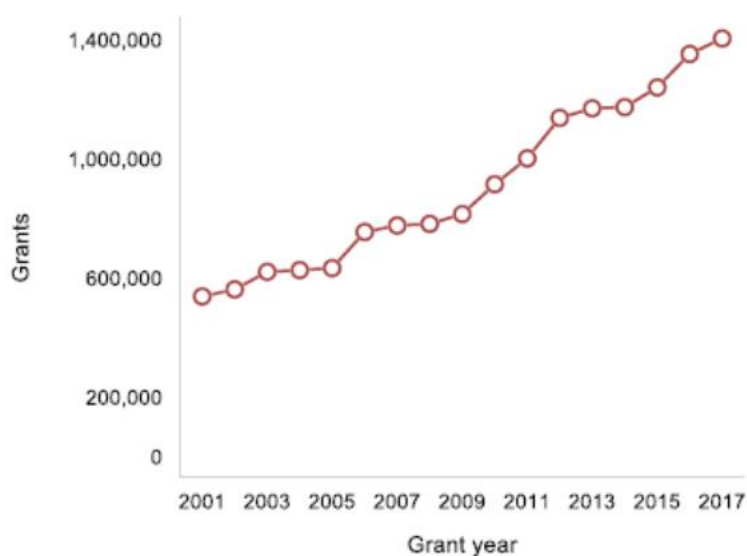
24. La mondialisation constitue un autre facteur du renforcement de la protection offerte par les DPI, en ce sens qu'elle a forcé les régimes de PI à s'adapter à la diversité géographique des procédés utilisés par les entreprises pour développer, fabriquer et distribuer leurs produits. Cette mondialisation a par ailleurs encouragé davantage d'entreprises œuvrant sur le marché mondial à formuler des demandes de protection de leur PI auprès de plusieurs juridictions différentes, ou bien encore à requérir une protection de leur droits d'auteur dans un nombre croissant de territoires où leurs travaux de création pourraient être en danger (OCDE, Enquiries Into Intellectual Property's Economic Impact DSTI/ICCP(2014)17, 2015, pp. 20-21). Les tendances à long terme montrent par exemple que depuis 2003 les demandes de brevets ont augmenté dans le monde entier, sauf en 2009 où elles ont connu une baisse de 3.8 % en raison de la crise financière. Près de la moitié de ces demandes de brevets sont des demandes initiales ; l'autre moitié sont des demandes réitérées dans d'autres juridictions (OMPI, World Intellectual Property Indicators 2018, 2018, p. 24).

Graphique 1. Évolution des demandes de brevets



Source : OMPI, *Indicateurs mondiaux relatifs à la propriété intellectuelle* (2018).

Graphique 2. Évolution des délivrances de brevets



Source : OMPI, *Indicateurs mondiaux relatifs à la propriété intellectuelle* (2018).

25. Les brevets ont bien plus suscité l'attention des spécialistes que n'importe quelle autre forme de DPI (OMPI, *Le nouveau visage de l'innovation*, 2011, p. 75). Les droits d'auteur, les marques et les secrets commerciaux restent toutefois, par certains aspects, les formes de DPI les plus significatives sur le plan économique¹⁴. Les droits d'auteur affichent ainsi des performances exceptionnelles du point de vue de l'ampleur des investissements qu'ils génèrent, du taux de croissance de ces investissements et de leur impact sur l'emploi et la valeur ajoutée brute (US Department of Commerce, 2012, pp. 40-41; OCDE, *Enquiries Into Intellectual Property's Economic Impact DSTI/ICCP(2014)17*, 2015, pp. 30-31, 40-41). Leur importance économique semble par ailleurs également être en progression. Outre les contenus artistiques, de radiodiffusion ou créés par des utilisateurs, le droit d'auteur protège également un nombre important d'investissements réalisés dans les logiciels à travers le monde, notamment dans les pays où ces logiciels ne peuvent être brevetés (OCDE, *Enquiries Into Intellectual Property's Economic Impact DSTI/ICCP(2014)17*, 2015, p. 10).

26. Cette importance grandissante accordée au droit d'auteur est reflétée dans le degré d'attention dont il fait actuellement l'objet. Dans une étude réalisée en 2015 couvrant 12 juridictions, l'OCDE a découvert que chacune d'entre elles avait modifié, ou envisageait de modifier, son régime d'exemption aux règles du droit d'auteur compte tenu des changements induits par la transformation numérique et l'Internet. Certains pays ont également renforcé leurs régimes de droits d'auteur afin de mieux parer aux nouvelles opportunités de piratage qu'offrent la transformation numérique et l'Internet. Plusieurs pays ont quant à eux adopté ou proposé des amendements à leur législation sur le droit d'auteur, de sorte à créer un droit d'auteur annexe au profit des éditeurs de contenus en ligne (OCDE, *Enquiries Into Intellectual Property's Economic Impact DSTI/ICCP(2014)17*, 2015, pp. 46, 232-303).

Encadré 3. Réformes récentes du droit d'auteur

Au cours des dernières années, de nombreuses initiatives ont été entreprises afin de mettre à jour et réformer les régimes de droit d'auteur. Les exemples ci-dessous, tous observés dans des pays de l'OCDE, ont été examinés dans (OECD, 2015[1]) :

- En Australie, la Commission fédérale de réforme du droit a mené en 2014 une enquête sur les exemptions du droit d'auteur dans l'économie numérique. Le rapport de la Commission de productivité relatif aux mécanismes de propriété intellectuelle publié en 2016 soutenait cette proposition de réforme et recommandait de nouveaux amendements. Différents actes législatifs ont en outre été adoptés récemment, parmi lesquels la Loi modificative sur le droit d'auteur (relative aux infractions en ligne) de 2015, la Loi modificative sur le droit d'auteur (relative aux handicaps et autres mesures) de 2017, la Loi modificative sur le droit d'auteur (relative à la violation en ligne du droit d'auteur) de 2018 et la Loi modificative sur le droit d'auteur (relative aux prestataires de services) de 2018.
- Le Canada a réformé sa législation sur le droit d'auteur en 2012 afin de mieux prendre en compte les répercussions de l'Internet et de la transformation numérique par le biais de sa Loi sur la modernisation du droit d'auteur.
- Au Chili, la législation a été modifiée en 2010 avec pour objectif de lutter contre le piratage numérique et protéger les droits des créateurs de contenu au vu des évolutions technologiques récentes.
- L'Union européenne travaille depuis quelque temps sur une modification du cadre juridique régissant le droit d'auteur, et ce, afin de l'adapter au mieux à l'environnement numérique actuel. Début avril 2019, elle a ainsi réformé son régime de droit d'auteur par l'adoption de la Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique.
- Au cours des dernières années, le Japon a modifié sa législation sur le droit d'auteur à plusieurs reprises. En 2012, des amendements ont été adoptés afin de limiter les utilisations prétendument fortuites de documents protégés par le droit d'auteur et renforcer la protection assurée par les droits d'auteur et les droits voisins pour lutter efficacement contre le piratage. En 2018, une nouvelle réforme a été promulguée dans le but d'élargir les utilisations possibles à titre gratuit de contenus soumis au droit d'auteur, et ce, sans l'autorisation de leur propriétaire, afin de lever les obstacles au développement de l'intelligence artificielle (IA).
- En Suisse, le Conseil fédéral a préparé un projet de loi visant à amender la Loi sur le droit d'auteur, lequel a été validé par le Conseil national en décembre 2018. Ce projet de loi propose diverses modifications de la loi existante et vise, entre autres, à l'adoption d'une approche plus ferme de la lutte contre la piratage en ligne.
- Au Royaume-Uni, le rapport Hargreaves publié au début de la décennie s'interrogeait sur les différentes manières possibles de réformer le régime de droit d'auteur afin d'améliorer son efficacité à l'ère numérique. Le gouvernement a mis en œuvre plusieurs de ces réformes en 2014, et intégré de nouvelles exemptions pour l'exploration de texte et de données à des fins de recherche non commerciale, mais aussi pour la copie privée à usage personnel ou destinée à la parodie, à la caricature ou au pastiche. Une exemption prolongée a également été prévue pour

les citations. De nouvelles réformes, plus récentes, ont également été promulguées suite à la Loi sur l'économie numérique de 2017.

- Aux États-Unis, la Loi sur le droit d'auteur a récemment été modifiée par la Loi sur le déverrouillage des téléphones mobiles et la concurrence dans la téléphonie sans fil de 2014, la Loi sur la modernisation de la musique de 2018 et la Loi de mise en œuvre du traité de Marrakech.

27. Aucune recommandation de l'OCDE, y compris les Recommandations de l'OCDE en matière de PI, n'aborde toutefois actuellement la question des droits d'auteur. La Recommandation portant sur l'application du droit et de la politique de la concurrence aux accords de licences de brevets et de savoir-faire de 1989 indique clairement qu'elle ne s'applique pas aux domaines d'expression artistique protégée (par le droit d'auteur notamment) ou aux marques et franchises (OCDE, Competition Policy and Intellectual Property Rights [CLP(89)3 et Corrigendum 1], 1989, p. 98). La Recommandation du Conseil concernant l'action contre les pratiques commerciales restrictives relatives à l'usage des marques et des licences de marques de 1978 ne prend par ailleurs en compte aucune de ces évolutions, ni ne reflète le consensus actuel sur la nécessité d'une analyse dans l'optique des effets pour une évaluation efficace de la concession de licences¹⁵. Cette recommandation n'intègre donc aucunement la manière dont le droit de la concurrence a modifié son approche des pratiques d'octroi de licences au cours des dernières décennies.

28. Pour résumer, les interactions entre les DPI et la concurrence ont connu une croissance notable avec l'essor de l'économie numérique. Son impact va d'ailleurs bien au-delà des biens et services d'information, et s'étend à d'autres secteurs de l'économie. Les problèmes de concurrence dans l'économie numérique ont considérablement gagné en importance pour les autorités de concurrence, et ont majoritairement trait à la question de la concession de licences (OCDE, The Digital Economy, 2012).

29. Il existe néanmoins un consensus sur la nécessité pour les pratiques d'octroi de licences d'être évaluées à l'aune de leurs effets. Cela n'est toutefois possible que par la réalisation d'une analyse économique, laquelle fera l'objet de la section suivante.

3. Aspects économiques de la concession de licences d'exploitation de droits de propriété intellectuelle

30. Une partie des réserves dont font preuve les politiques de la concurrence face aux DPI peuvent être attribuées à l'idée préconçue que la création d'un droit de propriété intellectuelle octroie de fait un monopole économique, accompagné d'un ensemble de droits exclusifs. Aux États-Unis, on a longtemps considéré qu'un brevet créait une situation de monopole, au sens du droit de la concurrence. Les tribunaux américains dénonçaient ainsi explicitement les « monopoles de brevet » et estimaient que l'existence d'un brevet ou d'un droit d'auteur valide suffisait à conférer une emprise sur le marché dans les affaires de concurrence¹⁶. Il est aujourd'hui largement admis que la détention d'un DPI n'équivaut pas nécessairement à l'établissement d'un pouvoir de marché¹⁷. Le raisonnement qui sous-tend cette conclusion est aussi simple qu'imparable. Bien qu'un DPI octroie un pouvoir d'exclusion pour un produit, un procédé ou une œuvre spécifique, il existera toujours assez de substituts proches, existants ou potentiels, pour empêcher l'exercice d'un pouvoir de marché¹⁸ (Anderson & Kovacic, The application of competition policy vis-à-vis intellectual property rights: the evolution of thought underlying policy change, 2017, pp. 7-8).

31. Par ailleurs, l'existence d'un pouvoir de marché pour le donneur ne compromet pas nécessairement la concurrence. Les restrictions visant seulement à aider le donneur à récupérer la rente inhérente à son innovation s'inscrivent dans la logique des mécanismes d'incitation définis par le régime de PI. La question qui demeure toutefois est de savoir si les pratiques commerciales impliquant des DPI sont généralement favorables ou défavorables à la concurrence, et ce, compte tenu des incitations à l'innovation. Pour cela, il convient d'analyser les nombreux effets potentiels des accords de licence.

3.1. Effets favorables à la concurrence de la concession de licences d'exploitation de DPI

32. Ce n'est qu'une fois qu'un droit de propriété intellectuelle a été créé pour une innovation que celle-ci se trouve dans les conditions optimales pour une divulgation et une diffusion auprès de la collectivité. Cependant, si cette divulgation et cette diffusion s'avéraient obligatoires, l'innovation en question pourrait ne jamais avoir vu le jour. Ainsi, bien qu'un DPI puisse entraîner à court terme l'exploitation imparfaite d'une innovation, c'est le prix qu'il faut payer pour assurer à long terme une plus grande efficacité dans l'attribution des ressources par le biais d'un niveau optimal d'activités innovantes et de recherche. (OCDE, Competition Policy and Intellectual Property Rights [CLP(89)3 et Corrigendum 1], 1989, p. 98)

33. Néanmoins, les inconvénients à court terme peuvent être réduits par la concession de licences. La concession de licences contribue à la diffusion et à l'exploitation d'innovations et de créations protégées, et favorise la concurrence dans le cadre de leur distribution, et ce, malgré les obligations imposées par les DPI applicables. Par ailleurs, dans la mesure où un détenteur de DPI ne choisira de céder son innovation sous licence que lorsque les recettes engendrées par la concession de licences dépasseront les recettes qu'il pourrait obtenir en excluant ses concurrents, on peut considérer que la capacité à concéder des licences augmentent les incitations pour les détenteurs de DPI désireux d'investir *ex ante*¹⁹. Les contrats de concession de licences d'exploitation de DPI seront ainsi généralement favorables à la concurrence, encourageant non seulement l'innovation en amont, mais aussi la concurrence en aval (OCDE, Competition Policy and Intellectual Property Rights [CLP(89)3 et Corrigendum 1], 1989, pp. 11, 17; Padilla, Ginsburg, & Wong-Ervin, 2019, pp. 8-9).

34. Un certain nombre d'effets favorables à la concurrence ont pu être attribués aux accords de licence, parmi lesquels : (i) la possibilité pour les innovateurs de maximiser leurs recettes proportionnellement à l'augmentation du bien-être des consommateurs découlant de leur innovation, ce qui constitue une incitation à l'innovation de manière plus générale ; (ii) la capacité pour les innovateurs de promouvoir leur propriété intellectuelle tout en limitant leur exploitation opportuniste par des pseudo-pirates ; (iii) la simplification de la gestion des risques et la diminution des coûts de transaction dans le cadre de la commercialisation des innovations ; (iv) la protection et la préservation d'une image de marque (par exemple, une réputation de qualité) ; et (v) la promotion de l'efficacité productive des preneurs (OCDE, Competition Policy and Intellectual Property Rights [CLP(89)3 et Corrigendum 1], 1989, pp. 18-21).

35. Ces effets favorables à la concurrence tiennent au fait que la plupart des accords de licence sont des contrats verticaux conclus entre une entreprise œuvrant sur un marché technologique en amont (le donneur) et une entreprise œuvrant sur un marché en aval (le preneur)²⁰ (OCDE, Competition Policy and Intellectual Property Rights [CLP(89)3 et Corrigendum 1], 1989, p. 21). Un DPI consiste généralement en un élément d'appui qui

tire sa valeur de son association à des facteurs complémentaires. Les détenteurs de DPI considèrent souvent plus efficace de collaborer avec d'autres acteurs qui leur procureront ces facteurs, plutôt que chercher à les créer eux-mêmes. Les économistes considèrent ainsi que la plupart des accords verticaux sont favorables à la concurrence, ou au pire sans aucune incidence (OCDE, Vertical Restraints for On-line Sales DAF/COMP(2013)13, 2013, p. 10). Le même raisonnement peut être appliqué à la majorité des accords de licence²¹. La concession de licences permet d'intégrer différents facteurs de production à une propriété intellectuelle sous licence, ce qui entraîne une exploitation plus efficace de cette PI qui bénéficie à terme aux consommateurs par une réduction des coûts et par l'introduction de nouveaux produits²².

3.2. Effets anticoncurrentiels de la concession de licences d'exploitation de DPI

36. Les accords de licence peuvent néanmoins parfois poser certains risques susceptibles de compromettre la concurrence. Le principal risque est la formation d'ententes, lesquelles peuvent apparaître dès lors qu'un accord est établi entre des concurrents de fait ou potentiels sur un marché donné. Ces ententes peuvent prendre forme sur les marchés de produits dont la fabrication exploite une technologie sous licence, ou bien directement sur le marché de cette même technologie. Dans le cas des marchés de produits fabriqués à partir d'une technologie sous licence, les ententes cartellaires entre preneurs peuvent être mises en place par le biais d'accords verticaux de distribution, par exemple en incitant les donneurs à forcer l'application de prix imposés qui devront par voie de conséquence être respectés par les preneurs. Les accords verticaux de fixation des prix peuvent également contribuer à la pérennité des ententes pour les donneurs en renforçant la transparence et la stabilité de leurs prix (OCDE, Competition Policy and Intellectual Property Rights [CLP(89)3 et Corrigendum 1], 1989, pp. 22-23, 100; Padilla, Ginsburg, & Wong-Ervin, 2019, pp. 20-21).

37. La possibilité qu'un accord de licence donne lieu à une situation d'éviction anticoncurrentielle constitue un autre risque pour la concurrence (par exemple, par le biais de restrictions verticales augmentant de manière significative les obstacles à l'entrée, en instaurant l'obligation d'accéder au marché à plus d'un niveau). Les consommateurs ne devraient toutefois subir les effets anticoncurrentiels des restrictions verticales que dans un nombre limité de conditions de marché. La première de ces conditions est un degré élevé de concentration sur le marché pour le donneur, sous réserve que les donneurs plus importants mettent en œuvre les mêmes restrictions ou des restrictions équivalentes. La deuxième condition est qu'une part importante du marché du preneur soit soumise à ces restrictions. Enfin, l'accès à ce marché restreint doit être difficile²³ (OCDE, Competition Policy and Intellectual Property Rights [CLP(89)3 et Corrigendum 1], 1989, pp. 23-24, 101).

3.3. Mise en perspective des effets favorables et défavorables à la concurrence

38. Les sections précédentes ont permis d'identifier différents aspects proconcurrentiels et anticoncurrentiels des accords de concession de licences d'exploitation de DPI. L'existence de ces effets opposés montre bien que juger de la compatibilité des accords de licence avec le droit de la concurrence ne peut pas s'appuyer exclusivement sur des critères formalistes. Les accords de licence, considérés de manière isolée, ne sont pas plus « positif » que « négatif » du point de vue des politiques de la concurrence. Une même clause, intégrée à plusieurs accords de licence, peut être utilisée à de nombreuses fins différentes et générer des effets variables sur la concurrence. Cela prouve l'importance

d'une étude concrète des objectifs et des effets possibles des clauses figurant dans les accords de licence, et ce, dans leur contexte économique (OCDE, Competition Policy and Intellectual Property Rights [CLP(89)3 et Corrigendum 1], 1989, p. 25).

39. Conformément à l'évolution du droit de la concurrence en matière de concession de licences d'exploitation de DPI (tel que présentée dans la section 2.1 ci-dessus), il est aujourd'hui largement admis que les autorités de la concurrence doivent déterminer les effets probables des accords de licence sur la concurrence en mettant en balance leurs effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels (Anderson, et al., 2018, p. 64). Cette pratique est d'ailleurs reprise dans les directives de bon nombre d'autorités de la concurrence.

Encadré 4. Évaluation d'impact dans les directives sur la PI

Les directives du Canada en matière de propriété intellectuelle considèrent que la concession de licences est une pratique favorable à la concurrence dans la grande majorité des cas. Elle faciliterait en effet une exploitation plus étendue de DPI utiles par des acteurs tiers. Le Bureau de la concurrence refuse de considérer comme anticoncurrentiels les accords de licence touchant à la PI, à moins qu'ils ne réduisent la concurrence de manière significative par rapport au niveau probable qui aurait existé si les conditions potentiellement anticoncurrentielles n'avaient pas été intégrées à l'accord de concession. Les comportements liés à la propriété intellectuelle ayant des effets horizontaux peuvent se révéler anticoncurrentiels. Certaines restrictions de la concurrence peuvent néanmoins parfois permettre une utilisation des ressources plus efficace. Cela peut notamment être le cas des accords, conventions et transactions liés à la propriété intellectuelle qui seraient verticaux par nature et qui intègrent des facteurs complémentaires. En règle générale, lorsqu'il s'agit de déterminer si une pratique relative à une PI est anticoncurrentielle, le Bureau de la concurrence tient compte des effets de cette pratique qui favorisent la concurrence¹.

Dans l'Union européenne, les Lignes directrices sur le transfert de technologie considèrent que si un accord ne constitue pas une restriction de la concurrence par objet, il convient d'examiner s'il peut néanmoins avoir des effets restrictifs sur la concurrence. Doivent alors être pris en compte aussi bien les effets anticoncurrentiels réels que potentiels. Les accords de licence peuvent toutefois également offrir des perspectives proconcurrentielles non négligeables, et la grande majorité de ces accords se révèlent finalement tout à fait bénéfiques pour la concurrence. Par conséquent, lorsqu'un accord de licence a des effets restrictifs sur la concurrence, ceux-ci doivent être évalués à l'aune des effets favorables de cet accord².

En Corée, les effets anticoncurrentiels que génère l'exercice des DPI sur les marchés concernés peuvent être déterminés par une évaluation approfondie des considérations relatives aux augmentations des prix, à la limitation de la production, au rétrécissement de l'offre de biens et services, aux freins à l'innovation, aux effets d'éviction ou encore à l'augmentation des coûts supportés par les concurrents. Toutefois, si l'exercice d'un DPI entraîne des gains d'efficacité, ces effets devront être pris en compte pour déterminer si cette pratique est ou non illégale. Si les gains d'efficacité sont supérieurs aux effets restrictifs d'une pratique, cette dernière ne saura être considérée comme illégale³.

Les Lignes directrices du Japon sur la PI considèrent que pour déterminer si des restrictions en matière d'utilisation de technologies ont une influence négative sur la concurrence, il convient de prendre en compte la nature de ces restrictions et leurs effets, l'existence ou

non de justifications raisonnables pour l'adoption de ces restrictions, ainsi que leurs effets sur les incitations pour les activités de recherche, de développement et de concession de licences⁴.

Aux États-Unis, les Directives sur la concession de licences établissent que certains types de pratiques liées à la propriété intellectuelle peuvent avoir des effets anticoncurrentiels contre lesquels le droit de la concurrence garantit une protection. Bien que les accords de licence de PI soient généralement favorables à la concurrence et contribuent à l'amélioration du bien-être des consommateurs, certains problèmes peuvent toutefois se poser. Dans la grande majorité des cas, les restrictions prévues dans les accords de licence de PI sont évaluées selon la règle de raison. Il convient ainsi d'établir si une restriction donnée est susceptible de produire des effets anticoncurrentiels et, le cas échéant, si cette restriction s'avère raisonnablement nécessaire pour produire des bienfaits proconcurrentiels supérieurs aux effets anticoncurrentiels⁵.

Des approches du même ordre ont également été adoptées par des pays non-membres de l'OCDE⁶. Ainsi, en République populaire de Chine (ci-après la « Chine »), les directives sur l'exploitation abusive de la propriété intellectuelle préconisent une approche au cas par cas, laquelle équivaut plus ou moins à la règle de raison⁷. En Afrique du Sud, la Commission de la concurrence a reconnu que les DPI étaient susceptibles de générer à long terme des avantages proconcurrentiels, lesquels doivent toutefois être mis en balance avec les effets anticoncurrentiels à court terme⁸.

Notes :

¹ Lignes directrices du Canada sur la PI, § 34, 69-73.

² Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 15-18.

³ Lignes directrices de la Corée sur la PI, § II.3.B. Voir également : (Anderson, et al., 2018, p. 37).

⁴ Lignes directrices du Japon sur la PI, § 2.3. Voir également : (Anderson, et al., 2018, pp. 31-32.).

⁵ Directives américaines sur la concession de licences, § 2.1, 3.4.

⁶ L'Inde est peut-être la principale exception. Bien que l'importance de l'approche de la « règle de raison » ait été reconnue dans certaines affaires récentes liées à des questions de concurrence, l'Inde continue généralement de suivre une approche « *per se* », comme en témoigne la jurisprudence limitée sur les interactions entre la propriété intellectuelle et la politique de la concurrence. Voir : (Anderson, et al., 2018, p. 52).

⁷ Voir la section I(i) des Lignes directrices de la Commission nationale pour le développement et la réforme, et les articles 4(2) et 15 des Lignes directrices de l'Administration publique de l'industrie et du commerce. Voir également : Lignes directrices antimonopoles provisoires sur l'exploitation abusive des DPI (les « Lignes directrices provisoires »), publiées aux fins de consultations par le public le 23 mars 2017 (en chinois) ; (He Jing & Hou Lei, 2016) ; et (Anderson, et al., 2018, p. 47).

⁸ Commission de la concurrence sud-africaine, Loi sur la propriété intellectuelle et la concurrence, *Competition News*, édition du 4 juin 2001. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2014/09/June-01-Newsletter.pdf>. Voir également : (Anderson, et al., 2018, pp. 60-61).

40. Faire la différence entre les comportements favorables à concurrence et les pratiques anticoncurrentielles en matière d'octroi de licences est devenu au fil du temps l'un des axes de travail principaux des autorités de la concurrence. Au vu de cette expérience, il n'est pas étonnant que les approches fondées sur des principes dans l'évaluation de certaines pratiques d'octroi de licences aient été adoptées afin de fournir des recommandations plus pertinentes et de rationaliser l'analyse de la concurrence, plutôt que de procéder à une analyse complète dans l'optique des effets pour chaque affaire (OCDE, Les régimes de protection et les présomptions légales en droit de la concurrence DAF/COMP(2017)9, 2017, pp. 8-11, 16-19). Les sections suivantes présentent la manière dont certaines de ces pratiques ont pu être traitées en vertu du droit de la concurrence.

4. Clauses courantes dans les accords de licence

41. Cette section offre une vue d'ensemble de certaines des clauses présentes dans les accords de licence et qui font le plus souvent l'objet d'une analyse concurrentielle. Les clauses abordées ici ne constituent pas des exemples exhaustifs des différents types de dispositions potentiellement anticoncurrentielles en matière de concession de licences ; d'autres pratiques sont en effet traitées dans les directives nationales. Comme nous le verrons, la plupart des pays s'accordent sur la manière de traiter ces clauses équivoques, ce qui souligne un certain consensus quant à leurs effets et aux circonstances dans lesquelles elles peuvent produire des résultats nuisibles à la concurrence.

42. Les débats relatifs aux effets de ces clauses sur la concurrence partent généralement du principe que les mêmes considérations doivent s'appliquer à tous les types de DPI cédés sous licence. Cela reflète le fait que, malgré des différences claires et marquées en termes d'objectif, de portée et de durée dans la protection assurée par les différents types de DPI (brevets, droits d'auteur, secrets commerciaux, etc.), les principes directeurs en matière de concurrence restent les mêmes. Dans l'évaluation individuelle des clauses figurant dans les accords de licence, les analyses de la concurrence prennent néanmoins en compte les différences qui existent entre ces formes multiples de propriété intellectuelle²⁴.

4.1. Accords de fixation des prix et restrictions de la production

43. Les clauses incluses dans les accords de licence qui visent à définir une tarification ou à contrôler la production peuvent être assimilées à des accords collusoires de fixation des prix ou de restriction de la production, auquel cas elles seront considérées comme irrégulières. Si toutefois une pratique n'est pas jugée constitutive de la formation d'une entente, ces restrictions peuvent être accessoires à des accords de licence pro concurrentiels.

44. Les accords de fixation des prix peuvent permettre aux preneurs de s'assurer une certaine marge, les incitant ainsi à investir dans la production et la promotion d'innovations, et favorisant la concurrence entre les marques. Ces clauses peuvent également garantir un rendement pour les donneurs, en augmentant la rentabilité des innovations et en renforçant les incitations à innover et à concéder des licences. À l'instar des accords de fixation des prix, les restrictions de la production peuvent avoir pour objectif de préserver les marges des preneurs et d'inciter à la promotion des innovations protégées. Ces restrictions peuvent également contribuer à maintenir les recettes des donneurs (notamment si les deux parties œuvrent sur le même marché), renforçant ainsi les incitations à céder leurs innovations sous licence²⁵. Entre non-concurrents, le principal risque anticoncurrentiel découlant de l'imposition de restrictions de la production par un donneur à des preneurs est une limitation de la concurrence intratechnologique entre preneurs²⁶ (OCDE, Competition Policy and Intellectual Property Rights [CLP(89)3 et Corrigendum 1], 1989, p. 102). L'approche convenue au plan international pour l'évaluation des accords de fixation des prix et des restrictions de la production non collusoires dans le cadre d'accords de licence reste une évaluation dans l'optique des effets²⁷.

45. Le seul domaine dans lequel peuvent être observées des approches différentes en fonction des juridictions est celui des prix de revente minimum. Ces différences sont assez caractéristiques des approches adoptées face à ce type de clause dans les accords verticaux. Certaines juridictions estiment que tous les accords par lesquels un donneur impose à un preneur des conditions sur le prix de revente du produit qui intègre la technologie protégée (y compris des conditions sur le prix de revente minimum) devraient faire l'objet d'une analyse dans l'optique des effets²⁸. Dans d'autres pays néanmoins, alors que l'inclusion de

conditions sur un prix de revente maximum ou recommandé donneront elles aussi lieu à une analyse dans l'optique des effets, les conditions imposant un prix de revente minimum seront tout simplement interdites²⁹.

Encadré 5. Retransmission d'événements sportifs (Pologne)

En amont de la Coupe du monde de football de 2014, l'autorité polonaise de la concurrence examina des accords par lesquels la société SportFive accordait à 11 diffuseurs une licence non exclusive pour la retransmission de deux matchs qualificatifs de l'équipe nationale polonaise. Cette enquête révéla que chaque accord prévoyait une clause imposant une redevance minimale de 20 PLN par téléspectateur (environ 5 EUR). Cette clause avait à l'origine été introduite par Cyfrowy Polsat, l'un des principaux fournisseurs de télévision numérique multi-chaînes en Pologne et le premier diffuseur à signer un accord de licence avec SportFive. Cette clause fut ensuite incluse dans les accords établis avec les autres diffuseurs.

Malgré la nature verticale de ces accords de licence non exclusifs, l'autorité de la concurrence avait conclu que, s'ils étaient pris de manière globale, ces accords étaient assimilables à un accord horizontal entre preneurs pour la fixation d'un prix de revente minimum, coordonné et supervisé par SportFive. Autrement dit, cette pratique était très proche d'un accord de relation en étoile et constituait une restriction de la concurrence par objet¹.

¹ Autorité polonaise de la concurrence, décision DOK-2/2013 relative à retransmission d'événements sportifs du 21 août 2013.

4.2. Exclusivité

46. Un accord de licence peut prévoir différentes formes d'exclusivités. Une première forme consisterait par exemple à contraindre un donneur dans sa capacité à céder sous licence ses propres DPI à des tiers, voire à les exploiter lui-même. Une autre forme d'exclusivité tient au fait d'empêcher ou de limiter la capacité d'un preneur à vendre, distribuer, exploiter ou céder sous licence des technologies concurrentes (pratique appelée la « distribution exclusive »)³⁰.

4.2.1. Restrictions territoriales, au domaine d'utilisation et à la clientèle

47. Lorsqu'un donneur limite sa propre capacité à céder une licence à des tiers ou même à exploiter librement ses DPI en accordant des droits exclusifs aux preneurs, il s'agit généralement de conventions associées à certains territoires, domaines d'utilisation ou catégories de clients spécifiques.

48. Dans le cadre d'une restriction au domaine d'utilisation, les licences sont soit limitées à un ou plusieurs champs d'application techniques, soit à un ou plusieurs marchés de produits ou secteurs d'activité. L'exploitation de la technologie protégée est ainsi restreinte à un ou plusieurs domaines d'utilisation particuliers pour le preneur, sans pour autant que la capacité du donneur à exploiter cette technologie n'en soit amoindrie³¹. Les restrictions au domaine d'utilisation peuvent avoir des effets favorables à la concurrence, en encourageant les donneurs à céder leurs technologies sous licence pour des utilisations qui sortent de leur champ d'application d'origine. Si un donneur n'avait pas la possibilité d'empêcher les preneurs d'œuvrer dans des domaines où il exploite lui-même sa technologie, ou dans des domaines où la valeur de cette technologie n'est pas encore bien

établie, cela pourrait dissuader les détenteurs de DPI de céder des licences ou les mener à imposer des redevances plus élevées³². Les restrictions au domaine d'utilisation peuvent ainsi être associées à d'autres restrictions afin de permettre au donneur de baisser le prix auquel il propose les licences pour ses DPI et d'accroître la production dans des domaines d'utilisation spécifiques (OCDE, Competition Policy and Intellectual Property Rights [CLP(89)3 et Corrigendum 1], 1989, p. 102).

49. Les restrictions territoriales peuvent être utilisées pour ménager les marges aussi bien des donneurs que des preneurs en limitant la concurrence entre les marques sur un territoire donné. Cette forme de restriction est susceptible de favoriser les investissements dans l'utilisation et la promotion de nouvelles technologies ou de contenus protégés, et ainsi de contribuer à leur plus large diffusion. Les restrictions territoriales peuvent également jouer un rôle dans l'établissement de prix différents selon les marchés, et ce, en adéquation avec les fonctions locales de demande. De telles différences de prix peuvent être favorables à la concurrence, en ce sens qu'elles se traduisent par des prix plus faibles lorsque les consommateurs bénéficient d'une élasticité croisée plus forte de la demande, entraînant une production totale supérieure à ce qu'elle serait si les donneurs n'avaient accès qu'à un prix de monopole unique sur l'ensemble des territoires. Des considérations du même ordre s'appliquent également aux restrictions relatives aux catégories de clients auxquelles un produit sous licence peut être vendu³³ (OCDE, Competition Policy and Intellectual Property Rights [CLP(89)3 et Corrigendum 1], 1989, p. 102).

50. Les exclusivités liées au territoire, au domaine d'utilisation ou à la clientèle ne posent principalement de problèmes de concurrence que s'il existe une relation horizontale entre les donneurs, entre les preneurs, ou entre un donneur et ses preneurs. Comme exposé ci-dessus, il est néanmoins largement admis que ces restrictions peuvent servir des objectifs favorables à la concurrence. Déterminer si ces clauses contreviennent ou non au droit de la concurrence n'est ainsi possible qu'en mettant en balance leurs effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels³⁴.

51. Certaines juridictions peuvent cependant choisir d'interdire des formes spécifiques de restrictions territoriales absolues. L'UE a ainsi adopté une approche rigoureuse des limitations basées uniquement sur le champ d'application géographique des DPI, en particulier relativement aux ventes passives (Lianos, 2019, pp. 53, 56; Vinje, 2018, p. 49). Cela se manifeste à la fois dans la jurisprudence³⁵ et dans les instruments juridiques fournis par les institutions européennes, lesquelles sources considèrent que les ventes passives sont susceptibles de constituer des restrictions de concurrence par objet³⁶. Ce souci qu'ont les institutions européennes d'empêcher les restrictions territoriales absolues sur le territoire communautaire peut correspondre à une volonté de prévenir tout partage du marché et à l'impératif de marché unique³⁷ (OCDE, Vertical Restraints for On-line Sales DAF/COMP(2013)13, 2013, pp. 25, 77; Whish & Bailey, Competition Law, 2018, p. 771).

Encadré 6. Restrictions territoriales absolues (UE et Suisse)

L'intérêt de l'UE pour les restrictions territoriales absolues transparaît dans un certain nombre d'affaires récentes. L'une des dernières affaires en date s'est soldée par une condamnation de Nike pour avoir interdit à des distributeurs de vendre des biens sous licence dans d'autres pays au sein de l'Espace économique européen (EEE)¹. Les produits dérivés sous licence présentent un ou plusieurs logos ou images protégés par des DPI (p. ex. : marques, droit d'auteur, etc.). La Commission européenne a déterminé que les accords non exclusifs de concession et de distribution établis par Nike pour ces produits

limitaient les ventes extraterritoriales par les preneurs, instaurant ainsi un cloisonnement du marché unique européen et empêchant les preneurs en Europe de vendre ces produits au-delà des frontières communautaires.

La retransmission des matchs du championnat d'Angleterre de football (*Premier League*) a elle aussi fait l'objet d'une affaire intéressante. La Premier League imposait ainsi dans ses contrats de licence une disposition interdisant aux diffuseurs de proposer leurs services à des abonnés en dehors de l'État membre pour lequel ils détenaient une licence. Les tribunaux européens ont déterminé que, même si la Premier League pouvait accorder ses droits sur une base territoriale, les dispositions correspondantes dans ses accords de retransmission ne pouvaient interdire la fourniture de dispositifs de décodage à l'extérieur du territoire couvert par le contrat, dans la mesure où cela ferait de cette exclusivité territoriale une exclusivité « absolue » et donc contraire au droit de la concurrence européen².

Consciente de ces pratiques, la Commission européenne a par la suite ouvert une enquête sur les aspects potentiellement anticoncurrentiels de la fourniture transfrontalière de services de télévision payante, et en particulier sur le recours à des restrictions territoriales absolues dans les accords de licence entre plusieurs studios de cinéma américains et différents diffuseurs de télévision payante européens. Au terme de cette enquête, Disney, NBC Universal, Sony Pictures, Warner Bros. et Sky ont proposé une série d'engagements relatifs aux clauses interdisant aux consommateurs en dehors du Royaume-Uni et de l'Irlande de souscrire les services de télévision payante de Sky UK pour accéder aux films de ces studios, en ligne comme par satellite. Les parties visées par cette enquête se sont ainsi engagées à ne plus appliquer ces clauses dans les contrats de licence existants pour la diffusion de films à la demande, et ce, avec l'ensemble des diffuseurs de l'EEE. Elles se sont également engagées à éviter d'introduire ou de réintroduire de telles clauses dans les contrats de licence de diffusion de films à la demande établis avec l'ensemble des diffuseurs de l'EEE³.

En Suisse, le Tribunal fédéral a récemment confirmé une décision rendue par la Commission de la concurrence (COMCO) imposant une amende de 4.8 millions CHF à l'encontre de Gaba pour avoir contractuellement interdit à son preneur autrichien Gebro d'exporter certains produits à l'extérieur de l'Autriche. D'après la COMCO, cet accord limitait sensiblement la concurrence en Suisse. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré que les pratiques de fixation des prix, de partage du marché et de restriction de la production constituaient par nature (par objet) des obstacles importants à la concurrence. De tels accords sont désormais interdits et sont susceptibles d'être sanctionnés s'ils ne peuvent pas être justifiés par des motifs d'efficacité économique⁴.

Notes :

¹ Affaire AT.40436, *Nike*, décision du 25 mars 2019.

² Affaires jointes C-403 & 429/08, *Football Association Premier League Ltd et autres contre QC Leisure et autres & Karen Murphy contre Media Protection Services Ltd* ECLI:EU:C:2011:631.

³ Affaire AT.40023, *Disney, NBCUniversal, Sony Pictures, Warner Bros. et Sky*, décision du 7 mars 2019. Voir également : affaire T-873/16, *Groupe Canal+* ECLI:EU:T:2018:904, relative à des engagements du même ordre proposés par Paramount pour la même affaire dans une décision du 26 juillet 2016.

⁴ *Colgate-Palmolive Europa Sàrl* (anciennement Gaba International AG), décision du 21 avril 2017 du Tribunal fédéral suisse.

4.2.2. Distribution exclusive

52. On parle de distribution exclusive lorsqu'un donneur empêche un preneur de céder sous licence, vendre, distribuer ou exploiter des technologies concurrentes, ou limite sa

capacité à le faire. Cette exclusivité peut découler soit d'une clause de distribution explicitement exclusive, soit de manière implicite (par exemple, par l'adoption de conditions d'indemnisation ou d'autres incitations économiques).

53. Du point de vue du donneur, lorsqu'un preneur s'engage à commercialiser uniquement la technologie ou le contenu fourni par le donneur, il offre la garantie qu'il mettra tout en œuvre pour promouvoir la technologie ou le contenu du donneur au mieux de ses capacités. Ces clauses d'exclusivité permettent ainsi aux donneurs d'exploiter efficacement leurs DPI et de toujours bénéficier d'incitations à l'innovation. Il est en outre possible d'adjoindre à ces clauses différents mécanismes de protection assurés par le donneur pour la commercialisation des produits intégrant la technologie sous licence. Le preneur serait alors davantage incité à investir dans la vente, la distribution et l'amélioration des technologies sous licence, dans la mesure où il n'aurait pas à craindre que d'autres preneurs ne profitent de ses investissements sans aucune contrepartie (Delrahim, *The Long and Winding Road: Convergence in the Application of Antitrust to Intellectual Property*, 2005, p. 266).

54. Les clauses d'exclusivité peuvent néanmoins être utilisées à des fins anticoncurrentielles dès lors qu'elles excluent d'autres donneurs. L'exclusivité appliquée à la distribution peut avoir pour effet d'empêcher un produit sous licence concurrent d'accéder à un réseau de distribution, et potentiellement d'instaurer des obstacles à l'entrée si le concurrent se retrouve confronté à des coûts élevés ou à des lenteurs du processus d'entrée au niveau de la distribution. L'exclusivité appliquée à l'utilisation d'une technologie peut de la même manière restreindre l'accès à des marchés technologiques pour les donneurs concurrents, et même diminuer pour eux les incitations à engager les efforts nécessaires pour développer des technologies compétitives. Les accords d'exclusivité sont par ailleurs susceptibles de constituer des accords de partage de marché dans le contexte d'accords de concession réciproque de licences entre concurrents, dans la mesure où les parties visées se voient interdire la vente, passive comme active, dans des territoires spécifiques ou à des catégories de clients données, alors que ces ventes étaient possibles avant l'établissement d'un tel accord ou auraient pu être possibles en l'absence d'un tel accord (OCDE, *Competition Policy and Intellectual Property Rights [CLP(89)3 et Corrigendum 1]*, 1989, pp. 100-102).

55. À l'instar d'autres formes de restrictions imposées par des licences, il est désormais largement admis que les accords d'exclusivité devraient faire l'objet d'une analyse dans l'optique des effets (Delrahim, *The Long and Winding Road: Convergence in the Application of Antitrust to Intellectual Property*, 2005, p. 267). La probabilité qu'une clause de distribution exclusive ait des effets anticoncurrentiels dépend, entre autres, du degré d'éviction créé par cette clause dans le marché concerné, de la durée effective de l'accord de distribution exclusive et d'autres caractéristiques des marchés des facteurs de production et des produits (comme la concentration, les obstacles à l'entrée, et la réactivité de l'offre et de la demande face à l'évolution des prix sur les marchés concernés)³⁸.

Encadré 7. Fila Sport Oceania (Australie)

En Australie, l'instance dirigeante du championnat de football (*Australian Football League*, ou AFL) a accordé une licence à plusieurs entreprises pour la fourniture de tenues et autres accessoires vestimentaires à destination des équipes de l'AFL et de leurs supporters. Suite à la restructuration par l'AFL de son système de concession de licences, Fila Sport a mis en place une politique de distribution sélective au titre de laquelle Fila

n'approvisionnerait plus en vêtements sous licence tout détaillant qui vendrait également les vêtements d'équipes sponsorisées par Fila mais fabriqués par d'autres preneurs. Le Tribunal fédéral a estimé, dans l'affaire *ACCC contre Fila Sport Oceania* [2004] FCA 376 que cette politique relevait d'une pratique de distribution exclusive anticoncurrentielle.

4.3. Obligations de rétrocession

56. Une rétrocession est une disposition aux termes de laquelle toutes les améliorations apportées par un preneur à une technologie sous licence sont mises à la disposition du donneur. Les clauses de rétrocession permettent de réduire les risques pour les entreprises souhaitant céder leurs technologies sous licence, en garantissant qu'elles seront en mesure d'utiliser ou de revendiquer la propriété de toute amélioration développée par un preneur.

57. La principale critique ciblant les rétrocessions est que ce type de clause peut avoir pour conséquence de dissuader les preneurs d'innover et de poursuivre des efforts de R-D, entraînant potentiellement des répercussions sur l'ensemble du processus de mise en concurrence. Les clauses de rétrocession exclusives, en particulier, peuvent contribuer à limiter les incitations pour un preneur à développer des technologies concurrentes, tout en préservant ou en augmentant le pouvoir de marché du donneur. Les clauses de rétrocession non exclusives ont quant à elles peu de chances d'être préjudiciable à l'innovation ou à la concurrence dans son ensemble (OCDE, Competition Policy and Intellectual Property Rights [CLP(89)3 et Corrigendum 1], 1989, p. 100).

58. Il convient toutefois de noter que les clauses de rétrocession présentent un certain nombre d'effets favorables potentiels à la concurrence. D'abord, elles encouragent les détenteurs de brevets à céder sous licence des technologies (plus avancées) en supprimant la possibilité qu'un preneur ne brûle les étapes et prive à terme le donneur d'une technologie fondée sur ses propres DPI. Ensuite, les clauses de rétrocession sont un bon moyen pour les preneurs et les donneurs de partager les risques, mais aussi de récompenser les donneurs pour avoir permis l'émergence de nouvelles innovations basées ou rendues possibles par les technologies cédées sous licence. Les clauses de rétrocession peuvent ainsi encourager le développement d'innovations et inciter à la concession de licences pour les nouvelles innovations (Padilla, Ginsburg, & Wong-Ervin, 2019, pp. 35-36).

59. Dans la mesure où elles peuvent entraîner des effets aussi bien favorables que nuisibles à la concurrence, les clauses de rétrocession devraient elles aussi faire l'objet d'une analyse dans l'optique de ces effets³⁹. Néanmoins, bien que certaines juridictions considèrent les clauses de rétrocession exclusives d'un mauvais œil⁴⁰, les clauses de rétrocession non exclusives peuvent entrer dans le cadre d'un régime de protection dans d'autres juridictions, échappant ainsi à l'appréciation des autorités de la concurrence⁴¹.

Encadré 8. Clauses de rétrocession proconcurrentielles et anticoncurrentielles (Allemagne et Chine)

En Allemagne, le Tribunal de grande instance de Celle a examiné différentes restrictions de nature contractuelle, toutes imposées dans le cadre d'un accord entre deux parties du secteur de la culture de la betterave sucrière. L'une des parties a ouvert l'accès à son plasma germinatif et à ses technologies en échange d'une redevance. Il a été convenu que le donneur serait propriétaire de l'ensemble du plasma germinatif et des technologies utilisées et développées par le preneur. L'accord établi entre les deux parties prévoyait également

des clauses de non-concurrence et interdisait au preneur de collaborer avec des tiers. Le Tribunal a considéré que, même si ces restrictions étaient assimilables à des restrictions caractérisées au titre du droit de la concurrence, les clauses en l'espèce étaient accessoires à un accord proconcurrentiel et ne limitaient donc pas la concurrence¹.

Le 2 mars 2015, la Commission nationale chinoise pour le développement et la réforme (*National Development and Reform Commission*, ou NDRC), organe responsable d'enquêter sur les infractions sur les prix aux termes de la Loi anti monopole (*Anti-Monopoly Law*, ou AML), a déterminé qu'un certain nombre des pratiques d'octroi de licences mises en place par Qualcomm et imposées à des fabricants chinois de processeurs de bande de base étaient anticoncurrentielles. Ces pratiques consistaient, entre autres, à l'application de rétrocessions de licences d'exploitation de brevets exemptes de toute redevance. La NDRC a expressément souligné que ces obligations de rétrocession n'étaient pas en soi illégales. Dans ce cas précis, la question de l'obligation de rétrocession posait problème dans la mesure où elle imposait aux preneurs de rétrocéder leurs brevets et de renoncer à faire valoir les droits conférés par ces brevets, et ce, sans contrepartie financière. Grâce à cette absence de redevance, Qualcomm aurait bénéficié d'un avantage concurrentiel illégal, tout en sapant l'éventuelle volonté d'innovation des preneurs².

Notes :

¹ Tribunal de grande instance de Celle, décision du 14 octobre 2016, affaire 13 Sch 1/15 (Kart.).

² Décision de sanction administrative de la NDRC n° 1 [2015] (2 mars 2015), disponible à l'adresse suivante : http://www.ndrc.gov.cn/gzdt/201503/t20150302_666209.html.

4.4. Dispositions de non-contestation

60. Une clause de non-contestation impose des obligations directes ou indirectes de ne pas mettre en cause la validité des droits de propriété intellectuelle détenus par le donneur. Ces clauses peuvent toutefois s'opposer à l'intérêt supérieur que constitue la nécessité de garantir la légalité des DPI. Les DPI non valides devraient être éradiqués car ils sont un obstacle à l'innovation et ne contribuent aucunement à sa promotion. Dans la mesure où les preneurs sont souvent les parties qui disposent des capacités techniques les plus pointues et pour lesquelles les incitations économiques à contester des DPI improprement détenus sont les plus fortes, il convient de limiter dans une certaine mesure les clauses de non-contestation (OCDE, *Competition Policy and Intellectual Property Rights [CLP(89)3 et Corrigendum 1]*, 1989, p. 100).

61. Il est largement admis que les clauses de non-contestation peuvent être un obstacle à la concurrence lorsqu'elles sont adoptées dans le seul but de pérenniser des DPI irréguliers. La mesure dans laquelle ces dispositions de non-contestation font réellement obstacle à la concurrence dépend de la nature de la relation qui sous-tend la concession de licences, et devra donc être soumise à une évaluation au cas par cas⁴².

62. C'est dans le cadre des accords de licence non exclusifs que les effets anticoncurrentiels des clauses de non-contestation risquent d'être les plus importants, dans la mesure où ils sont susceptibles de brider l'innovation et de limiter la diffusion de technologies non protégées par des DPI⁴³. Des effets du même ordre peuvent découler de clauses autorisant le donneur à mettre fin à un accord de licence dans les cas où un preneur contesterait la validité des DPI sous-jacents. Lorsque le preneur a engagé des coûts irrécupérables ou lorsque la technologie du donneur est une composante essentielle à la production du preneur, un tel droit de résiliation pourrait dissuader le preneur de contester la validité d'un DPI⁴⁴.

63. Les clauses de non-contestation et les clauses de résiliation générant des effets similaires sont moins susceptibles d'être anticoncurrentielles dans le cas des accords de licence exclusifs. La raison à cela est qu'à partir du moment où une licence est accordée, il est possible que le preneur devienne la seule source de recettes de donneur. Les incitations à l'innovation et à la concession d'innovations sous licence pourraient être amoindries si, par exemple, le donneur se retrouvait prisonnier d'un accord avec un preneur exclusif qui conteste ses DPI et ne fournit plus les efforts nécessaires pour développer, produire ou commercialiser des biens ou services intégrant les DPI sous licence⁴⁵. Cette incidence limitée des clauses de non-contestation et de résiliation sur la concurrence dans les contextes de concession de licences exclusive a convaincu certaines juridictions d'adopter des régimes de protection pour ces clauses dans le cadre d'accords de licence exclusifs⁴⁶.

Encadré 9. Clauses de non-contestation (Chine et Royaume-Uni)

La Commission nationale chinoise pour le développement et la réforme (NRDC) a convenu que la société Qualcomm avait enfreint le droit de la concurrence en imposant des conditions de concession déraisonnables dans ses contrats établis avec des fabricants chinois pour la fourniture de processeurs de bande de base. Ces conditions prévoyaient pour Qualcomm la possibilité de mettre fin à l'approvisionnement de ces processeurs dans le cas où le preneur engagerait une procédure à son encontre. La NRDC a considéré que ces conditions constituaient une clause de non-contestation, dans la mesure où la suspension du contrat d'approvisionnement était suffisante pour dissuader les clients de Qualcomm de contester la PI sous-jacente et correspondait donc à une interdiction pure et simple de contestation¹.

Dans une affaire plus ancienne, au Royaume-Uni, un différend a opposé deux importants fabricants allemands de systèmes de freinage. L'objet du litige était une potentielle violation par l'un des fabricants des brevets allemands de l'autre fabricant pour un type valve de freinage². Ce différend a été résolu par un accord de règlement incluant une clause de non-contestation au titre de laquelle la partie en tort s'engageait à ne pas contester les brevets en question. Ce fabricant a par la suite développé son propre modèle de valve de freinage et déposé une déclaration de non-violation au Royaume-Uni. La Haute Cour de justice britannique a cherché à déterminer, entre autres, si la clause de non-contestation contenue dans l'accord de règlement contrevenait au droit de la concurrence et pouvait donc être considérée comme nulle. La Cour a estimé, au vu des circonstances (les deux entreprises faisant partie d'un oligopole dans le secteur des systèmes de freinage pour véhicules commerciaux et la technologie ne pouvant être obtenue sur la base d'une licence gratuite et n'étant pas dépassée), que l'on pouvait légitimement considérer que cette clause de non-contestation était contraire au droit de la concurrence.

Notes :

¹ Décision de sanction administrative de la NDRC n° 1 [2015] (2 mars 2015), disponible à l'adresse suivante : http://www.ndrc.gov.cn/gzdt/201503/t20150302_666209.html.

² *Knorr-Bremse Systems for Commercial Vehicles Limited et Haldex Brake Products GmbH* [2008] EWHC 156.

5. Concession de licences dans les contextes de coopération technologique

64. Bien qu'il existe de légères différences entre les juridictions, les approches adoptées pour le traitement de clauses couramment incluses dans les accords de licence (à l'instar des clauses examinées ci-dessus) font l'objet d'un large consensus. Ces clauses courantes, tout comme les accords de licence dans lesquels elles figurent, peuvent avoir des effets aussi bien favorables que nuisibles à la concurrence, et devraient par conséquent faire l'objet d'une analyse au cas par cas sur la base de principes largement admis et de critères largement partagés. La recommandation de 1989 de l'OCDE sur la concession de licences proposait déjà une approche similaire pour ces types d'accords de licence.

65. Depuis l'adoption de cette recommandation, un certain nombre d'évolutions ont cependant rendu les analyses plus complexes. Ces évolutions sont principalement liées aux contextes de coopération technologique et de normalisation.

5.1. Concessions réciproques de licences et communautés de brevets

66. La concession réciproque de licences et la mise en commun de brevets sont des pratiques qui sont souvent citées conjointement dans les débats sur les questions de concurrence liées aux mécanismes de coopération technologique. Les accords de concession réciproque de licences octroient à deux parties ou plus le droit d'utiliser la propriété intellectuelle des autres parties. Une communauté de brevets correspond à la mise en commun des brevets de différents détenteurs de DPI, lesquels brevets sont ensuite cédés sous licence à des tiers.

67. Il est généralement convenu que les communautés de brevets et les concessions réciproques de licences sont à même de bénéficier à la fois aux détenteurs de PI et aux consommateurs, à condition qu'elles soient limitées à des brevets complémentaires ou de blocage (autrement dit, dans les situations où l'exploitation d'aucun des brevets concernés n'enfreint les autres brevets) (OCDE, *Competition Policy and Knowledge-Based Capital*, 2013, p. 25). Si, par exemple, deux propriétaires de DPI ont le contrôle de brevets bloquants (cas d'une relation verticale), il convient absolument de les encourager à fusionner leurs DPI en se concédant une licence réciproquement ou en recourant à une mise en commun. En l'absence d'un accord de cette nature, aucun d'entre eux ne pourra utiliser la technologie qui les lie et la société dans son ensemble en sera pénalisée (Rai, 1999). Les communautés de brevets et les concessions réciproques de licences permettent également de limiter le risque de recours en infraction de brevets pouvant découler de l'utilisation des technologies. Ces pratiques améliorent ainsi l'efficacité des marchés liés et encouragent l'exploitation des technologies⁴⁷.

68. Mettre en commun des DPI complémentaires et les proposer sous la forme d'une licence unique peut également avoir des effets favorables à la concurrence, comme l'intégration de technologies complémentaires, la réduction des coûts de transaction et le contournement des brevets de blocage⁴⁸. La redevance correspondant une communauté de brevets est par conséquent susceptible d'être bien moins élevée que le coût cumulé dont un preneur devrait s'acquitter s'il devait négocier des licences avec chacun des donneurs parties à la communauté (Delrahim, *The Long and Winding Road: Convergence in the Application of Antitrust to Intellectual Property*, 2005, p. 261; Vinje, 2018, p. 51). Les effets favorables à la concurrence de ces accords sont tels qu'ils pourraient même bénéficier d'un régime de protection⁴⁹.

69. Le principal problème que posent les concessions réciproques de licences et les communautés de brevets est qu'elles peuvent être utilisées pour masquer un accord d'entente par le biais de mécanismes tels que la commercialisation conjointe de communautés de DPI avec entente sur les prix, ou encore des restrictions coordonnées de la production qui ne contribuent pas à une intégration de l'activité économique de nature à améliorer l'efficacité des participants. Il est plus probable que de tels effets anticoncurrentiels se produisent lorsque les DPI faisant l'objet d'une concession réciproque ou d'une mise en commun correspondent à des technologies de substitution (soit lorsque les détenteurs de DPI sont des concurrents potentiels dans une relation horizontale)⁵⁰. Ces accords présentent par ailleurs d'autres risques, comme une limitation de la concurrence dans les marchés techniques horizontaux (notamment lorsque les brevets ne sont pas bloquants et concernent des technologies de substitution), des entraves aux technologies concurrentes ou encore une baisse des incitations à l'innovation (OCDE, Intellectual Property Rights DAF/COMP(2004)24, 2004, p. 32).

Encadré 10. Enquêtes sur les communautés de brevets (Japon et États-Unis)

Au Japon, la JFTC s'est penchée sur le cas d'une société de gestion de brevets (Nittokuren), laquelle avait constitué une communauté de brevets et de modèles d'utilité avec ses preneurs, tous membres de la *Japon Game Machine League* (NYK) et fabricants de machines de pachinko. Leur part de marché dans le secteur des machines de pachinko donnait à penser que cette communauté de brevets avait un rôle prépondérant sur ce marché. Nittokuren contrôlait les prix et la production de machines de pachinko et avait adopté, avec ses preneurs, une politique conditionnant toute nouvelle entrée sur le marché à l'acquisition d'une licence de leur communauté. La JFTC avait conclu que ce refus de céder une licence à de nouveaux entrants relevait d'une pratique de monopolisation. Dans le cas de l'espèce, la JFTC avait considéré que l'exercice des DPI acquis auprès de tiers pouvait constituer une pratique d'exclusion dans le cadre d'un monopole privé¹.

En 1998, aux États-Unis, la Commission fédérale du commerce (FTC) a enquêté sur une communauté de brevets liée à la fabrication et à l'exploitation de lasers destinés à la chirurgie oculaire. Les deux entreprises de cette communauté étaient les seules dont les équipements laser avaient obtenu une autorisation de mise sur le marché de la *Food and Drug Administration* pour une utilisation chirurgicale. Par le biais de cette communauté, Summit et VISX avaient renoncé au droit de céder leurs brevets sous licence de manière unilatérale, mais bénéficiaient tous deux du droit d'interdire à la communauté de céder une licence à un tiers. Au cours des six ans que dura cette communauté, aucune licence ne fut accordée à un tiers. L'accord de communauté prévoyait par ailleurs le paiement d'une redevance minimum pour chaque procédure réalisée avec l'équipement laser concerné. La communauté avait ainsi défini un prix plancher pour cette redevance à l'acte que chaque entreprise facturait aux ophtalmologues utilisant ses équipements. La FTC invoqua le fait que cette communauté éliminait toute concurrence entre ses membres dans la vente ou la location d'équipement, et dans la concession de la technologie associée. Une réponse fut apportée aux allégations de la FTC sous la forme d'ordonnances d'expédient qui eurent pour effet la dissolution de l'accord².

Notes :

¹ Affaire *Pachinko Patent Pool* (Décision de recommandation de la JFTC, 6 août 1997), décrite dans (Hiroko, 2014, p. 49)

² Ministère américain de la Justice et Commission fédérale du commerce (FTC), *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*, chapitre 3 « *Antitrust Analysis of Portfolio Cross-Licensing Agreements and Patent Pools* ».

70. Des situations plus complexes encore apparaissent lorsque les accords sont en partie verticaux et horizontaux. Ainsi, qu'advierait-il si, en l'absence de concession réciproque de licences ou de communauté de brevets, deux entreprises auraient dû pouvoir entrer dans une relation de concurrence, mais que leurs produits n'étaient pas d'un niveau de qualité suffisant ? Est-ce qu'une amélioration mineure pourrait justifier la formation, entre deux parties normalement concurrentes, d'une communauté hautement restrictive visant à fixer les prix à un niveau de monopole collectif susceptible d'optimiser les bénéfices ? À l'inverse, la simple possibilité pour les parties de développer elles-mêmes un produit, même d'une qualité nettement inférieure, devrait-elle les empêcher de former un accord de communauté plus efficace ? Ou bien encore, étant admis que de nombreux types d'accords s'appuient sur un principe de communauté, les autorités de la concurrence devraient-elles chercher une solution intermédiaire, exigeant peut-être un certain degré de proportionnalité entre les contraintes et l'objectif légitime à atteindre ? (OCDE, *Competition Policy and Intellectual Property Rights DAF/COMP(98)18*, 1997, pp. 27-28)

71. Au fil des temps, les autorités de la concurrence ont dû faire face à un nombre croissant de situations aussi complexes que celles décrites ci-dessus, et ont développé des critères en grande partie identiques pour l'évaluation des concessions réciproques de licences et des communautés de brevets. Ces critères visent principalement à déterminer si les technologies mises en commun sont des technologies complémentaires ou de substitution, mais ils prennent aussi en compte d'autres considérations permettant d'écarter les accords susceptibles de nuire à la concurrence (OCDE, *Intellectual Property Rights DAF/COMP(2004)24*, 2004, pp. 32-34). Pour résumer, les autorités de la concurrence chercheront systématiquement, d'une part, à déterminer si les restrictions inhérentes aux accords de concession réciproque de licences ou de communauté de brevets sont nécessaires pour garantir des gains d'efficacité, et d'autre part, à mettre en balance les effets favorables et les effets nuisibles à la concurrence, sauf lorsqu'une pratique collusoire interdite de fait ou par objet est identifiée⁵¹. La mise en balance des effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels s'avérera particulièrement nécessaires dans les situations d'ambiguïté sur la nature complémentaire ou de substitution des technologies au cœur d'une concession réciproque de licences ou d'une communauté de brevets⁵².

5.2. Normes et brevets essentiels à une norme (BEN)

72. Dans le contexte des interactions entre droit de la concurrence et concession de licences de PI, la question des normes (et notamment de la concession de licences pour des brevets essentiels à une norme) demeure un sujet important de controverse.

73. Les « maquis de brevets », soit le chevauchement de différents ensembles de droits de brevet nécessaires à quiconque souhaite commercialiser de nouvelles technologies, sont devenus monnaie courante dans les secteurs d'activité comme celui des biotechnologies, des semi-conducteurs, ou de l'informatique et des télécommunications, même si ce phénomène n'est aucunement limité aux secteurs cités (Shapiro, *Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard Setting*, 2001, p. 119). Dans l'économie moderne, les normes ont acquis une valeur toute particulière, car elles

permettent une meilleure interopérabilité et qu'elles renforcent la valeur des réseaux (l'Internet, par exemple). Dans les marchés des technologies de l'information et de la communication (TIC), les normes reposent souvent sur des technologies propriétaires protégées par des brevets et ne peuvent donc pas être mises en œuvre sans un accès direct à cette technologie (OCDE, Propriété intellectuelle et processus de normalisation, 2014, p. 3).

74. Bien qu'il n'existe aucun lien inhérent entre les communautés de technologies et les normes, les technologies d'une même communauté adoptent souvent, totalement ou en partie, des normes sectorielles de fait ou de droit. Dans la mesure où les brevets essentiels sont mutuellement complémentaires, la concurrence entre les technologies brevetées n'est normalement pas limitée lorsque seuls les brevets essentiels sont mis en commun et que les conditions de concession de licences sont déjà fixées⁵³. À l'inverse, les communautés de brevets essentiels à l'adoption de certaines fonctions et usages (les « brevets essentiels ») sont généralement favorables à la concurrence. Les avantages des normes, et des communautés de brevets qui les sous-tendent, incluent entre autres une adoption des technologies simplifiée, des économies d'échelle et un renforcement des incitations à l'innovation et à l'investissement pour les entreprises (OCDE, Propriété intellectuelle et processus de normalisation, 2014, p. 3).

75. Les normes (et les communautés de brevets qui les sous-tendent) peuvent toutefois également susciter certains problèmes de concurrence, lesquels revêtent des formes très variées et sont susceptibles de se développer très rapidement⁵⁴ (Lemley M., 2002). Le premier exemple de pratique problématique abordé ici est celui de la dissimulation de droits de brevet dans le contexte des organisations de normalisation, et ce, du fait de la non-divulgation de brevets ou de demandes de brevets dont on revendiquerait par la suite la pertinence dans le cadre des normes adoptées. Le second exemple problématique a trait aux pratiques d'éviction, lesquelles relèvent d'une manipulation des procédures de normalisation afin d'influencer le choix d'une norme au détriment d'une autre⁵⁵ (OCDE, Propriété intellectuelle et processus de normalisation, 2014, p. 4).

Encadré 11. Rambus (Union européenne et États-Unis)

Basé aux États-Unis, l'organisme de normalisation JEDEC a développé une norme sectorielle pour les barrettes de mémoire vive dynamique DRAM (*Dynamic Random Access Memory*) utilisées pour stocker des données de manière temporaire. Les mémoires DRAM conformes à la norme JEDEC représentaient environ 95 % du marché et étaient présentes dans pratiquement tous les ordinateurs. Des enquêtes furent menées des deux côtés de l'Atlantique afin de déterminer si la société Rambus s'était ou non rendue coupable de dissimulation de droits de brevet, autrement dit si elle n'avait pas volontairement caché des brevets et des demandes de brevets pendant la phase de développement par le JEDEC des normes applicables aux mémoires DRAM, et par la suite voulu faire valoir ses droits sur ces brevets contre des entreprises exploitant ces normes sectorielles devenues quasiment universelles. Ces enquêtes donnèrent lieu à des conclusions contrastées.

En Europe, la communication des griefs de la Commission européenne condamna Rambus pour avoir non seulement usé de pratiques lui assurant des redevances supérieures, mais également affecté négativement la crédibilité des procédures de normalisation, considérant qu'une procédure efficace de normalisation était, pour les secteurs concernés, une condition préalable aux innovations techniques et au développement du marché de manière

générale dans l'intérêt des consommateurs. L'enquête se conclut par l'adoption d'une décision rendant les engagements proposés par Rambus juridiquement contraignants, mais surtout imposant un taux de redevance maximum pour certains de ses brevets de DRAM¹.

Aux États-Unis, la FTC conclut de manière unanime que Rambus s'était, par sa conduite, rendu coupable d'avoir mis en place des mesures de monopolisation illégale. La FTC considéra que Rambus avait manipulé la procédure de normalisation du JEDEC afin de bénéficier d'un pouvoir monopolistique par rapport à un monde hypothétique « hormis » dans lequel Rambus aurait procédé à la divulgation légitime de tous ses brevets et demandes de brevets devant le JEDEC². Toutefois, en appel, le circuit du District de Columbia annula la décision de la FTC, considérant que dans ce monde hypothétique « hormis », Rambus aurait négocié en amont des accords de concession de licences avec le JEDEC, ce qui lui aurait assuré des redevances³. Par conséquent, « *il n'était pas possible de certifier que la manipulation présumée de Rambus ait eu une incidence sur la concurrence en violation de la législation antitrust* ».

Notes :

¹ Décision de la Commission du 9 décembre 2009, affaire COMP/38.636 - *Rambus*.

² *In the Matter of Rambus, Inc.*, FTC Docket n° 9032 (31 juillet 2006), Section IV. B., disponible à l'adresse suivante : <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2006/08/060802commissionopinion.pdf>.

³ *Rambus Inc. contre FTC*, 522 F.3d 456 (D.C. Cir. 2008), § 466-467.

76. Les débats les plus animés concernent toutefois les obligations d'appliquer aux BEN des clauses de licence équitables, raisonnables et non discriminatoires (*fair, reasonable and non discriminatory*, ou licence FRAND). La principale problématique en termes de concurrence a trait à la possibilité qu'un détenteur de BEN empêche certaines entreprises d'exploiter ses technologies brevetées, et donc de se conformer à une norme spécifique, par exemple, en leur refusant une licence, en leur refusant une licence selon des conditions « raisonnables », ou encore en sollicitant une ordonnance (OCDE, Propriété intellectuelle et processus de normalisation, 2014, p. 4). Étant donné l'important pouvoir de marché des normes, mais aussi des propriétaires des brevets essentiels à l'utilisation de ces normes, les détenteurs de BEN pourraient profiter de cette position de force pour instaurer une situation de « hold-up de normes » et ainsi tirer parti du fait que les entreprises et les utilisateurs adoptant une norme donnée en deviennent individuellement et collectivement captifs avec le temps. Cette situation permet aux détenteurs de BEN d'imposer des redevances bien supérieures à celles dont ils pourraient bénéficier dans un marché réellement compétitif. Dans la mesure où de nombreux brevets peuvent s'avérer essentiels à la mise en œuvre d'une norme, et que tout autant de détenteurs de brevets sont susceptibles d'instaurer une situation de hold-up, on pourrait assister à un phénomène de redevances en cascade (situation dans laquelle un même produit enfreint potentiellement de nombreux brevets, et auquel s'applique la charge de nombreuses redevances) (Lemley & Shapiro, 2007).

77. Pour résoudre ce problème, les organisations de normalisation demandent généralement aux participants détenteurs de BEN de s'engager sur divers points, parmi lesquels la concession des brevets essentiels à une norme (BEN) selon des conditions FRAND. Ces engagements FRAND, qui s'appliquent de manière contractuelle, doivent empêcher toute manœuvre de tarification de monopole ou d'opportunisme *a posteriori* par les détenteurs de BEN (ou au moins limiter leur ampleur).

78. En théorie, les engagements FRAND contribuent à une concurrence plus forte, car l'application d'une tarification de monopole *a posteriori* par les détenteurs de BEN nuit aux consommateurs en augmentant le prix des produits conformes aux exigences de la

norme (Melamed & Shapiro, 2018, pp. 2111-2118). En pratique, différentes évolutions de marché ont donné lieu à une augmentation des litiges concernant la concession de licences pour des BEN et les licences FRAND, accompagnée d'un accroissement du nombre de demandes d'intervention des autorités de la concurrence afin de mettre un terme à des pratiques monopolistiques (comme le hold-up de brevets) et imposer des conditions FRAND dans tous les accords ayant trait aux BEN. Ces évolutions de marché incluent une augmentation sensible du nombre de déclarations de BEN et de brevets liés à des produits déjà commercialisés (comme des smartphones), une utilisation accrue des normes pour un éventail plus large de produits, ou encore une meilleure valorisation des BEN en tant qu'actifs commerciaux (OCDE, Propriété intellectuelle et processus de normalisation, 2014, p. 4).

79. À l'inverse, d'aucuns considèrent que les autorités de la concurrence ne devrait pas être sollicitées pour imposer des conditions FRAND dans le cadre de la concession de licences (Galetovic, Haber, & Levine, 2015; Epstein & Noroozi, 2017). Les principales raisons mises en avant sont premièrement qu'il n'existerait aucune donnée empirique soutenant la thèse selon laquelle le hold-up de brevets et les redevances en cascade poseraient réellement problème, et deuxièmement que l'intervention des autorités de la concurrence pour imposer des conditions FRAND en matière de concession de licences ne fait que favoriser indûment les exploitants de technologies au détriment des innovateurs, ce qui se traduit par des indemnités insuffisantes et à une attitude de blocage de la part des innovateurs. Une situation de blocage (ou « hold-up de brevets inversé ») se produit lorsqu'un exploitant refuse de négocier de bonne foi la licence d'un brevet valide avec un innovateur, et préfère enfreindre ce brevet et forcer l'innovateur soit à engager d'importants frais de justice et subir des délais conséquents pour le paiement des redevances dues au terme d'une décision de justice, soit tout simplement à baisser les bras et laisser faire. Pour les détenteurs de brevets, cela peut se traduire par des rendements inférieurs à la valeur réelle de leurs brevets, au point éventuellement de les dissuader d'innover ou d'intégrer leurs technologies dans une norme.

80. Les différentes approches de l'application du droit de la concurrence dans ce domaine semblent refléter les positions observées dans les débats visant à déterminer si la concession de licences pour des BEN, selon les conditions FRAND, constitue ou non un enjeu de concurrence.

Encadré 12. Approches concurrentes de la concession de licences pour des BEN

De nombreuses juridictions œuvrent à l'application du droit de la concurrence dans le contexte de la concession de licences pour des BEN. Malgré cela, les autorités de la concurrence restent réticentes à sanctionner les pratiques de concession de licences au seul motif que le montant des redevances serait excessif. Par ailleurs, le risque que des preneurs potentiels cherchent à tirer parti des engagements FRAND en enfreignant un brevet et en se mettant en situation de blocage afin d'imposer l'application de redevances plus faibles, ou tout simplement en refusant toute négociation de bonne foi, est un risque parfaitement reconnu.

À la lumière de ces éléments, les enquêtes menées en matière de concurrence se concentrent avant tout sur le respect, par les parties, des conditions convenues pour la concession de licences, et sur la manière dont les négociations se sont déroulées¹. L'une des problématiques qui se pose alors dans ce contexte concerne les requêtes d'ordonnance émanant de détenteurs de BEN à l'encontre d'entreprises « captives » d'une norme et qui

doivent faire face à des coûts prohibitifs dès lors qu'ils souhaitent adopter une autre technologie. Cette configuration permet aux détenteurs de BEN d'instaurer une situation de hold-up afin d'exiger des preneurs des redevances particulièrement élevées.

Certaines juridictions reconnaissent qu'il est généralement légitime pour un détenteur de brevet de solliciter une ordonnance en cas de violation de son brevet, mais elles considèrent qu'une requête d'ordonnance relative à un brevet, émanant d'un détenteur de BEN à l'encontre d'un exploitant, peut néanmoins s'avérer anticoncurrentielle². L'Union européenne présente en la matière l'exemple le plus parlant. Par deux fois, la Commission européenne a rendu des décisions estimant qu'une demande d'ordonnance formulée par un détenteur de BEN à l'encontre d'un preneur pouvait être une pratique anticoncurrentielle³. Cette conclusion a par la suite été affinée par les tribunaux européens, qui convinrent que le recours aux ordonnances pouvait être un obstacle à la concurrence lorsqu'un preneur potentiel manifestait la volonté de négocier une licence au titre de conditions FRAND et qu'une procédure d'ordonnance était susceptible d'empêcher des produits respectant la norme ciblée d'entrer ou de rester sur le marché. Après avoir mis le comportement des parties à la négociation au cœur des évaluations d'impact sur la concurrence, les tribunaux européens ont mis en place une procédure permettant de déterminer si les stratégies de négociation d'une licence FRAND et les demandes d'ordonnance en cas de violation des BEN, sont ou non des pratiques anticoncurrentielles⁴.

C'est aux États-Unis que les débats sur la pertinence de la poursuite d'infractions au droit de la concurrence dans le contexte de la concession de licences pour des BEN ont été les plus intenses. Aucun tribunal n'a jamais déclaré un détenteur de BEN coupable d'avoir contrevenu au *Sherman Act* pour avoir sollicité une ordonnance ou une demande d'exclusion à l'encontre d'une partie ayant enfreint son BEN. Dans un rapport de 2011, la FTC indiquait néanmoins qu'« à partir du moment où un fabricant est confronté à une accusation d'infraction à un brevet, changer de technologie peut s'avérer particulièrement onéreux, notamment s'il a engagé des coûts irrécupérables dans la conception et la fabrication de produits utilisant la technologie brevetée »⁵. La FTC a lancé plusieurs enquêtes ciblant des détenteurs de BEN ayant sollicité une ordonnance à l'encontre d'une partie ayant enfreint leurs BEN. Ces enquêtes se sont toutefois soldées par des ordonnances d'expédient et n'ont par conséquent pas pu établir si la requête du détenteur de BEN aurait contrevenu au *Sherman Act* et, le cas échéant, de quelle manière. À l'instar de la FTC, le ministère de la Justice américain a ouvert une enquête sur cette même problématique, avant de la classer sans suite⁶.

Plus récemment, le ministère de la Justice américain a avancé que les autorités de la concurrence ne devraient intervenir dans les affaires de concession de licences pour des BEN que dans des circonstances exceptionnelles. La normalisation est une procédure qui s'appuie généralement sur un ensemble de négociations entre, d'une part, des innovateurs, qui développent des technologies financées par des investissements privés et qui sont propriétaires des DPI correspondants, et d'autre part, des exploitants, qui aspirent à commercialiser et exploiter les technologies des innovateurs dans le cadre d'une concession de licence. Certains ont avancé que les situations de blocage de brevets posaient tout autant de risques que les situations de hold-up, et par conséquent que les autorités de la concurrence devraient non seulement s'intéresser aux préoccupations des exploitants mais aussi des innovateurs. Cela ne fit que confirmer la nécessité d'une intervention limitée des autorités de la concurrence, notamment du fait que les mécanismes contractuels régissant l'organisation des procédures de normalisation offrent une réponse adéquate aux problèmes qui peuvent survenir dans la plupart des situations⁷.

Notes :

¹ Lignes directrices du Canada sur la PI, § 203-205 ; pour l'Europe, voir : affaire C-170/13 *Huawei Technologies Co. Ltd contre ZTE Corp. et ZTE Deutschland GmbH* ECLI:EU:C:2015:477 ; Lignes directrices de la Corée sur la PI, § III.5.A ; JFTC (2005), Lignes directrices sur la normalisation et les accords de communauté de brevets, § 3.1.

² Lignes directrices du Canada sur la PI, § 204 ; Lignes directrices de la Corée sur la PI, § III.5.B ; affaire 2013 (Ne) 10043 *Samsung Electronics Co., Ltd. contre Apple Japon LLC* (décision de 2014 de la Haute cour japonaise de propriété intellectuelle), Tribunal du district de Tokyo, affaire n° 2138(wa) de 2013, décret daté du 18 février 2017 ; et Lignes directrices du Japon sur la PI, § 3.1.(i) e) et 4.2.(iv).

³ Affaire AT.39939 - *Samsung C(2014) 2891* et affaire AT.39985 - *Motorola GRPS Standard 2014 O.J. C 344*.

⁴ Affaire C-170/13 *Huawei Technologies Co. Ltd contre ZTE Corp. et ZTE Deutschland GmbH* ECLI:EU:C:2015:477.

⁵ FTC (2011) « *Report on the Evolving PI Marketplace* », p. 58.

⁶ Ministère américain de la Justice, *Statement of the Department of Justice Antitrust Division on Its Decision to Close Its Investigation of Samsung's Use of Its Standards-Essential Patents* (2014), <https://www.justice.gov/opa/pr/statement-department-justice-antitrust-division-its-decision-close-its-investigation-samsung>.

⁷ Makan Delrahim, procureur général adjoint, division antitrust, ministère de la Justice américain, *Remarks at the USC Gould School of Law's Center for Transnational Law and Business Conference* (10 novembre 2017), disponible à l'adresse suivante : <http://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-usc-gould-school-laws-center>.

81. Il est largement admis que les problèmes liés à la concession de licences pour des BEN ne se limitent pas à des questions de concurrence, et pourraient être mieux gérés à l'aune de la législation sur la propriété intellectuelle et du droit des contrats. Il n'est donc pas surprenant que différentes initiatives aient déjà été mises en place pour tenter de résoudre les litiges liés à la concession de licences pour des BEN qui n'ont pas trait au droit de la concurrence.

Encadré 13. Mécanismes alternatifs liés aux BEN

Deux types d'initiatives sont actuellement mis en place pour faire face aux préoccupations liées à la concession de licences pour des BEN : les initiatives gouvernementales et les initiatives sectorielles.

Dans le cas des initiatives gouvernementales, l'Office japonais des brevets (JPO) a publié des directives sur la concession de licences pour des BEN en juin 2018¹. Il a également étendu son système d'avis consultatifs (*hantei*) au caractère essentiel des brevets en avril 2018². Conformément au modèle *hantei*, l'Office des brevets peut rendre un avis officiel mais non contraignant sur les aspects techniques d'une invention brevetée³. Ce système permettra d'éviter les litiges relatifs aux brevets et s'avère particulièrement utile pour les petites et moyennes entreprises pour lesquelles des dépenses juridiques importantes pourraient être difficiles à supporter.

En Europe, la Commission européenne a publié une communication intitulée « Définition de l'approche de l'Union en ce qui concerne les brevets essentiels à des normes ». Cette communication vise à traiter trois grandes questions liées aux BEN : (1) la transparence insuffisante des informations relatives à l'exposition aux BEN ; (2) le manque de clarté concernant l'évaluation des technologies brevetées dans le contexte des conditions FRAND ; et (3) le risque d'incertitude relatif au cadre d'application du droit⁴. Pour renforcer la transparence de l'exposition au BEN, la Commission recommande une amélioration de la qualité et de l'accessibilité des informations relatives aux bases de données des organisations de normalisation, mais aussi le développement d'un nouvel outil et son utilisation lors des négociations de concession de licences. Pour résoudre les

divergences d'interprétation des conditions FRAND, la Commission a défini un ensemble de balises établies à partir des résultats d'une consultation publique, d'une analyse des meilleures pratiques, de différentes études et de la jurisprudence nationale⁵. La Commission mène également un projet pilote portant sur le caractère essentiel des BEN du même ordre que le système *hantei* japonais, et ce, en coopération avec les principaux organismes de normalisation, les offices de la propriété intellectuelle, et un certain nombre de parties prenantes en Europe⁶.

Le second type d'initiatives mis en place est purement sectoriel. Deux directives concurrentes relatives à la concession de licences pour des BEN ont été proposées par des organisations professionnelles de premier plan. La première directive est défendue par IP Europe, une alliance d'entreprises spécialisées dans la concession de licences⁷, et la seconde par l'association ACT, établie à Washington, D.C., et par la Fair Standards Alliance (FSA), une association professionnelle comptant parmi ses membres Google, Apple, Intel et BMW⁸. L'alliance Next Generation Mobile Networks (NGMN), un groupe travaillant principalement sur les normes de téléphonie mobile 5G réunissant des opérateurs de télécommunications comptant plus de 200 réseaux et plus de 60 % de la clientèle mondiale, a de son côté organisé des débats sur les pratiques d'octroi de licences dans différents secteurs d'activité et sur la manière d'identifier les exigences et les contraintes que devraient prendre en compte les potentiels administrateurs de systèmes de communauté de brevets 5G⁹.

Notes :

¹ *Guide to Licensing Negotiations Involving Standard Essential Patents*, disponible à l'adresse suivante : <https://www.jpo.go.jp/e/system/laws/rule/guideline/patent/document/seps-tebiki/guide-seps-en.pdf>.

Voir également : (Bharadwaj & Yoshioka-Kobayashi, 2018, p. 204)

² Voir : *Manual of "Hantei" (Advisory Opinion) for Essentiality Check*, disponible à l'adresse suivante : https://www.jpo.go.jp/e/support/general/sep_portal/document/index/01_e.pdf.

³ Voir : https://www.jpo.go.jp/e/system/trial_appeal/shubetu-hantei/index.html.

⁴ Disponible à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/26583>. Voir p. 2.

⁵ (Vinje, 2018, p. 46)

⁶ Appel d'offre JRC/SVQ/2018/B.6/0024/OC, projet pilote pour la vérification du caractère essentiel des brevets essentiels à une norme.

⁷ CWA, *Principles and Guidance for Licensing Standard Essential Patents in 5G and the Internet of Things (IoT), including the Industrial Internet*, disponible à l'adresse suivante : <ftp://ftp.cencenelec.eu/EN/News/WS/2018/SEP/CWA-for-public-comments.pdf>.

⁸ *Core Principles and Approaches for Licensing of Standard Essential Patents*, disponible à l'adresse suivante : <ftp://ftp.cencenelec.eu/EN/News/WS/2019/SEP2/WS-SEP2-CWA95000-final-draft.pdf>.

⁹ Voir : <https://www.ngmn.org/news/ngmn-news-and-press-releases/ngmn-news-and-press-releases-details/ngmn-paves-the-way-for-the-development-of-5g-patent-licensing-practices-across-industry-segments.html>.

6. Refus d'octroi de licence et cession obligatoire de licence en tant que mesure corrective

82. La plupart des problèmes de concurrence posés par les BEN ont trait aux pratiques stratégiques d'octroi de licences susceptibles d'enfreindre le droit de la concurrence, comme le recours à des prix abusifs et les refus (constructifs) d'octroi de licence. Par ailleurs, la seule mesure efficace permettant de remédier aux situations de blocage et de hold-up pourrait très bien être l'application obligatoire des conditions FRAND dans le cadre de la concession de licences. Ces domaines d'application du droit de la concurrence se caractérisent tous par leur nature controversée (OCDE, Refusals to Deal DAF/COMP(2007)46, 2007; OCDE, Excessive Prices DAF/COMP(2011)18, 2011; OCDE, Prix excessifs sur les marchés pharmaceutiques DAF/COMP(2018)12, 2018). Le

refus d'octroi de licence et la cession obligatoire de licence sont depuis longtemps deux des aspects les plus complexes et débattus des interactions entre le droit de la concurrence et la concession de licences d'exploitation de droits de propriété intellectuelle.

6.1. Refus d'octroi de licence

83. Imposer une obligation de cession de licences peut avoir pour effet d'amoinrir la valeur des DPI légitimes, de diminuer les rendements de l'innovation, d'avoir à composer avec différents régimes de PI et enfin de faire obstacle à l'innovation (Shapiro & Teece, *Systems Competition and Aftermarkets: An Economic Analysis of 'Kodak'*, 1994, p. 158; Shapiro, *Aftermarkets and consumer welfare: making sense of Kodak*, 1995, pp. 502-503). Un certain nombre d'effets potentiellement proconcurrentiels de la PI et de la concession de licences dépendent directement de la capacité du donneur à limiter le nombre d'entreprises autorisées à commercialiser sa nouvelle technologie. Il est largement admis que, conformément à la politique de la concurrence, le donneur devrait être libre de refuser d'accorder une licence à d'autres entreprises, et de limiter l'exploitation de son innovation à lui-même ou aux preneurs qu'il aura choisis (OCDE, *Competition Policy and Intellectual Property Rights [CLP(89)3 et Corrigendum 1]*, 1989, p. 103; OCDE, *Intellectual Property Rights DAF/COMP(2004)24*, 2004, pp. 39-40).

84. Toutefois, comme cela a déjà été exposé concernant la concession de licences pour des BEN, il existe des situations où un refus d'octroi de licence peut avoir des incidences anticoncurrentielles. Ces répercussions potentielles peuvent survenir lorsque le refus d'octroi de licence limite le développement de produits pour lesquels une demande peut exister, et empêche les concurrents d'œuvrer dans les marchés en aval. Les mécanismes de protection de la PI destinés à remédier aux situations de refus d'octroi de licence ne sont pas rares, notamment lorsque ces refus se basent sur une exploitation insuffisante, une dépendance ou un problème de santé publique⁵⁶ (Hemphill, 2017, pp. 889-890; Office européen des brevets (OEB), 2018). Même si l'on ne peut douter de l'intérêt légitime qu'un pays peut avoir d'imposer la cession obligatoire de licence dans des circonstances appropriées, peu de licences sont en pratique accordées de cette manière⁵⁷ (Office européen des brevets (OEB), 2018).

85. Pour résumer, il existe un désaccord sur la nature potentiellement anticoncurrentielle des refus unilatéraux de concession de licences de PI et, le cas échéant, sur la manière de remédier à cette pratique. Dans un certain nombre de juridictions, le refus d'octroi de licence ne constitue pas un préjudice à la concurrence pouvant donner lieu à une action en justice. Dans d'autres juridictions, cependant, un refus unilatéral d'octroi de licence de PI peut être considéré comme contrevenant au droit de la concurrence dans des circonstances spécifiques (OCDE, *Intellectual Property Rights DAF/COMP(2004)24*, 2004, p. 9).

Encadré 14. Panorama mondial du refus d'octroi de licence

Il y a plus d'un siècle, la Cour suprême américaine a convenu que le refus, par le propriétaire d'un brevet, de céder ce brevet sous licence ne pouvait être une base suffisante pour la poursuite d'un contentieux en matière de droit de la concurrence¹. Le principe selon lequel un simple refus unilatéral d'octroi de licence de PI ne pouvait être répréhensible au titre du droit de la concurrence est resté bien ancré aux États-Unis. En 2004, la Cour suprême américaine a mis en avant (dans une décision adoptée dans un contexte sans rapport direct avec la propriété intellectuelle mais qui a des incidences sur la manière

d'aborder la concession de licences d'exploitation de DPI) que les entreprises pouvaient acquérir un pouvoir monopolistique en établissant une infrastructure qui leur permettrait de répondre au mieux aux besoins de leurs clients. Obliger ces entreprises à partager la source de leur avantage concurrentiel va à l'encontre de l'objet même du droit de la concurrence, dans la mesure où cela pourrait limiter les incitations pour le monopoleur, son rival, ou les deux, à investir dans ces structures économiquement rentables². Le droit de la concurrence ne condamne généralement pas les refus de vente unilatéraux, notamment parce cela pourrait limiter les incitations aux investissements et à l'innovation³.

Partout ailleurs, le refus d'octroi de licence pour un DPI peut donner lieu à une poursuite au titre du droit de la concurrence. Au Canada, le procureur général peut demander à la Cour fédérale de rendre des ordonnances de réparation afin de remédier à une réduction induite de la concurrence ou à son affaiblissement impliquant l'exercice de DPI statutaires. En pratique, le procureur général chercherait plus vraisemblablement à établir une ordonnance de réparation conformément au droit, mais seulement sur recommandation du commissaire canadien de la concurrence. Les mesures relatives aux refus d'octroi de licence de PI ne seront mises en œuvre que si ce refus a affecté la concurrence de manière jugée significative sur un marché donné, différent ou nettement plus important. Ce n'est que dans de très rares circonstances que peuvent être remplies les conditions préalables à l'imposition de mesures de réparation. En réalité, aucune ordonnance de réparation n'a jamais été rendue⁴.

Refuser d'octroyer une licence est une pratique considérée habituellement comme légitime, mais qui peut parfois contrevenir au droit de la concurrence en Corée et au Japon.⁵ En 2016, la Commission coréenne pour le commerce loyal (KFTC) a déterminé que Qualcomm avait enfreint le droit de la concurrence en refusant ou en limitant la concession de licences pour des BEN de communications mobiles essentiels à la fabrication et à la vente de processeurs⁶.

En Europe, les refus de concession de licences seront jugés licites dans la plupart des circonstances. Cependant, tout refus d'octroi de licence exprès ou constructif est susceptible de constituer un abus de position dominante dans des circonstances exceptionnelles, et notamment lorsque, sans justification objective, une entreprise en position dominante refuse de concéder des licences pour des DPI indispensables à l'exercice d'une activité spécifique sur un marché en aval, supprimant toute concurrence effective sur ce marché et entraînant un préjudice pour les consommateurs⁷.

Notes :

¹ *Continental Paper Bag Co. contre Eastern Paper Bag Co.*, 210 US 405 (1908), § 426-30.

² *Verizon Communs., Inc. contre Law Offices of Curtis contre Trinko, LLP* 540 US 398 (2004), § 407-408.

³ Directives américaines sur la concession de licences, § 2.1.

⁴ S. 32 de la Loi sur la concurrence ; Lignes directrices du Canada sur la PI, § 47-55.

⁵ Lignes directrices de la Corée sur la PI, § III.3.B. ; Lignes directrices du Japon sur la PI, § 3.1.(i) et 4(2).

⁶ Décision de la KFTC du 20 janvier 2017 (Qualcomm), affaire n° 2015Sigam2118, traduite par l'American Consumer Institute Center for Citizen Research, https://www.theamericanconsumer.org/wp-content/uploads/2017/03/2017-01-20_KFTC-Décision_2017-0-25.pdf Affaire C-238/87 *Volvo contre Veng* ECLI:EU:C:1988:477 (dessins ou modèles enregistrés) ; affaires C-241/91P et C-242/91P *RTE et ITP contre Commission* (« Magill ») ECLI:EU:C:1995:98 (droit d'auteur) ; affaire C-418/01 *IMS Health contre NDC Health* ECLI:EU:C:2004:257 (droit d'auteur) ; affaire T-201/04 *Microsoft contre Commission* ECLI:EU:T:2007:289 (PI et secrets commerciaux). Voir également : Communication de la Commission - Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes [2009] OJ C 45/7, § 75-90. Des principes du même ordre s'appliquent au titre du droit national de la concurrence pour un certain nombre d'États membres. Voir, par exemple : décision de l'autorité italienne de la concurrence du 20 décembre 2017, in A503 - *Società Iniziative Editoriali/Servizi di Rassegna Stampa nella Provincia di Trento* (droit d'auteur).

6.2. Cession obligatoire de licence

86. La cession obligatoire de licence est une mesure correctrice couramment utilisée dans le contexte des refus de concession de licences. Deux circonstances peuvent en effet justifier l'imposition de licences en tant que mesures correctives : les fusions et les affaires de pratiques anticoncurrentielles. Le recours à des engagements de concession de licences dans le cadre du contrôle des fusions ne prête guère à controverse. Cela s'explique peut-être du fait que les parties les concluent de manière volontaire ou avec le consentement des parties à la fusion. Faire d'une cession obligatoire de licence une mesure antitrust est une pratique déjà plus controversée (Delrahim, *Forcing Firms To Share The Sandbox: Compulsory Licensing Of Intellectual Property Rights And Antitrust*, 2004).

87. La pertinence des cessions obligatoires de licence en tant que mesures correctives appropriées pour les infractions au droit de la concurrence s'est imposée comme une thématique importante des discussions sur la manière appropriée de réguler les secteurs d'activité qui participent à la construction de la nouvelle économie fondée sur l'information. Ces secteurs d'activité se caractérisent par la nécessité d'un accès commun à des installations très spécifiques, s'appuient sur des normes potentiellement liées à des DPI et sont enclins à édicter des normes et à encourager la concurrence de marché. Dans ces secteurs d'activité, le risque d'un pouvoir de marché anticoncurrentiel peut être particulièrement élevé. Plus ce pouvoir de marché s'appuie sur des DPI, plus il augmente. Ce phénomène a mené certains auteurs à suggérer que les actifs protégés par la propriété intellectuelle, lesquels s'avèrent essentiels pour accéder à un réseau, devraient être considérés comme des « installations critiques » aux termes du droit de la concurrence. Les DPI pourraient ainsi être soumis à des droits d'accès obligatoires dans les cas où le refus d'octroi de licence répond aux exigences générales de la théorie des installations essentielles (Church & Ware, 1998, pp. 227, 230-239).

88. La cession obligatoire de licence peut en outre renforcer la concurrence à court terme, et contribuer ainsi à l'augmentation du bien-être des consommateurs : (1) en éliminant la perte sèche occasionnée par le pouvoir de marché ; et (2) en forçant les entreprises à appliquer une tarification au coût marginal. La cession obligatoire de licence peut aussi avoir des effets positifs à long terme sur le bien-être des consommateurs, à condition qu'elle favorise le développement de nouveaux produits pour lesquels une demande potentielle existe (Padilla, Ginsburg, & Wong-Ervin, 2019, p. 11).

89. À l'inverse, de nombreux arguments ont été avancés contre le recours à la cession obligatoire de licence en tant que mesure correctrice. Le premier est que rendre obligatoire une licence mal conçue a toutes les chances de faire obstacle à l'innovation en limitant la possibilité de bénéficier des avantages du régime de PI. Une utilisation excessive des cessions obligatoires de licences pourrait également entraîner une opacité plus forte et une baisse des investissements en R-D. Certaines innovations pourraient également ne plus être enregistrées en tant que propriété intellectuelle. Ce dernier argument est particulièrement important car, si les innovations sont traitées comme un savoir-faire protégé par le secret plutôt qu'enregistrées sous la forme de DPI, leur diffusion risque d'être fortement limitée, d'une part, car leur divulgation ne sera pas gérée comme elle le serait dans le cadre de l'utilisation de brevets, et d'autre part, par les négociations nécessaires pour gérer au mieux les coûts plus élevés induits par une potentielle divulgation (OCDE, *Competition Policy and Intellectual Property Rights [CLP(89)3 et Corrigendum 1]*, 1989, p. 12).

90. Ensuite, les risques courants de faux positifs dans l'application du droit de la concurrence sont aggravés par le fait que les autorités de la concurrence imposent une

obligation de traiter semblable à celle d'un organisme de réglementation, mais sans l'apport des connaissances d'experts et (en l'absence de l'engagement d'une autre partie) sans l'apport nécessaire de cette autre partie. Pour limiter les risques liés à la cession obligatoire de licence, les autorités de la concurrence devront relever un certain nombre de défis, et répondre par exemple aux questions suivantes : comment définir de manière adéquate les conditions applicables et le champ d'action de la licence ? comment déterminer les répercussions d'une cession obligatoire de licence utilisée comme mesure correctrice sur la recherche et l'innovation ? et enfin comment contrôler la conformité avec la licence obligatoire (Delrahim, Forcing Firms To Share The Sandbox: Compulsory Licensing Of Intellectual Property Rights And Antitrust, 2004, pp. 1065-1068) ?

91. En pratique, il s'avère presque impossible de mettre en balance de manière précise les effets positifs et les effets négatifs de la cession obligatoire de licence sur le bien-être (Padilla, Ginsburg, & Wong-Ervin, 2019, p. 11). La question principale est donc de savoir si, et quand, la cession obligatoire de licence est une pratique justifiée dans le cadre des règles de la concurrence. La réponse la plus couramment admise est que les licences obligatoires ne devraient être mises en œuvre qu'en dernier ressort dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'aucune autre mesure correctrice, notamment plus simple, ne peut être appliquée⁵⁸.

92. Tenant compte de ces éléments, la plupart des juridictions considèrent la cession obligatoire de licence comme une mesure correctrice envisageable. L'application d'une telle mesure nécessitera néanmoins une analyse au cas par cas, prenant également en considération la disponibilité d'autres mécanismes d'intervention potentiels ou préférables.

Encadré 15. Panorama mondial de la cession obligatoire de licence

Aux États-Unis, les tribunaux considèrent depuis longtemps que la cession obligatoire de licence peut être une mesure correctrice pertinente dans les affaires de concurrence¹. À partir des années 80, les tribunaux ont toutefois commencé à faire part de leur doutes sur les bienfaits de cette pratique, dans la mesure où elle est susceptible de limiter les incitations offertes normalement par les DPI et les droits d'éviction associés². La cession obligatoire de licence n'est pas une mesure correctrice nécessairement liée à un refus de fourniture puisque, comme indiqué précédemment, le refus de fourniture n'est pas considéré aux États-Unis comme une infraction au droit de la concurrence³.

Dans les autres pays, la cession obligatoire de licence est souvent étroitement liée aux affaires de refus de fourniture. Au Canada, la section 32 du droit de la concurrence offre aux tribunaux la possibilité théorique d'imposer une cession obligatoire de licence si un refus d'octroi de licence affecte négativement la concurrence dans des proportions qui seraient jugées non négligeable sur un marché cible différent ou sensiblement plus important⁴. En Europe, les affaires de refus de fourniture d'accès aux DPI ont souvent entraîné l'imposition d'une cession obligatoire de licence⁵. En Corée, la KTCF a déterminé que Qualcomm avait illégalement refusé de céder des licences pour des BEN de communications mobiles et avait donc imposé à la société une obligation de concession selon les conditions FRAND⁶.

Notes :

¹ *États-Unis contre Besser* 343 US 444 (1952) ; *États-Unis contre General Electric Co* 115 F Supp 835 (DNJ, 1953) ; *États-Unis contre Glaxo Group* 410 US 52 (1973) ; *États-Unis contre Microsoft* 231 FSupp d 133 (DDC, 2002) (décision validant sous conditions le jugement d'expédient).

² *Dawson Chem contre Rhom & Haas Co.* 448 US 176 (1980)

³ (Delrahim, *Forcing Firms To Share The Sandbox: Compulsory Licensing Of Intellectual Property Rights And Antitrust*, 2004, pp. 1063-1064)

⁴ Seules deux affaires ont été traitées au titre de cette disposition, en 1969 et en 1970, avant de se solder par un règlement. Voir : Lignes directrices du Canada sur la PI, § 52. Aucune ordonnance de cession obligatoire de licence n'a jamais été délivrée.

⁵ (Whish & Bailey, *Competition Law*, 2018, pp. 797-802). Voir, par exemple : affaire T-201/04 *Microsoft contre Commission* [2007] ECLI:EU:T:2007:289, laquelle a entraîné l'application de sanctions suite à la décision C(2008) 764 de la Commission pour avoir refusé l'accès aux informations d'interopérabilité relatives aux conditions raisonnables et non discriminatoires, et à leur utilisation. Cette décision fut confirmée en appel dans l'affaire T-167/08 *Microsoft contre Commission* ECLI:EU:T:2012:323.

⁶ Décision de la KFTC du 20 janvier 2017 (Qualcomm), affaire n° 2015Sigam2118, traduite par l'American Consumer Institute Center for Citizen Research, https://www.theamericanconsumer.org/wp-content/uploads/2017/03/2017-01-20_KFTC-Décision_2017-0-25.pdf

93. Les licences obligatoires peuvent poser des difficultés relativement à leur champ d'application territorial. Les marchés pour lesquels les DPI revêtent le plus d'importance sont la plupart du temps locaux, voire internationaux. Cela est notamment reflété dans le nombre de communautés de brevets et de normes technologiques qui sont soumises à un même accord de licence de norme valable dans le monde entier, mais aussi dans la manière dont les régimes de redevance octroient souvent un accès à tous les brevets d'une communauté à l'échelle mondiale. Ce système d'accès s'avère particulièrement pratique et efficace pour les entreprises, et il n'est donc pas rare que des licences FRAND soient octroyées avec une portée mondiale⁵⁹ (OCDE, Table ronde sur le champ d'application extraterritorial des mesures correctives relevant du droit de la concurrence - Note de la Corée DAF/COMP/WP3/WD(2017)37, 2017, pp. 6-7).

94. Par leur nature plurijuridictionnelle, les marchés intégrant la propriété intellectuelle présentent des défis certains dans l'application du droit de la concurrence. Pour garantir l'efficacité d'une mesure corrective basée sur l'imposition d'une cession obligatoire de licence, il peut être nécessaire d'étendre son champ d'action au-delà du territoire de la juridiction à l'origine de cette mesure⁶⁰. Ce type de mesure implique des considérations de courtoisie et de coopération internationales, reflétant les oppositions entre la portée territoriale des brevets nationaux et les aspects extraterritoriaux des pratiques de PI anticoncurrentielles. Cette opposition, ou tension, est une source de défis récurrents pour les chercheurs académiques et les professionnels de la lutte antitrust, par exemple sur des aspects comme la forme que doivent prendre les mesures correctives applicables aux pratiques internationales d'octroi de licences ou encore sur la nécessité ou non d'instaurer des mécanismes de coopération afin de limiter les tensions inévitables suscitées par ces mesures (OCDE, Table ronde sur le champ d'application extraterritorial des mesures correctives relevant du droit de la concurrence DAF/COMP/WP3(2017)4, 2017, pp. 8-9).

7. Conclusion

95. Cette note de référence témoigne d'un consensus international croissant concernant les effets, sur la concurrence, de la concession de licences d'exploitation de droits de propriété intellectuelle. Les pays de l'OCDE partent du principe que la concession de licences de PI peut avoir des incidences favorables à la concurrence, à moins que les

pratiques d'octroi de licences mises en place relèvent de comportements clairement collusoires. Ces pratiques ont de nombreuses répercussions, lesquelles sont largement observées à travers le monde.

96. La découverte d'une infraction au droit de la concurrence comme conséquence d'un accord de licence de propriété intellectuelle nécessitera généralement des preuves concrètes d'un préjudice anticoncurrentiel, lequel pourra être établi par le biais d'une évaluation dans l'optique des effets. Suivant les circonstances, presque tous les types de clauses restrictives de concession de licences peuvent avoir des effets favorables à la concurrence ou clairement anticoncurrentiels. Ainsi, sauf dans le cas de la formation d'ententes, les accords de licence seront évalués au cas par cas.

97. Lors de l'examen des effets potentiels des accords de licence, il conviendra de s'assurer que les clauses et pratiques en matière d'octroi de licences seront examinées de manière cohérente, et ce, quelle que soit leur forme. Les clauses de cession de licences et les pratiques présentant des objectifs équivalents ou des effets potentiels similaires devraient, dans la mesure du possible, être examinées selon la même méthode. À ces fins, les autorités de la concurrence du monde entier ont publié des guides dédiés afin de permettre aux entreprises d'évaluer la conformité juridique des pratiques d'octroi de licences qu'elles ont adoptées. En outre, dans la mesure où la présomption sous-jacente est en faveur des effets favorables à la concurrence, les pays de l'OCDE adoptent régulièrement des régimes de protection explicites et implicites pour certains accords de licence spécifiques.

98. Bien qu'il n'existe aucune convergence absolue dans les approches des pratiques ou accords de cession de licences de PI, on constate néanmoins l'émergence d'un consensus sur les interactions entre la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, et sur la nécessité de mettre en balance les effets favorables et défavorables à la concurrence de ces pratiques.

99. Les différences observées dans le cadre de la présente note de référence dans le traitement des pratiques et accords de licence semblent venir du fait que les juridictions partent d'hypothèses de référence différentes quant à la probabilité des effets proconcurrentiels ou anticoncurrentiels des pratiques d'octroi de licences dans certains contextes. Cela est notamment le cas des débats visant à déterminer si certaines pratiques liées à la concession de licences pour des brevets essentiels à une norme (BEN) sont plus susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels consécutivement à une situation de hold-up de brevets ou de résistance aux concessions, mais aussi à déterminer dans quelle mesure les refus de concession de DPI peuvent générer des effets anticoncurrentiels. Ces divergences semblent être la conséquence d'une absence de données empiriques qui permettraient de conclure sans ambiguïté où se situe exactement le point d'équilibre entre les effets proconcurrentiels ou anticoncurrentiels. D'autres facteurs, comme des conditions de marché particulières ou des traditions différentes en matière de réglementation, pourraient également expliquer ces divergences.

100. Bien que ces points de controverse aient naturellement capté l'attention des acteurs de la concurrence, ils ne devraient pas nous détourner du principal sujet de consensus qui s'est dégagé au cours du siècle dernier sur l'équilibre nécessaire entre PI et droit de la concurrence, et sur l'approche la plus adaptée des pratiques d'octroi de licences de PI du point de vue du droit de la concurrence. Ce consensus est notamment reflété dans les principes mis en avant dans les Recommandations de l'OCDE en matière de PI.

101. Ces Recommandations n'intègrent et n'abordent donc toutefois pas les dernières évolutions dans les interactions entre la concurrence et les pratiques de cession de licences de PI. Ces évolutions incluent notamment l'importance croissante des DPI dans une économie en pleine transformation numérique (et plus particulièrement des DPI qui ne sont pas traités dans les Recommandations, comme les droits d'auteur ou les dessins industriels), les défis posés par les pratiques de mise en communauté et les accords de normalisation, et les débats sur le rôle adapté des autorités de la concurrence relativement aux licences FRAND. Les principes sous-jacents aux Recommandations de l'OCDE en matière de PI, s'appuyant sur une analyse économique solide et sur une approche dans l'optique des effets, pourraient toutefois également s'appliquer à ces nouvelles évolutions. Enfin, ces Recommandations ne font aucune mention des sujets pourtant controversés que sont le refus d'octroi de licence et la cession obligatoire de licence. Malgré des vues divergentes quant à leur utilité en tant que théories antitrust, il est très largement convenu que de telles dispositions ne devraient être prises que dans des circonstances exceptionnelles et après une analyse au cas par cas.

Notes

¹ Le champ d'application des DPI couvre de nombreux aspects, comme leur objet, les types de comportements protégés, leur durée ou encore les exceptions à leur application.

² (OCDE, Competition Policy and Intellectual Property Rights [CLP(89)3 et Corrigendum 1], 1989, p. 103) évoque brièvement cette question en indiquant que l'analyse de la concession de brevets devrait également couvrir les savoir-faire. Il peut toutefois être justifié de traiter les accords de savoir-faire de manière plus large, dans la mesure où ces savoir-faire bénéficient d'une protection plus limitée que les brevets et que la nécessité de prévenir toute exploitation après conclusion d'un accord est plus pressante.

³ Pour un tour d'horizon détaillé, bien que légèrement daté, voir (OCDE, Competition, Patents and Innovation DAF/COMP(2007)40, 2006, pp. 42-48).

⁴ Cette thèse ne sous-entend toutefois pas nécessairement que le droit de la concurrence n'a aucun rôle à jouer dans la protection de l'innovation. D'après certains auteurs qui défendent ce point de vue, le droit de la concurrence peut contribuer à garantir que le processus de destruction créatrice ne sera pas entravé par les entreprises en position dominante menacées de destruction. Voir (Shelanski, 2013, p. 1693) et (OCDE, L'innovation de rupture et la mise en œuvre de la politique de la concurrence DAF/COMP/GF(2015)7, 2015, p. 5).

⁵ Les hypothèses en question prennent en compte des aspects spécifiques comme les possibilités d'appropriation des innovations, les types d'innovations, les caractéristiques propres du secteur en question et les évolutions dans l'intensité de la rivalité associée aux innovations.

⁶ Cela est confirmé par différents instruments proposés par les autorités de la concurrence. Voir : Communication de la Commission intitulée *Lignes directrices concernant l'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie*, Journal officiel C89, 28/03/2014 (« Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie »), p. 3-50, § 7 ; Ministère américain de la Justice et Commission fédérale du commerce (FTC), *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (Directives antitrust pour les licences de propriété intellectuelle) (« Directives américaines sur la concession de licences »), p. 1-2.

⁷ *E. Bennett & Sons contre National Harrow Co.*, 186 US 70 (1902) : la règle générale consistait en une « liberté absolue dans l'exploitation ou la vente de droits conformément à la législation sur les brevets [...]. Ces législations ont ainsi pour unique objet les monopoles. » *Henry contre A.B. Dick Co.*, 224 US 1 (1912) ; *Carbice Corp. contre Am. Patents Dev. Corp.*, 283 US 27 (1931).

⁸ Voir, par exemple : *Carbice Corp. contre Am. Patents Dev. Corp.*, 283 US 27, 34 n.4 (1931) 34 n.4 (indiquant que toute tentative d'utiliser un brevet pour restreindre outre mesure les échanges est à la fois en dehors du champ d'application des brevets, mais également totalement contraire au droit de la concurrence). Voir également *États-Unis contre Masonite Corp.*, 316 US 265 (1942) ; *Morton Salt Co. contre G.S. Suppiger Co.*, 314 US 488 (1942) ; *Mercoïd Corp. contre Mid-Continent Inv. Co.*, 320 US 661 (1944) ; *Int'l Salt Co. contre États-Unis*, 332 US 392 (1947).

⁹ Ces neuf restrictions s'appliquaient aux pratiques suivantes : 1) Vente liée de produits non brevetés comme condition à l'octroi d'une licence d'exploitation de brevet ; 2) Obligation pour le preneur d'octroyer ou de rétrocéder une licence exclusive pour l'exploitation des brevets postérieurs qu'il pourrait obtenir ; 3) Restriction des droits de revente des personnes ayant acquis des produits ; 4) Limitation de la capacité d'un preneur à fournir des produits qui n'entrent pas dans le champ d'application du brevet ; 5) Engagement par le donneur, auprès de son preneur, qu'il n'octroiera plus d'autres licences ; 6) Obligation pour un preneur d'acquiescer à une licence globale d'exploitation ; 7) Inclusion de dispositions de versement de redevances qui ne seraient pas raisonnablement liées aux ventes du preneur ; 8) Limitation imposée au preneur dans l'utilisation d'un produit réalisé grâce à un procédé breveté ; et 9) Imposition d'un prix de revente minimum pour les produits concédés sous licence.

¹⁰ Ministère américain de la Justice, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, 10 novembre 1988.

¹¹ Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 189-203 en particulier. Voir également : (Whish & Bailey, *Competition Law*, 2018, p. 792).

¹² Voir : Bureau de la concurrence Canada (2019) « Propriété intellectuelle, lignes directrices pour l'application de la loi » (Lignes directrices du Canada sur la PI) ; Commission coréenne pour le commerce loyal (2016) « *Guidelines on Unfair Exercise of Intellectual Property Rights* » (Lignes directrices de la Corée sur la PI) ; et Commission japonaise des pratiques commerciales loyales (2016) « *Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act* » (Lignes directrices du Japon sur la PI).

¹³ Aux États-Unis, la valeur ajoutée par secteur reposant sur l'utilisation intensive de PI a augmenté de manière significative entre 2010 et 2014, non seulement en montant total mais aussi en part du PIB. En 2014, ces secteurs fort consommateurs de PI représentaient 6 600 milliards USD en valeur ajoutée, soit une augmentation de plus de 1 500 milliard USD (30 %) par rapport à 2010 (5 060 milliards USD). La part du PIB total des États-Unis imputable aux secteurs reposant sur l'utilisation intensive de PI est ainsi passée de 34.8 % en 2010 à 38.2 % en 2014. Les exportations de marchandises de ces secteurs représentaient par ailleurs 52 % des exportations totales de marchandises pour les États-Unis. Voir : (Economics and Statistics Administration & US Patent and Trademark Office, 2016, p. 1).

¹⁴ En 2011 par exemple, les droits d'auteur constituaient de loin la composante la plus importante des investissements protégés par la PI (si l'on exclut les secrets commerciaux comme potentielle exception), puisqu'ils engrangeaient plus de deux fois les montants investis aussi bien dans les marques que dans les dessins et modèles déposés. Au Royaume-Uni, 47 % des investissements dans les DPI étaient consacrés aux droits d'auteur, 22 % aux marques, 18 % aux droits de dessins ou modèles non déposés, 10 % aux brevets et 3 % aux actifs protégés par des droits de dessins ou modèles déposés. Autrement dit, les brevets ne représentaient que 21 % de l'ensemble des investissements en droits d'auteur. Voir : (OCDE, *Enquiries Into Intellectual Property's Economic Impact DSTI/ICCP(2014)17*, 2015, p. 29).

¹⁵ Recommandation du Conseil concernant l'action contre les pratiques commerciales restrictives relatives à l'usage des marques et des licences de marques (C(78)40/FINAL).

¹⁶ *Int'l Salt Co. contre États-Unis*, 332 US 392, 395 (1947) ; *États-Unis contre Loew's Inc.*, 371 US 38, 46 (1962) ; *Fortner Enters., Inc. contre US Steel Corp.*, 394 US 495, 505 n.2 (1969) ; *US Steel Corp. contre Fortner Enters., Inc.*, 429 US 610, 619 (1977).

¹⁷ Pour les États-Unis, voir : *Independent Ink*, 547 US 28 (2006), 45-46. Voir également : (Feldman, 2008, p. 13). Pour l'Europe, voir : affaire C-78/70 *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH contre Metro-SB-Grossmarkete GmbH & Co.*, ECLI:EU:C:1971:59, § 16 ; affaires jointes C-241/91 et C-242/91, *Radio Telefis Eireann contre Commission (Magill)* ECLI:EU:C:1995:98, § 46 ; et (Lianos, 2019, p. 20).

¹⁸ Voir également : Directives américaines sur la concession de licences, § 2.2 ; et Lignes directrices du Canada sur la PI, § 32.

¹⁹ Cette position s'inspire de (Nordhaus, 1969) et (Arrow K., 1962).

²⁰ Pour une analyse des gains d'efficacité associés aux accords verticaux, voir : (OCDE, *Vertical Restraints for On-line Sales DAF/COMP(2013)13*, 2013, pp. 13-14).

²¹ Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 9.

²² Directives américaines sur la concession de licences, § 2.3 ; Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 17 ; Lignes directrices de la Corée sur la PI, § II.2.E.

²³ Cette fois encore, il s'agit des problèmes qui se posent généralement plus souvent dans les cas où des restrictions verticales sont imposées. Voir : (OCDE, *Vertical Restraints for On-line Sales DAF/COMP(2013)13*, 2013, pp. 14-15)

²⁴ Voir, par exemple : Directives américaines sur la concession de licences, p. 3 ; Lignes directrices du Canada sur la PI, § 32.

²⁵ Les Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 104, précisent qu'un détenteur de DPI peut augmenter la production totale par la concession de licences à une autre entreprise même si cela a pour effet de limiter la production de cette dernière (par exemple, en intensifiant l'intégration de technologies complémentaires ou en favorisant l'intégration de la technologie supérieure d'un donneur aux biens de production d'un preneur, et ce, afin d'accroître leur efficacité globale).

²⁶ Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 204-205.

²⁷ Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 204 et 207 ; Lignes directrices de la Corée sur la PI, § III.3.C ; Lignes directrices du Japon sur la PI, § 3.1.(iii) et 4.3.(ii)(b).

²⁸ Directives américaines sur la concession de licences, § 5.2. Concernant les prix de revente maximum, voir : *State Oil Co. contre Khan* 522 US 3 (1997), annulant la décision rendue dans l'affaire *Albrecht contre Herald Co.*, 390 US 145 (1968). Concernant les prix de revente minimum, voir : *Leegin Creative Leather Products, Inc. contre PSKS, Inc.*, 551 US 877 (2007), affaire dans laquelle la Cour suprême a annulé la décision rendue il y a près d'un siècle dans l'affaire *Dr Miles Medical Co. contre John D. Park & Sons Co.*, 220 US 373 (1911).

²⁹ Règlement UE n° 316/2014 (« Règlement d'exemption de l'UE par catégorie d'accord de transfert de technologie »), article 4(2)(a) ; Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 118 ; Lignes directrices de la Corée sur la PI, § III.3.D.1.

³⁰ Directives américaines sur la concession de licences, § 4.1.2 (12 janvier 2017). Les Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie (§ 189) font une distinction légèrement différente, suivant que les restrictions s'appliquent à la production sur un territoire donné (licences exclusives ou uniques) ou qu'elles concernent la vente de produits intégrant la technologie sous licence dans un territoire donné ou à une catégorie de clients donnée (restrictions à la vente).

³¹ Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 211.

³² Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 212.

³³ Certains DPI, comme les droits d'auteur, ont par nature une dimension nationale, dans la mesure où il s'agit de droits définis au niveau national. Leurs détenteurs sont ainsi régulièrement autorisés à céder ces droits sous licence à l'échelle nationale et d'interdire aux preneurs de commercialiser les contenus protégés au-delà du territoire couvert. Voir : (Vinje, 2018, p. 48).

³⁴ Directives américaines sur la concession de licences, § 2.3 et § 4.1.2 ; Règlement d'exemption de l'UE par catégorie d'accord de transfert de technologie, article 4(1)(c)(i) ; et Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 108-113, 193-195 et 214 ; Lignes directrices de la Corée sur la PI, § III.3.D.3 ; Commission japonaise des pratiques commerciales loyales (2015), Lignes directrices sur l'utilisation de la propriété intellectuelle selon la loi antimonopole, § 3.1.(ii) et 4(3) et (4).

³⁵ Voir : affaire C-258/78, *L.C. Nungesser KG et Kurt Eisele contre Commission* ECLI:EU:C:1982:211, § 53, 57-58, 60-63 et 68-79 (relative aux droits d'obtenteurs) ; affaire C-403 & 429/08 *Football Association Premier League Ltd et autres contre QC Leisure et autres & Karen Murphy contre Media Protection Services Ltd* ECLI:EU:C:2011:631, § 141-142 (relative aux contenus soumis aux droits d'auteur).

³⁶ Règlement d'exemption de l'UE par catégorie d'accord de transfert de technologie, article 4(2)(b) ; et Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 119-127. Une définition des ventes passives est disponible dans les Lignes directrices sur les restrictions verticales (OJ C 130, 19.5.2010), § 51. Les restrictions de vente passive peuvent être autorisées dans le cas de restrictions des ventes d'un donneur (§ 120), de ventes dans les régions soumises à limitation pour un donneur (§ 121) et de ventes limitées exclusivement à des consommateurs finaux dans le cas des grossistes (§ 124).

³⁷ Le droit communautaire s'est néanmoins récemment montré plus souple à cet égard. Il autorise ainsi désormais les restrictions de vente passive pendant une période donnée si ces restrictions s'avèrent objectivement nécessaires pour permettre au preneur protégé d'entrer sur un nouveau marché (voir les Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 126). L'ancien règlement d'exemption ne prévoyait d'exception pour la restriction de vente passive par les preneurs que si les territoires ou catégories de clients étaient réservés exclusivement à un autre preneur. Cette

exception ne s'appliquait que pendant deux ans à partir de la date où le preneur protégé avait mis son produit sur le marché et protégeait éventuellement le territoire concerné d'un distributeur exclusif.

³⁸ Directives américaines sur la concession de licences, § 5.4 (12 janvier 2017) ; Lignes directrices du Canada sur la PI, § 83-99 ; Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 198-203 et 231-233 ; Lignes directrices du Japon sur la PI, § 2.1.

³⁹ Directives américaines sur la concession de licences, § 5.6.3 ; Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 129-131 ; Lignes directrices de la Corée sur la PI, § III.1.B. ; Lignes directrices du Japon sur la PI, § 4.5. (viii).

⁴⁰ D'après les Lignes directrices du Japon sur la PI, § 4.5. (viii), « *On considère généralement qu'il n'existe aucune raison valable à l'introduction d'une [clause de rétrocession exclusive]. Imposer une obligation de cet ordre constitue par principe une pratique commerciale déloyale.* »

⁴¹ Voir : article 5(1)(a) du Règlement d'exemption de l'UE par catégorie d'accord de transfert de technologie.

⁴² Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 134 ; Lignes directrices de la Corée sur la PI, § III.3.D.6. ; Lignes directrices du Japon sur la PI, § 4.4.(vii). Il semblerait que les tribunaux américains n'aient à ce jour jamais statué sur la légalité des clauses de non-contestation dans les accords de licence. Voir : (Cheng, 2016, p. 440).

⁴³ Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 134 ; Lignes directrices de la Corée sur la PI, § III.3.D.6.

⁴⁴ Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 136-137.

⁴⁵ Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 139-140.

⁴⁶ Voir : article 5(1)(b) du Règlement d'exemption de l'UE par catégorie d'accord de transfert de technologie.

⁴⁷ Lignes directrices de la Corée sur la PI, § III.3.D.4.A.

⁴⁸ Directives américaines sur la concession de licences, § 5.5 ; Lignes directrices du Canada sur la PI, § 108 ; Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 99-104.

⁴⁹ Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 261. Voir également : Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (OJ C 11, 14.1.2011), § 263.

⁵⁰ Directives américaines sur la concession de licences, § 5.5. (12 janvier 2017) ; Lignes directrices du Canada sur la PI, § 109 ; Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 246 ; Lignes directrices de la Corée sur la PI, § III.3.D.4.A ; Lignes directrices du Japon sur la PI, § 3.2.(i)(b) et (c), et (iii).

⁵¹ Directives américaines sur la concession de licences, § 5.5 ; Lignes directrices du Canada sur la PI, § 108 ; Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 262-265 ; Lignes directrices de la Corée sur la PI, § III.3.D.4.A.

⁵² Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 262 et 264.

⁵³ Lignes directrices de l'UE sur le transfert de technologie, § 256-257 ; JFTC (2005), « Lignes directrices sur la normalisation et les accords de communauté de brevets », § 2.1.(a).

⁵⁴ Lignes directrices du Canada sur la PI, § 197.

⁵⁵ Voir, par exemple : *Allied Tube contre Indian Head, Inc.* 486 US 492 (1988).

⁵⁶ Au niveau international, voir : article 31 de l'accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) ; et articles 11*bis*(2) et 13 de la Convention de Berne. Au niveau national, voir, par exemple : sections 133 et 135 de la Loi australienne sur les brevets de 1990 (Cth) ; sections 92 et 93 de la Loi japonaise sur les brevets ; section 46(2) de la Loi néozélandaise sur les brevets, article 1953 ; et, pour 38 pays européens, (Office européen des brevets (OEB), 2018).

⁵⁷ Ce rapport propose un aperçu des règles applicables à la cession obligatoire de licence et des pratiques adoptées par les membres de la Convention sur le brevet européen. Il précise ainsi que « la cession obligatoire de licence pour des brevets n'est pas une pratique courante en Europe » (Office européen des brevets (OEB), 2018, p. 3).

⁵⁸ (Padilla, Ginsburg, & Wong-Ervin, 2019, p. 14) estiment que la situation se posera notamment lorsque : (a) la PI s'avère indispensable pour rester concurrentiel ; et (b) le refus d'octroi de licence (i) entraîne l'exclusion du marché en aval de tous les concurrents, et (ii) empêche l'émergence de marchés pour les nouveaux produits faisant l'objet d'une demande non négligeable. (Delrahim, Forcing Firms To Share The Sandbox: Compulsory Licensing Of Intellectual Property Rights And Antitrust, 2004, p. 1069) identifie trois circonstances dans lesquelles cela peut être nécessaire : (i) dans le contexte d'une fusion ; (ii) comme alternative à un désinvestissement ; (iii) lorsqu'aucune autre mesure corrective n'est disponible, et à condition que la licence soit aussi encadrée que possible.

⁵⁹ Voir : décisions rendues dans les affaires *Unwired Planet International Ltd contre Huawei Technologies Co Ltd* [2018] EWCA Civ 2344 (Royaume-Uni) ; et *TCL Communication Technology Holdings Ltd contre Telefonaktiebolaget LM Ericsson*, n^{os} 8:14-CV-00341 JVS-DFMx et 2:15-CV-02370 JVS-DFMx (CD Cal, 21 septembre 2017) (États-Unis).

⁶⁰ Ainsi, dans une affaire récente visant la société Qualcomm, la KFTC a suivi la logique de ces systèmes de concession de licences et imposé une mesure corrective valable au-delà du territoire coréen. Voir (OCDE, Table ronde sur le champ d'application extraterritorial des mesures correctives relevant du droit de la concurrence - Note de la Corée DAF/COMP/WP3/WD(2017)37, 2017, pp. 6-8).

Références

- Aghion, P., Bloom, N., Blundell, R., Griffith, R., & Howitt, P. (2005). Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship. *The Quarterly Journal of Economics*, 120(2), 701-728. Retrieved 04 03, 2019, from https://www.ucl.ac.uk/~uctp39a/ABBGH_QJE_2005.pdf
- Anderson, R., & Kovacic, W. (2017). The application of competition policy vis-à-vis intellectual property rights: the evolution of thought underlying policy change. In *Staff Working Paper*. OMC. Retrieved 04 03, 2019
- Anderson, R., Chen, J., Müller, A., Novozhilkina, D., Pelletier, P., Sen, N., & Sporysheva, N. (2018). *Competition Agency Guidelines and Policy Initiatives regarding the Application of Competition Law vis-a-vis Intellectual Property Staff Working Paper ERSD-2018-02*. Retrieved 04 19, 2019, from https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201802_e.pdf
- Arrow, K. (1962). Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention. In R. Nelson (Ed.), *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors* (pp. 609-626). Princeton University Press, Princeton. Retrieved 04 03, 2019, from <https://econpapers.repec.org/bookchap/nbrnberch/2144.htm>
- Arrow, K. (1962). Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention. In NBER (Ed.), *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors* (p. 609). Princeton University Press, Princeton. Retrieved 04 03, 2019, from <https://www.nber.org/chapters/c2144.pdf>
- Bharadwaj, A., & Yoshioka-Kobayashi, T. (2018). Regulating Standard Essential Patents in Implementer-Oriented Countries: Insights from India and Japan. In Ashish Bharadwaj Vishwas H. Devaiah Indranath Gupta (Ed.), *Multi-dimensional Approaches Towards New Technology* (pp. 183-207). Springer, Singapour. doi:10.1007/978-981-13-1232-8_10
- Brodley, J. (1987). The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress. *N.Y.U. L. Rev.*, 62, 1020. Retrieved 04 03, 2019, from <http://thejournalofregulation.com/en/article/brodney-j/>
- Carovano. (2019). *Merger control*.
- Cheng, T. (2016). *Antitrust Treatment of the No-Challenge Clause*. Retrieved 04 04, 2019, from https://jipel.law.nyu.edu/wp-content/uploads/2016/06/NYU_JIPEL_Vol-5-No-2_5_Cheng_AntitrustTreatmentNoChallengeClause.pdf
- Church, J., & Ware, R. (1998). Network Industries, Intellectual Property Rights and Competition Policy. In Robert D. Anderson, & Nancy T. Gallini (Eds.), *Competition Policy and Intellectual Property Rights In the Knowledge-Based Economy*. University of Calgary Press, Calgary.
- Delrahim, M. (2004). Forcing Firms To Share The Sandbox: Compulsory Licensing Of Intellectual Property Rights And Antitrust. *Eur. Bus. L. Rev.*, 15, 1059. Retrieved 04 08, 2019, from <https://www.justice.gov/atr/speech/forcing-firms-share-sandbox-compulsory-licensing-intellectual-property-rights-and>
- Delrahim, M. (2005). The Long and Winding Road: Convergence in the Application of Antitrust to Intellectual Property. *Geo. Mason L. Rev.*, 13, 259. Retrieved 04 04, 2019, from <https://www.justice.gov/atr/speech/long-and-winding-road-convergence-application-antitrust-intellectual-property>

- Economics and Statistics Administration, & US Patent and Trademark Office. (2016). *Intellectual Property and the U.S. Economy: 2016 Update*. Retrieved 04 03, 2019, from <https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/IPandtheUSEconomySept2016.pdf>
- Epstein, R., & Noroozi, K. (2017). Why Incentives for ‘Patent Holdout’ Threaten To Dismantle FRAND, and Why It Matters. *Berkeley Technology Law Journal*, 32, 1381. doi:10.15779/Z38WD3Q19B
- Feldman, R. (2008). Patent and Antitrust Differing Shades of Meaning. *Virginia Journal of Law & Technology*, 13(5), 1. Retrieved 04 03, 2019, from http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarshiphttp://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/1047
- Galetovic, A., Haber, S., & Levine, R. (2015). An Empirical Examination of Patent Holdup. *Journal of Competition Law and Economics*, 11, 549. doi:10.1093/joclec/nhv024
- Gilbert, R. (2006). Looking for Mr. Schumpeter: Where Are We in the Competition--Innovation Debate? *Innovation Policy and the Economy*, 6, 159-215. doi:10.1086/ipe.6.25056183
- He Jing, & Hou Lei. (2016). The Magic of China IP Misuse Guidelines. *Competition Policy International*. Retrieved 04 19, 2019, from <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-magic-of-china-ip-misuse-guidelines/>
- Hemphill, C. (2017). Intellectual Property and Competition Law. In R. Dreyfuss, & J. Pila (Eds.), *The Oxford Handbook of Intellectual Property Law* (p. 872). Oxford University Press. doi:10.1093/oxfordhb/9780198758457.013.32
- Hiroko, Y. (2014). *Competition Analyses of Licensing Agreements: Considerations for Developing Countries under TRIPS*. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD). Retrieved 04 22, 2019, from <https://www.ictsd.org/sites/default/files/research/Competition%20Analyses%20of%20Licensing%20Agreements%20Considerations%20for%20Developing%20Countries%20under%20TRIPS.pdf>
- Lemley, M. (2002). Intellectual Property Rights and Standard-Setting Organizations. *California Law Review*, 90(6). doi:<https://doi.org/10.15779/Z384D9P>
- Lemley, M., & Shapiro, C. (2007). *Patent Holdup and Royalty Stacking*. Retrieved 04 06, 2019, from <http://eeweb.poly.edu/dgoodman/wirelesscom2005.pdf>.
- Lianos, I. (2019). Competition Law and Intellectual Property (IP) Rights: Analysis, Cases and Materials (SSRN Version: <https://ssrn.com/abstract=2863814>). In V. Lianos, Ioannis Korah, & P. Siciliani (Eds.), *Competition Law: Analysis, Cases, and Materials*. Oxford University Press, Oxford. doi:10.2139/ssrn.2863814
- Melamed, D., & Shapiro, C. (2018). How Antitrust Law Can Make FRAND Commitments More Effective. *Yale Law Journal*, 127(7), 2110. Retrieved 04 06, 2019, from <https://www.yalelawjournal.org/feature/how-antitrust-law-can-make-frand-commitments-more-effective>
- Nordhaus, W. (1969). An Economic Theory of Technological Change. *American Economic Review*, 59(2), 18-28. Retrieved 04 03, 2019, from https://econpapers.repec.org/article/aeaecrev/v_3a59_3ay_3a1969_3ai_3a2_3ap_3a18-28.htm
- OCDE. (1989). *Competition Policy and Intellectual Property Rights [CLP(89)3 et Corrigendum 1]*. Retrieved 04 03, 2019, from <http://legalinstruments.oecd.org>
- OCDE. (1997). *Competition Policy and Intellectual Property Rights DAF/CLP(98)18*. Retrieved 04 03, 2019, from <http://www.oecd.org/daf/ccp>

- OCDE. (2004). *Intellectual Property Rights DAF/COMP(2004)24*. Retrieved 04 03, 2019, from [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2004\)24/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2004)24/en/pdf)
- OCDE. (2006). *Competition, Patents and Innovation DAF/COMP(2007)40*. Retrieved 04 03, 2019, from [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2007\)40/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2007)40/en/pdf)
- OCDE. (2007). *Refusals to Deal DAF/COMP(2007)46*. Retrieved 04 07, 2019, from <http://www.oecd.org/daf/43644518.pdf>
- OCDE. (2011). *Excessive Prices DAF/COMP(2011)18*. OCDE. Retrieved 08 09, 2018, from [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2011\)18/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2011)18/en/pdf)
- OCDE. (2012). *The Digital Economy*. Retrieved 04 03, 2019, from <http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>
- OCDE. (2013). *Competition Policy and Knowledge-Based Capital*. Retrieved 04 03, 2019, from <http://www.oecd.org/daf/competition/Knowledge-based-capital-%20KeyFindings2013.pdf>
- OCDE. (2013). *Vertical Restraints for On-line Sales DAF/COMP(2013)13*. Retrieved 04 03, 2019, from [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2013\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2013)13/en/pdf)
- OCDE. (2014). *Propriété intellectuelle et processus de normalisation*. Retrieved 04 05, 2019, from [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2014\)27/fr](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2014)27/fr)
- OCDE. (2015). *Enquiries Into Intellectual Property's Economic Impact DSTI/ICCP(2014)17*. Retrieved 04 03, 2019, from [https://one.oecd.org/document/DSTI/ICCP\(2014\)17/CHAP1/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DSTI/ICCP(2014)17/CHAP1/FINAL/en/pdf)
- OCDE. (2015). *L'innovation de rupture et la mise en œuvre de la politique de la concurrence DAF/COMP/GF(2015)7*. Retrieved 04 03, 2019, from [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2015\)7/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2015)7/fr/pdf)
- OCDE. (2017). *Les régimes de protection et les présomptions légales en droit de la concurrence DAF/COMP(2017)9*. Retrieved 04 03, 2019, from [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)9/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)9/fr/pdf)
- OCDE. (2017). *Table ronde sur le champ d'application extraterritorial des mesures correctives relevant du droit de la concurrence - Note de la Corée DAF/COMP/WP3/WD(2017)37*. Retrieved 04 08, 2019, from [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2017\)37/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2017)37/en/pdf)
- OCDE. (2017). *Table ronde sur le champ d'application extraterritorial des mesures correctives relevant du droit de la concurrence DAF/COMP/WP3(2017)4*. Retrieved 04 08, 2019, from [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2017\)4/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2017)4/fr/pdf)
- OCDE. (2018). *Prix excessifs sur les marchés pharmaceutiques DAF/COMP(2018)12*. Retrieved 04 07, 2019, from [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)12/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)12/fr/pdf)
- OCDE. (2018). *Scoping Note by the Secretariat on Competition and Intellectual Property Rights DAF/COMP/WD(2018)4*. Retrieved 04 03, 2019, from [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)4/en/pdf)
- Office européen des brevets (OEB). (2018). *Compulsory licensing in Europe*. Retrieved 04 08, 2019, from www.epo.org/compulsory-licensing
- OMPI. (2011). *Le nouveau visage de l'innovation*. Retrieved 04 03, 2019, from https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/intproperty/944/wipo_pub_944_2011.pdf
- OMPI. (2018). *World Intellectual Property Indicators 2018*. Retrieved 04 19, 2019, from https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2018-chapter2.pdf

- Padilla, J., Ginsburg, D., & Wong-Ervin, K. (2019). Antitrust Analysis Involving Intellectual Property and Standards: Implications from Economics (forthcoming, SSRN Version: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3119034). *Harvard Journal of Law & Technology*. doi:10.2139/ssrn.3119034
- Rai, A. (1999). Regulating Scientific Research: Intellectual Property Rights and the Norms of Science. *Northwestern University Law Review*, 94. Retrieved 04 05, 2019, from https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/451
- Schumpeter, J. (1942). *Capitalism, Socialism, and Democracy*. Harper and Brothers, New York. doi:10.2307/1948935
- Shapiro, C. (1995). *Aftermarkets and consumer welfare: making sense of Kodak*. American Bar Association. doi:10.2307/40843290
- Shapiro, C. (2001). Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard Setting. In Adam B. Jaffe, Josh Lerner, & Scott Stern (Eds.), *Innovation Policy and the Economy* (pp. 119-150). MIT Press, Cambridge. Retrieved 04 05, 2019, from <https://econpapers.repec.org/bookchap/nbrnberch/10778.htm>
- Shapiro, C., & Teece, D. (1994). Systems Competition and Aftermarkets: An Economic Analysis of 'Kodak'. *The Antitrust Bulletin*, 39(1), 135-162. doi:10.1177/0003603X9403900104
- Shelanski, H. (2013). Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet. *University of Pennsylvania Law Rev*, 161, 1663. Retrieved 04 03, 2019, from <http://www.ftc.gov/opa/2012/09/emi.shtm>
- Teece, D. (1986). Profiting from technological innovation: Implications for integration, collaboration, licensing and public policy. *Research Policy*, 15(6), 285. Retrieved 04 08, 2019, from http://www.politicipublice.ro/uploads/technological_innovation.pdf
- US Department of Commerce. (2012). *Intellectual Property and the U.S. Economy: Industries in Focus*. Retrieved 04 03, 2019, from <https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/IPandtheUSEconomySept2016.pdf>
- Vinje, T. (2018). Union européenne. In Thomas Vinje (Ed.), *Intellectual Property and Antitrust Review* (p. 44). The Laws Review. Retrieved 04 04, 2019, from www.TheLawReviews.co.uk
- Whish, R., & Bailey, D. (2018). *Competition Law*. Oxford University Press. Retrieved 08 09, 2018, from <https://global.oup.com/academic/product/competition-law-9780198779063?cc=fr&lang=en&>
- Whish, R., & Bailey, D. (n.d.). *Competition Law*. Oxford University Press, Oxford. Retrieved 07 15, 2018, from <https://global.oup.com/academic/product/competition-law-9780199660377?cc=us&lang=en&>
- Wilson, B. (1970). *Remarks before the Fourth New England Antitrust Conference: Patent and Know-How License Agreements: Field of Use, Territorial, Price and Quantity Restrictions (Nov. 6, 1970)*. Retrieved 04 03, 2019, from <http://www.cptech.org/cm/ninenonos.html>