

Non classifié

Français - Or. Anglais

7 février 2020

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

**Résumé de la table ronde sur la concession de licences de propriété intellectuelle
et le droit de la concurrence**

**Annexe au compte rendu succinct de la 131^e réunion du Comité de la concurrence du 5
au 7 juin 2019**

6 juin 2019

Ce résumé du Secrétariat de l'OCDE présente les principales conclusions des discussions qui ont eu lieu pendant la 131^e réunion du Comité de la concurrence le 6 juin 2019.

D'autres documents consacrés à ces discussions sont disponibles 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 contacter M. Pedro Caro de Sousa
[Téléphone : +(33-1) 85 55 64 49 – Courriel : pedro.carodesousa@oecd.org].

JT03457498

Résumé de la table ronde sur la concession de licences de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence

Établi par le Secrétariat*

Les discussions au cours de la table ronde organisée par le Comité de la concurrence le 6 juin 2019, les documents soumis par les délégués, les contributions des spécialistes du panel et la note de référence préparée par le Secrétariat de l'OCDE ont mis en exergue les principaux points suivants :

1. Bien que plusieurs juridictions exemptent les droits de propriété intellectuelle de l'application du droit de la concurrence, ces exemptions ne semblent pas empêcher l'application de ce droit pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles en matière de concession de licences.

Plusieurs pays exemptent partiellement les droits de PI (DPI) de l'application du droit de la concurrence. Dans la plupart des cas, ces exemptions concernent l'exercice du DPI, qui échappe donc à l'appréciation des autorités de la concurrence.

Bien que plusieurs autorités de la concurrence aient travaillé à l'élimination de ces exemptions, il semble que celles-ci n'empêchent pas en pratique l'application du droit de la concurrence, lorsqu'il s'agit de sanctionner des pratiques anticoncurrentielles qui vont au-delà du simple exercice légal de droits de propriété intellectuelle.

Simultanément, les délégués ont reconnu que le droit de la concurrence ne doit s'appliquer aux DPI que s'il existe de bons motifs d'intervention, et que toute intervention dans ce domaine doit tenir compte du système d'incitations mis en place par le droit de la propriété intellectuelle afin de protéger l'innovation et la croissance économique.

2. La plupart des pratiques de concession de licences de propriété intellectuelle sont proconcurrentielles, car elles améliorent les incitations à innover *ex ante* et promeuvent la diffusion d'innovations et la concurrence sur le marché *ex post*. Toutefois, plusieurs accords de licence peuvent donner lieu à des problèmes de concurrence, et devraient être soumis à une analyse de leurs effets au cas par cas.

Les DPI constituent un mécanisme essentiel afin de promouvoir l'innovation, la croissance économique et, par extension, le bien-être des consommateurs. Simultanément, les DPI cherchent à établir un équilibre entre la protection des

* Ce résumé ne reflète pas nécessairement un consensus entre les membres du Comité de la concurrence. Toutefois, il récapitule les points essentiels dégagés des discussions ayant eu lieu au cours de la table ronde, ainsi que des contributions écrites des délégués, des présentations d'un panel d'experts, et de la note de référence du Secrétariat de l'OCDE.

droits des inventeurs ou des créateurs, et les incitations au développement d'innovations induites ou cumulatives.

Les DPI créent des droits exclusifs temporaires qui protègent les investissements consacrés à la recherche et à certaines activités créatives. La concession de licences est le principal mécanisme permettant de diffuser des innovations protégées par des DPI pendant cette période d'exclusivité. L'existence de marchés technologiques dans lesquels les détenteurs de DPI peuvent concéder leurs innovations sous licence de manière efficiente et à des conditions attrayantes, est susceptible d'avoir un effet positif sur leurs incitations à investir dans l'innovation. En conséquence, les accords de licence sont généralement considérés comme ayant des effets proconcurrentiels, qui favorisent à la fois la concurrence *ex post* et l'innovation *ex ante*.

Néanmoins, plusieurs accords de licence peuvent donner naissance à des problèmes de concurrence. C'est pourquoi de nombreuses juridictions à travers le monde reconnaissent les effets potentiellement favorables à la concurrence des accords de licence, mais soumettent également certaines pratiques de concession de licences à l'évaluation de leurs effets, avant de statuer sur leur caractère potentiellement anticoncurrentiel.

3. L'application du droit de la concurrence dans le domaine des DPI suit des principes bien établis dans le monde entier.

Il existe de vastes zones de convergence en ce qui concerne le traitement des pratiques de concession de licences de PI par le droit de la concurrence. À titre d'exemple, il existe un consensus sur le fait que la détention d'un DPI ne crée pas nécessairement un pouvoir de marché. Les accords de licence qui contiennent des accords collusoires de fixation des prix ou de restriction de la production sont généralement prohibés, et la plupart des autres clauses des accords de licence sont soumises à un test d'évaluation de leurs effets, en mettant en balance les effets pro et anticoncurrentiels.

Au fil des années, plusieurs pratiques pouvant avoir des effets anticoncurrentiels ont été identifiées par les autorités de la concurrence partout dans le monde. Ces pratiques feront habituellement l'objet d'une attention plus étroite des autorités de la concurrence, même si elles sont toujours soumises à une analyse au cas par cas. À titre d'exemple de ces pratiques de concession de licences, on peut citer les restrictions au domaine d'utilisation, l'obligation de rétrocession, les clauses de non-contestation et autres clauses similaires.

Les refus conditionnels d'octroi de licence constituent une autre conduite potentiellement problématique, qui peut être assimilée en pratique à des formes anticoncurrentielles de vente liée, de vente groupée, de remises de fidélité ou de distribution exclusive. Comme d'autres accords non collusoires, ces pratiques de concession de licences seront soumises à une analyse traditionnelle de leurs effets sur la concurrence.

4. Certaines zones limitées de divergence internationale subsistent en matière de concession de licences de propriété intellectuelle. Toutefois, ces divergences ne semblent pas être très importantes en pratique.

Les pratiques internationales diffèrent en ce qui concerne la manière dont les effets anticoncurrentiels sont analysés. En particulier, le scénario contrefactuel servant à l'évaluation des effets anticoncurrentiels varie selon les juridictions. Dans un nombre significatif de juridictions, la comparaison est faite avec un monde où il existe une certaine forme de concession de licences, tandis que dans d'autres juridictions, les autorités de la concurrence considèrent explicitement ce qui se serait produit si le détenteur des DPI avait exercé d'emblée son droit fondamental de ne pas concéder une licence. Toutefois, il n'est pas certain que cette différence conduise à des résultats divergents dans un nombre substantiel de cas.

Les refus unilatéraux d'octroi de licence constituent un autre domaine de divergence. La théorie des installations essentielles, qui permet de considérer les refus d'octroi de licence comme anticoncurrentiels et d'ordonner la cession obligatoire de licence en tant que mesure corrective, est acceptée dans plusieurs juridictions. Dans d'autres juridictions, la théorie des installations essentielles est considérée avec scepticisme et les refus inconditionnels d'octroi de licence sont généralement licites. Simultanément, il ne faudrait pas exagérer l'importance de cette différence. Le nombre de cas de refus d'octroi de licence est limité et les conditions requises pour faire reconnaître le caractère anticoncurrentiel d'un refus d'octroi de licence sont plutôt rigoureuses à travers le monde, ce qui ne conduit qu'à de faibles différences en pratique.

5. Certaines évolutions récentes des pratiques de concession de licence ont suscité la crainte qu'elles soient susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels

Les communautés de brevets sont traditionnellement divisées entre les communautés de brevets complémentaires et les communautés de brevets de substitution. Les communautés de brevets complémentaires sont proconcurrentielles car elles permettent de concéder des licences de technologies complémentaires, ce qui réduit les coûts de transaction et crée des opportunités de lancer des produits innovants sur le marché. En revanche, les communautés de brevets de substitution ou de brevets concurrents sont largement considérées comme anticoncurrentielles. Toutefois, il n'est pas certain que cette distinction traditionnelle convienne dans le cas des communautés de brevets contemporaines créées dans des marchés de haute technologie, qui contiennent habituellement un mixte de brevets, sans aucun contrôle préalable de la question de savoir si ces brevets sont des brevets de substitution ou des brevets complémentaires. Pour traiter cette question, les autorités de la concurrence ont défini des règles de gouvernance très détaillées et très utiles pour les communautés de brevets, y compris pour la sélection des DPI essentiels et non essentiels.

Une autre évolution récente a suscité de nouveaux problèmes en termes de concurrence, à savoir la multiplication des maquis de brevets – c'est-à-dire le chevauchement de différents ensembles de droits de brevet nécessaires à quiconque souhaite commercialiser de nouvelles technologies. À l'heure actuelle, les maquis de brevets sont devenus monnaie courante dans des industries comme la biotechnologie, les semi-conducteurs, l'informatique et les télécommunications. La

prévalence de maquis de brevets signifie que de nombreux produits sont fabriqués en vertu de nombreux brevets. Cela signifie qu'un même produit peut potentiellement enfreindre des douzaines voire des centaines de brevets. C'est ce qui s'est produit par le passé (par ex., pour les machines à coudre ou les avions), mais l'ampleur et l'importance des maquis de brevets se sont récemment accrues dans une mesure significative. En outre, des empilements de normes viennent fréquemment s'ajouter au sommet de nombreux maquis de brevets, ce qui ajoute encore à la complexité à l'analyse concurrentielle.

Ces développements concernant les communautés de brevets et les maquis de brevets alimentent un débat animé sur la question de savoir si des brevets essentiels à une norme sont susceptibles de créer un pouvoir de marché. Un brevet essentiel à une norme peut avoir un pouvoir de monopole *ex post* après qu'une norme ait été adoptée, appliquée et couronnée de succès. Étant donné qu'une norme contiendra généralement de nombreux brevets essentiels à une norme, cela signifie que de nombreux monopoles peuvent être en jeu et se chevaucher, ce qui suscite des préoccupations à propos du potentiel d'application de redevances en cascade et des incitations qu'un titulaire de brevet peut avoir à manipuler le processus de normalisation ou de concession de licence afin d'obtenir des redevances excessivement élevées.

Plusieurs juridictions semblent adopter des présomptions ou quasi-présomptions en vertu desquelles des brevets appartenant à une norme auront un pouvoir de marché s'ils sont indispensables et s'il n'existe aucune norme de substitution. D'autres juridictions soulignent toutefois que des brevets essentiels à une norme peuvent être soumis à plusieurs contraintes concurrentielles, notamment la complémentarité des brevets et les règles des organisations de normalisation, ce qui signifie qu'il est inapproprié de présumer qu'un brevet essentiel à une norme confère un pouvoir de monopole.

6. La question de savoir si des ordonnances (ou menaces d'ordonnances) au titre de brevets essentiels à une norme peuvent être assimilées à un préjudice à la concurrence fait l'objet d'une controverse particulièrement intense. Néanmoins, il est communément admis que les intérêts des titulaires du brevet et ceux des exploitants du brevet doivent être pris en compte dans la décision sur l'opportunité d'intervenir dans ce domaine.

Les théories du préjudice à la concurrence les plus répandues en matière de brevets essentiels à une norme concernent la possibilité de refuser l'octroi d'une licence sur un brevet essentiel si le titulaire du brevet s'est engagé à concéder cette licence à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (*fair, reasonable and non discriminatory*, ou FRAND). En pratique, cette situation prend habituellement la forme suivante : les titulaires de brevets cherchent à obtenir des ordonnances forçant les exploitants à cesser d'utiliser des brevets essentiels à une norme jusqu'à ce qu'une licence ait été négociée.

Le fait par le titulaire d'un brevet de solliciter une ordonnance pour faire cesser l'utilisation de son brevet par un exploitant qui ne détient pas de licence à cet effet constitue une mesure corrective classique en vertu du droit de la propriété

intellectuelle, et ne pose généralement aucun problème du point de vue du droit de la concurrence. Certaines juridictions ont toutefois exprimé la crainte que le recours à ces ordonnances puisse être anticoncurrentiel, particulièrement s'il confère au titulaire d'un brevet essentiel à une norme un pouvoir de négociation qui pourrait l'inciter à bloquer la concession de licences sur son brevet de manière à obtenir des redevances excessivement élevées. Cette situation a conduit certaines autorités de la concurrence et certains tribunaux à fournir des orientations sur les circonstances dans lesquelles le fait de demander ou de menacer de demander ce type d'ordonnance peut être problématique. D'autres juridictions sont toutefois parvenues à la conclusion que cette question est purement contractuelle et relève uniquement du droit de la propriété intellectuelle, et qu'elle mettra rarement en cause le droit de la concurrence, pour ne pas dire jamais.

Par ailleurs, si le titulaire d'un brevet essentiel à une norme ne peut pas obtenir le prononcé d'une ordonnance contre un exploitant qui ne détient pas de licence, son seul recours consistera habituellement à solliciter des dommages-intérêts pour le montant des redevances dues. Cela peut inciter les exploitants à bloquer tout accord sur les conditions de la licence afin de faire baisser les redevances qu'ils devront payer, étant donné que la seule conséquence de cette attitude est d'être forcés à payer les redevances qui seraient normalement dues en toute hypothèse.

Il a été reconnu qu'en principe le droit de la propriété intellectuelle et des règles FRAND claires sont le meilleur moyen de traiter les questions liées au prononcé d'ordonnances concernant des brevets essentiels à une norme. Le droit de la concurrence ne devrait s'appliquer qu'exceptionnellement. Si le droit de la concurrence s'applique, il est important de mettre en balance le risque d'atteinte à la concurrence pouvant découler du refus d'octroi de licence de la part de titulaires de brevets essentiels à une norme avec les intérêts légitimes des détenteurs de droits de propriété intellectuelle.

Même s'il existe des recommandations sur la manière de se livrer à cet exercice de mise en balance, plusieurs questions nouvelles continuent de surgir. On peut citer, à titre d'exemple, la question de savoir si le droit de la concurrence impose au titulaire d'un brevet essentiel à une norme d'offrir des licences à tous les arrivants, ou lui permet de limiter ces licences à un seul point de la chaîne d'approvisionnement ; ou encore, la question de savoir dans quelles circonstances des conditions de licence FRAND peuvent être différentes pour différents preneurs, sans enfreindre le droit de la concurrence.

L'application du droit de la concurrence dans ce domaine suscite une préoccupation particulière dans la mesure où son intervention dans des litiges concernant les conditions FRAND peut exiger des autorités de la concurrence qu'elles fixent des prix et agissent ainsi en qualité de régulateurs des prix, alors que les tribunaux sont mieux placés que les autorités de la concurrence pour établir des taux de redevance. En pratique, toutefois, les autorités de la concurrence se sont explicitement abstenues de fixer le montant des redevances. Les autorités de la concurrence sont plutôt intervenues en ce qui concerne la conduite des négociations sur les conditions FRAND et les litiges portant sur ces conditions, et se sont efforcées de créer les

moyens permettant aux parties de parvenir à un accord sur les conditions d'une licence, sans nuire indûment au bien-être des consommateurs.