

**LES RAPPORTS DIFFICILES DU DROIT DE LA
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AVEC LE DROIT
DE LA CONCURRENCE:**

**Étude de la clause *field of use* dans les
contrats de transfert de technologie aux
États-Unis, et subsidiairement
dans le cadre européen**

Anton Carniaux*

INTRODUCTION

1^{re} PARTIE: UN TERRAIN DE CONFRONTATION

ENTRE LES DROITS DE LA PROPRIÉTÉ

INTELLECTUELLE ET LE DROIT

ANTITRUST

I.A Les termes du compromis établi par les cours
américaines

I.A.1) Point de départ: la doctrine du droit
inhérent

I.A.2) Catégories des clauses *field of use*

I.A.3) Les deux interprétations du droit inhérent:
extensive et moyenne

I.B L'offensive du gouvernement américain sur ce
compromis juridique durant les années 1970

I.C Les problèmes pratiques posés par ce compromis
juridique

I.D Les difficultés propres aux licences de savoir-faire
et/ou de secret

2^e PARTIE: UN TERRAIN DE RÉCONCILIATION ENTRE LES DROITS DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET LE DROIT

ANTITRUST?

II.A La remise en valeur des droits de la propriété
intellectuelle

II.A.1) L'argumentation théorique économique

II.A.2) Les formes, anciennement attaquées, de
clause *field of use* doivent être soutenues

II.B La position de la Communauté Européenne vis-à-
vis de la clause *field of use*

II.B.1) Le droit des licences dans la Communauté
européenne: des règles écrites

II.B.2) Un critère de sélection encore mal défini

II.B.3) L'analyse économique européenne qui intègre
des objectifs plus larges que ceux de l'École
de Chicago

CONCLUSION

INTRODUCTION

Certains commentateurs ont l'habitude de caractériser les rapports du droit des brevets, et plus généralement des droits attachés aux découvertes scientifiques ou intellectuelles, avec le droit de la concurrence, de *conflictuels¹. L'objet de la présente recherche est de tenter de cerner la vraie ou fausse opposition entre ces deux droits au travers d'une clause particulièrement intéressante à maints égards que l'on retrouve souvent dans les contrats de transfert de technologie, à savoir la clause *field of use* telle qu'elle est nommée aux États-Unis d'Amérique.

Les contrats de transfert de technologie mettent en oeuvre divers droits de la propriété intellectuelle, tels que le droit des brevets ou celui des dessins industriels par exemple, ainsi que d'autres *droits+ liés au secret ou au savoir-faire². L'une des caractéristiques de ces droits originaux est l'obtention d'une sorte de *monopole*, d'une durée relativement courte dans le cas des brevets, d'une durée très variable lorsque nous sommes en présence de secrets.

Il nous faut préciser que sous le terme de *monopole* nous désignons indistinctement les monopoles légaux, c'est-à-dire protégés par l'État, et les monopoles de fait constitués par les secrets ou le savoir-faire détenus par l'inventeur de la technologie. Dans le cas du monopole légal, le résultat obtenu par la réflexion et les recherches, souvent onéreuses, est protégé contre l'utilisation sans autorisation par des tiers; le monopole de fait, lui, ne protège pas contre la découverte éventuelle par des tiers du secret ou contre l'acquisition de la maîtrise du savoir-faire par d'autres. Cette deuxième forme de monopole est malgré tout protégée contre *l'appropriation abusive+ grâce à des textes et des courants jurisprudentiels bien établis, ce qui la met sur le même plan que la première forme de monopole dans le cadre du sujet que nous traitons ici.

Très souvent, le détenteur du monopole n'exploite pas lui-même toutes les utilisations possibles de son invention et il est dans l'intérêt de la société de l'inciter à accorder la cession ou la licence sur sa technologie à des personnes en mesure d'en tirer tout le potentiel.

Le contrat de licence est largement préféré au contrat de cession par les fournisseurs de technologie, parce qu'il leur permet de garder certaines caractéristiques des droits de propriété intellectuelle ou des droits spécifiques aux secrets ou au savoir-faire, ce, malgré le *transfert* des connaissances. En d'autres termes, le droit lié au monopole s'exerce même à l'encontre du bénéficiaire de la technologie qui a obtenu l'autorisation de l'exploiter. Ceci se traduit par la possibilité pour le fournisseur de limiter l'autonomie du bénéficiaire sur le marché des produits obtenus grâce à la technologie. Les accords de transfert de technologie sont truffés bien souvent de ce que nous appelons usuellement des *restrictions+ (l'exemple le plus classique étant celui des restrictions territoriales). Ce droit de limiter l'autonomie du bénéficiaire incitera d'autant plus le fournisseur à accorder une licence sur sa technologie, servant ainsi l'intérêt de la société.

Mais cette possibilité, par ailleurs, contredit l'objectif essentiel du droit *antitrust*, qui est de chercher à maximiser la liberté de concurrence entre les acteurs économiques pour que les forces du marché exercent une pression à la baisse sur les prix. D'où le dilemme auquel doivent faire face les juges américains: jusqu'où le fournisseur peut-il limiter l'autonomie du bénéficiaire en vertu de son droit monopolistique sans nuire à la liberté de concurrence?

Cette incertitude est particulièrement perceptible dans le domaine du droit des brevets. C'est l'une des raisons pour lesquelles nous concentrerons notre étude sur la jurisprudence américaine concernant le transfert de technologies couvertes par des brevets, ce qui ne nous empêchera pas de faire des rapprochements avec les transferts de secrets et de savoir-faire auxquels s'appliquent aussi très souvent des clauses *field of use*.

Cette étude du droit *antitrust* américain appliqué au problème du transfert de technologies et des restrictions qui l'accompagnent nous permettra par ailleurs de faire des parallèles avec le droit de la concurrence élaboré au sein de la Communauté européenne, droit de la concurrence dont de nombreux analystes ont relevé, parfois un peu rapidement, les similarités avec son équivalent américain³.

Ces précisions faites, il s'agit pour nous de savoir comment s'est traduite concrètement, dans les textes et la jurisprudence, cette opposition entre le droit *antitrust* et le droit des brevets.

Aux États-Unis, le sénateur Sherman fut l'initiateur d'une loi, adoptée le 2 juillet 1890, lançant véritablement l'ère du droit antitrust. Cette législation, appelée communément *Sherman Act*, pose les principes suivants:

Tout contrat, toute association sous forme de trust ou autrement, ou toute entente en vue de restreindre les échanges ou le commerce entre les différents États de l'Union ou avec les pays étrangers, sont illégaux.

Toute personne qui monopolisera, tentera de monopoliser, ou participera à une association ou à une entente avec une ou plusieurs personnes en vue de monopoliser une partie quelconque des échanges ou du commerce entre les différents États de l'Union ou avec les pays étrangers se rendra coupable d'un délit.⁴

Ce texte, dont la sévérité est manifeste⁵, est né dans un contexte très particulier où les abus de monopoles avaient hérissé toute la population, et derrière eux leurs représentants, contre tout ce qui pourrait nuire à la liberté de concurrence qui, jusqu'alors, avait fait la force de ce pays. Mais cet absolutisme va à l'encontre d'une disposition, constitutionnelle, qui accorde un monopole aux inventeurs. C'est l'article I, section 8 de la Constitution qui, dans la langue d'origine, est rédigé comme suit:

The Congress shall have Power...[t]o promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.⁶

Ce droit constitutionnel est matérialisé dans une loi par le Congrès en 1790⁷, à la suite de laquelle de nombreux textes sur les brevets furent adoptés, le principe restant que, sous certaines conditions, un inventeur se voit accorder un droit d'exclure les autres de fabriquer, utiliser, ou vendre l'invention sur tout le territoire des États-Unis, ce, pendant une période de dix-sept ans au terme de laquelle l'invention est accessible à tous⁸.

Ce sont donc, non seulement deux légitimités honorables comme nous l'avons vu, mais aussi deux fondements juridiques extrêmement sérieux qui soutiennent les deux droits étudiés. Comment les concilier dans la pratique des licences? C'est une tâche qui a été laissée aux juges américains d'autant plus que les règles écrites utilisables sont peu nombreuses et imprécises.

Les termes du compromis entre les deux règles de droit, élaboré par les cours, ont pu évoluer mais le principe fondamental est resté le même. Le détenteur du brevet doit exercer son pouvoir *à l'intérieur du *champ* de son brevet+ (nous reprenons des termes souvent utilisés par les juges). Pour que ce champ ait une superficie minimum, il faut appliquer une *règle de raison* aux principes absolus du Sherman Act, principes qui ne composent pas avec les restrictions *raisonnables+ que l'on rencontre à foison dans la vie commerciale de tous les jours⁹.

Dans le cas des licences de brevet, l'application de cette règle de raison permet aux juges de définir les limites de ce champ, au-delà desquelles la restriction n'est plus légale. La restriction est acceptée par le juge lorsque:

B elle est accessoire au but principal légal (ici le but principal doit être le transfert de technologie);

B l'étendue et la durée de la restriction ne sont pas plus importantes que nécessaires pour accomplir ce but;

B enfin, la limitation doit être *raisonnable+, compte tenu des circonstances propres à la licence et du marché concerné¹⁰.

Le troisième critère semble des plus subjectifs: il dépendra justement de la vision de l'intérêt général qu'a le juge, c'est-à-dire s'il analyse le droit des brevets comme une exception au droit antitrust, auquel cas il aura plutôt tendance à considérer les restrictions comme *non raisonnables+, ou si au contraire il considère que le droit attaché au brevet est plus *sacré+ que toute règle de concurrence, ce qui l'amènera à accepter plus facilement les restrictions contenues dans un accord de licence.

Par ailleurs, l'application de la règle de raison suppose une analyse approfondie des répercussions économiques de la restriction litigieuse, afin de déterminer si elle est, en fin de compte, véritablement anticoncurrentielle ou non, analyse que Fasquelle appelle *la méthode du bilan concurrentiel¹¹. Il semble bien que ce soit la lourdeur de cette analyse économique au cas par cas qui a entraîné les juges américains à élaborer la règle *per se*.

Le juge, au fil des cas traités, a fini par cerner certaines situations où, d'après lui, les restrictions sont clairement anticoncurrentielles, c'est-à-dire lorsque celles-ci ne sont pas *accessoires au but légal+, ou lorsqu'elles ne sont pas raisonnables parce qu'elles vont au-delà de la récompense¹² légitime que le détenteur du brevet est en droit de tirer de son invention. Lorsque ces restrictions, déjà cataloguées par la jurisprudence, sont rencontrées, le juge les déclare illégales *per se* sans aucune analyse économique. La Cour suprême des États-Unis a posé le principe des violations *per se* dans le jugement *Northern Pacific Railway c. United States*:

However they are certain agreements or practices which because of their [presumed] pernicious effects on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use. This principle of *per se* unreasonableness not only makes the types of restraints which are proscribed by the Sherman Act more certain to the benefit of everyone concerned, but it also avoids the necessity for an incredibly complicated and prolonged economic investigation involved [...].¹³

Ainsi, nous voyons que la raison profonde qui sous-tend la règle *per se* est de s'économiser ce bilan concurrentiel complexe¹⁴. P. Thieffry caractérise les accords visés par la décision *Northern Pacific Railway*, comme *présumés de façon irréfragable, [...] déraisonnables et en conséquence illégaux¹⁵. Mais dans la sélection des accords se voyant appliquer la règle *per se*, intervient encore une fois la subjectivité du juge, qui, selon sa vision de l'intérêt général, élargira plus ou moins le domaine d'application de la règle *per se*.

Les années 1980 ont vu un regain de popularité des droits de la propriété intellectuelle au détriment du droit *antitrust*, ceci s'est remarqué aussi bien au niveau du gouvernement de l'époque qu'au travers de la doctrine et des jugements¹⁶. Les raisons, développées par D. Marks¹⁷, en sont facile à déterminer: *la prééminence technologique [des États-Unis] n'est plus assurée¹⁸; d'une situation d'exportateurs nets de technologies, les États-Unis sont passés à une situation d'importateurs nets de technologies.

Or il est devenu clair aux yeux de tous que la technologie est le nerf de la guerre économique. Par conséquent, il existe tout un mouvement qui réclame de ménager les inventeurs grâce à l'assouplissement du droit *antitrust* américain.

À cela s'ajoute une revendication concernant certaines particularités procédurales du droit *antitrust* qui accentuent la *fragilité+ des droits du détenteur du brevet. Actuellement, lorsque des restrictions sont jugées illégales, le fournisseur de technologies ne pourra imposer aucun des termes du contrat au bénéficiaire, tels que les redevances dues par ce dernier par exemple (parce que le détenteur du brevet a les *mains sales¹⁹). L'appréhension de voir le contrat non opposable au bénéficiaire de la licence peut amener le fournisseur à ne pas envisager du tout la licence, quand il estime que certaines restrictions, dont le traitement jurisprudentiel varie en fonction des juridictions ou dans le temps, sont indispensables pour protéger ses acquis. Pour favoriser l'invention et les licences, encore une fois, certains estiment que cette insécurité qui pèse sur le détenteur du brevet doit être bannie²⁰.

La légitimité des droits de la propriété intellectuelle est par conséquent devenue, aux États-Unis, supérieure à la légitimité du droit *antitrust* aux yeux d'une fraction beaucoup plus large de la doctrine qu'avant.

Nous voyons à quel point ces deux droits, objets de notre étude, ne cohabitent pas facilement. Il existe de nombreuses clauses dans les contrats de transfert de technologie limitant la liberté du bénéficiaire et susceptibles de concerner le droit *antitrust*²¹, aussi nous avons voulu limiter notre analyse à la clause appelée *field of use*, terme que nous pourrions traduire par *domaine d'utilisation*.

Cette clause, tout en n'étant pas trop spécifique (dans ce cas il serait difficile d'élargir nos propos), offre des caractéristiques particulièrement intéressantes pour notre étude sur la confrontation des deux droits²². En effet, d'un côté, elle est très utile au détenteur du brevet, du secret ou du savoir-faire, pour recevoir le plus de dividendes possibles de son invention, et elle est donc un incitatif important à la diffusion technologique, mais de l'autre elle peut être aussi très dangereuse pour la concurrence si elle est abusivement utilisée²³. On retrouve d'ailleurs ce paradoxe dans l'attitude des gouvernements successifs à son égard, gouvernements qui, d'une défiance remarquable durant les années 1970, sont passés à une attitude très compréhensive envers cette clause au début des années 1980²⁴.

Ce renversement de position est non seulement attribué aux faveurs grandissantes dont on entoure les inventeurs, mais est aussi dû à une analyse économique différente. L'École de Chicago détecte, en effet, dans la clause *field of use* des aspects procompétitifs, aspects qui la réconcilieraient avec le droit *antitrust*. Cette réconciliation serait possible même lorsque cette clause est dans sa forme qui diminue le plus la liberté de concurrence à première vue²⁵.

Nous verrons que cette position, tout en contribuant à une vision plus précise de la réalité économique des brevets, secrets et savoir-faire, est sujette aux critiques. À ce propos, le traitement accordé par la Communauté européenne à cette clause nous aidera à mieux cerner la teneur de ces critiques.

Ce sont ces deux points que nous voulons exprimer dans nos développements: d'une part la confrontation des *droits de la propriété intellectuelle+ avec le droit *antitrust* américain, et de l'autre la réconciliation, possible ou souhaitable, dans un certain modèle économique de ces deux droits.

1^{re} PARTIE: UN TERRAIN DE CONFRONTATION ENTRE

LES DROITS DE LA PROPRIÉTÉ

INTELLECTUELLE ET LE DROIT

ANTITRUST

Nous avons vu en introduction le nécessaire compromis que doivent faire les cours américaines entre les deux droits, nous retrouvons les termes de ce compromis au travers de la clause *field of use*, plus particulièrement dans le domaine des brevets (Partie A). Mais ce compromis, tel qu'il a été élaboré avant les années 1970, a subi une vive critique de la part des gouvernements en place durant les années 1970 (Partie B). Les problèmes pratiques soulevés par l'application de ce compromis aux brevets est un autre signe de *l'imperfection+ de cet arrangement juridique (Partie C). L'étude de ces problèmes pratiques conduit à une réflexion critique sur les solutions jurisprudentielles spécifiques apportées aux licences de savoir-faire et/ou de secret (Partie D).

I.A Les termes du compromis établi par les cours

américaines

Thomas C. Meyers définit la clause *field of use* comme suit: *[a] field of use restriction prohibits a licensee from realizing the benefits of the license in certain technical fields⁺²⁶. Mais quel est l'intérêt pour le détenteur du brevet, ou du secret, ou encore du savoir-faire, de limiter son utilisation à une certaine *application technique⁺²⁷?

Nous prendrons un exemple dans le domaine des brevets, repris par Meyers et inspiré d'un jugement²⁸. Imaginons qu'une formule de médicament brevetée puisse être utilisée aussi bien dans le domaine vétérinaire que dans le domaine humain. Il est intéressant pour le fournisseur d'accorder un contrat de licence à un bénéficiaire pour qu'il exploite son brevet, mais exclusivement dans le domaine vétérinaire, lorsque lui-même exploite, ou compte exploiter, l'application humaine de la formule de médicament, de telle sorte qu'il conserve le monopole lié au brevet dans ce domaine.

Si le fournisseur de la technologie n'a pas vocation à exploiter les applications concrètes de son brevet, il a intérêt à effectuer les mêmes limitations dans ses contrats de licence pour multiplier les sources de redevances. Il aura bien plus de chances d'attirer un exploitant dans le domaine animal si celui-ci a la garantie qu'un autre bénéficiaire de la formule n'a le droit d'exploiter *que* dans le domaine humain: si cette garantie n'existait pas, le monopole du bénéficiaire éventuel serait très fragile.

Une fois cerné l'intérêt du fournisseur, il nous faut nous demander jusqu'où ce dernier peut aller dans ses restrictions: en effet, comme nous l'avons vu plus généralement en introduction, il faut un compromis entre une récompense minimum pour l'inventeur du médicament, et l'atteinte à la concurrence. Cette atteinte est visible dans l'exemple cité: en l'absence de la clause *field of use*, le fabricant dans une des deux applications pourrait très bien concurrencer l'autre fabricant sur son marché, en exploitant les deux domaines du brevet. *A priori*, cette situation serait bénéfique pour l'économie, puisqu'elle entraînerait une baisse des prix sur ce marché. Les cours américaines ont tenté de répondre à la question. Nous étudions à présent leur analyse juridique appliquée à la clause *field of use* dans les licences de brevet.

I.A.1) Point de départ: la doctrine du droit inhérent

Pour commencer, il a fallu justifier le principe même du droit accordé au propriétaire du brevet d'imposer une limitation sur ses applications. C'est l'affaire *General Talking Picture c. Western Electric Company* de 1937 qui, la première, est venue élucider le problème²⁹.

Les faits sont les suivants: le détenteur du brevet accorde une licence à un bénéficiaire pour que celui-ci fabrique et vende des amplificateurs brevetés, utilisables aussi bien chez le particulier, que dans le domaine commercial du cinéma. Une restriction y est incluse, précisant que l'entreprise ne doit vendre qu'aux particuliers. Or celle-ci vend certains de ces amplificateurs qu'elle a fabriqués à la *General Talking Picture Corporation+, en sachant pertinemment que cette dernière les utiliserait dans un cinéma.

La Cour suprême soutient la clause *field of use* dans son principe même et, pour cela, elle adopte le raisonnement suivant: étant donné que le détenteur du brevet a, en vertu de son droit d'exclusion légale, la possibilité de *ne pas accorder du tout* de licence, il doit avoir, *a fortiori*, le droit d'accorder la licence sur *une partie* de son monopole³⁰. On a l'habitude de nommer ce raisonnement la *doctrine du droit inhérent+ (*inherency doctrine*)³¹, en ce sens que ce droit est inhérent au monopole légal.

Nous pouvons nous entendre sur le principe, mais qu'en est-il des limites au principe, limites au-delà desquelles la récompense due à l'inventeur, ou les effets pernicioeux sur la concurrence (l'effet pernicioeux étant bien souvent justement la récompense illégitime que l'inventeur recherche), ne sont plus raisonnables? Le texte de l'arrêt ne nous renseigne pas clairement sur ce point. Or l'interprétation du principe posé en 1937 est fondamentale parce que nous verrons que de celle-ci dépend le compromis entre les intérêts liés à la libre concurrence et ceux liés à la diffusion de la technologie.

Mais auparavant, dans un esprit didactique, il nous faut effectuer une classification des restrictions *field of use*, classification qui se fonde sur l'interprétation que l'on peut faire des termes *domaines d'utilisation+. Sont-ce des divisions techniques que le propriétaire du brevet peut imposer? Ou des divisions commerciales? Et dans quel sens peut-on prendre le mot *utilisation+? La restriction peut-elle porter seulement sur l'utilisation concrète du brevet ou aussi sur l'utilisation du *résultat* obtenu grâce au brevet?

1.A.2) Catégories des clauses field of use

La première catégorie est celle qui viendrait tout de suite à l'esprit lorsqu'on a lu l'exemple précité sur la formule de médicament. Il s'agit en effet d'une division technique des applications. Lorsque la technologie l'autorise, on peut répartir entre plusieurs exploitants le droit de fabriquer une variante de la technologie qui permet alors d'obtenir des produits différenciés, ces derniers seront écoulés par conséquent sur des marchés de consommateurs qui ne se recoupent pas. Aucun problème n'est alors posé au libre jeu de la concurrence lorsque ce type de restriction est imposé, mais cela suppose bien sûr que les produits obtenus ne puissent se substituer l'un à l'autre.

Il est vrai, comme nous l'avons dit à propos de la formule de médicament, que l'un des deux exploitants pourrait modifier sa structure de production pour concurrencer l'autre sur son marché, mais ces cas semblent suffisamment rares et pourraient présenter un coût rédhibitoire, de telle sorte que l'on peut parler de marchés distincts sur lesquels les entreprises fonctionnent séparément.

La deuxième catégorie est celle des clauses *field of use* constituant des divisions commerciales. Dans ce cas nous partons de l'hypothèse que le contenu du brevet ne permet qu'une application technique, mais les fabricants se voient malgré tout *imposer+³² une restriction sur le marché auquel ils s'adressent³³.

Par exemple, un fabricant du produit issu du brevet ne sera autorisé à vendre qu'aux professionnels, tandis qu'un autre exploitant se verra attribuer le marché des particuliers³⁴. Bien souvent, on adjoint au produit directement inspiré du brevet un élément extérieur à celui-ci afin de l'adapter au marché visé. Parfois la restriction ne précise pas quels marchés sont visés, mais ses conséquences sont les mêmes. Il s'agit des cas, par exemple, où le fabricant n'a le droit de vendre le produit breveté, ou contenant l'élément breveté qu'il a fabriqué, seulement *en gros+, ou au contraire seulement *au détail+. Dans ces situations, on est, au bout du compte, face à un cloisonnement des marchés.

On peut aisément déceler dans cette forme de restriction sur *le domaine d'utilisation+ une atteinte au libre jeu de la concurrence, puisque chaque bénéficiaire de la licence se voit clairement refuser l'accès à une portion du marché qu'il pourrait atteindre facilement. Entendons-nous bien, nous avons parlé d'*atteinte au droit de la concurrence+: nous verrons de quoi il en est à ce niveau-là plus tard dans nos développements.

Enfin, il existe une troisième catégorie de clause *field of use* que nous qualifierons de *restriction sur les bénéficiaires/acheteurs+³⁵ (nous faisons référence ici aux bénéficiaires de la licence, bien sûr). Dans ce cas, ce ne sont plus des *fabricants* du produit breveté auxquels on impose des

restrictions, mais bien des *acheteurs* wui vont devoir suivre les mêmes consignes que nous avons pu analyser dans les clauses constituant une division commerciale. Il en est ainsi d'un acheteur d'insecticide breveté qu'il ne pourrait revendre qu'aux agriculteurs professionnels et non aux particuliers.

Il nous faut maintenant nous pencher sur la manière dont les cours ont caractérisé ces différentes clauses à partir du principe posé par la Cour suprême en 1937.

1.A.3) Les deux interprétations du droit inhérent: extensive

et moyenne

L'interprétation extensive, dont nous trouvons un exemple dans le jugement *Chemagro Corp. c. Universal Chem. Co.*³⁶, est celle qui donne tant de force au droit inhérent au monopole, que même une restriction sur les bénéficiaires/acheteurs est acceptable. Cette restriction entrerait dans le cadre d'une récompense légitime et raisonnable pour le détenteur du brevet.

Penchons-nous sur les faits de l'arrêt. Le détenteur d'un brevet pour un insecticide accorde une licence à des revendeurs, mais celle-ci est assortie d'une condition: les revendeurs ne doivent pas diluer l'insecticide (ils ne peuvent ainsi proposer le produit aux particuliers, l'insecticide non dilué étant prétendu trop dangereux pour le simple jardinage). Par voie de conséquence, ils se voient limités à l'exploitation du marché des professionnels, tandis que le propriétaire du brevet peut exploiter en toute liberté le marché des particuliers.

Un des revendeurs enfreint cette clause en diluant le produit et en le proposant à des particuliers, aussitôt le fournisseur attaque en justice celui-ci. Durant l'instance, la défense oppose le **misuse of patent+* pour violation du droit *antitrust*, mais cet argument n'est pas accepté par la cour au motif que: **a patent owner or a licensee thereof can [...] place an enforceable restriction on the purchaser thereof as to the use to which the purchaser may put the product if said purchaser had actual notice of said limited patent license+*³⁷.

Une interprétation restrictive de ce droit inhérent voudrait que le droit du détenteur de brevet soit limité à la seule possibilité de faire des divisions techniques, mais la solution adoptée dans l'arrêt *General Talking Picture* ne le permettait pas³⁸. La Cour suprême, en 1937, sans être très claire sur les limites du principe du droit inhérent, a malgré tout accepté dans le cas d'espèce une restriction constituant une division commerciale du brevet, par conséquent, au minimum une restriction de ce genre devait être considérée comme légale.

L'interprétation moyenne, quant à elle, consiste en un compromis entre ces deux interprétations, et plus généralement entre les droits de la propriété intellectuelle et le droit *antitrust*. Une division commerciale établie par une clause *field of use* est acceptée, bien qu'il existe une limitation au libre jeu de la concurrence, au motif qu'il faut accorder une extension minimum au brevet pour protéger les intérêts de son détenteur et l'inciter à créer de nouvelles technologies.

Quelle est l'argumentation juridique qui permet à la cour de faire ce choix, somme toute arbitraire? Celle-ci est très claire dans les jugements *United States c. Univis Lens Co.*³⁹, et *Munters Corp. c. Burgess Ind. Inc.*⁴⁰. Elle explique que la division commerciale contenue dans une telle restriction est acceptable parce que le bénéficiaire *fabrique* le produit breveté: il utilise donc concrètement le brevet, brevet qui appartient encore à son propriétaire et sur lequel ce dernier a limité *provisoirement* son droit d'empêcher toute utilisation⁴¹. En effet, le fournisseur peut reprendre à tout instant les prérogatives liées au brevet, quitte bien sûr à subir un recours en responsabilité contractuelle. Il ne le fait jamais ou très rarement, mais ce pouvoir justifie, aux yeux des juges américains, les limitations apportées au commerce par ces restrictions.

En revanche, il semble aux juges, du moins à cette époque, qu'une restriction sur les bénéficiaires/acheteurs est inacceptable parce que le produit n'est pas fabriqué, bien évidemment, par ces derniers; il est fabriqué par un autre, le détenteur du brevet ou un tiers, peu importe, et dans ce cas le brevet a déjà été utilisé, *consommé+. La vente *épuise* les droits du détenteur du brevet⁴²: en effet sa propriété a été entièrement transférée avec les risques qui sont liés au droit de propriété. Comme le dit le tribunal dans *General Talking Picture*, le produit est entré dans les *canaux ordinaires du commerce+⁴³, et une *lecture attentive+⁴⁴ de cet arrêt permet d'en conclure qu'aucune restriction ne doit suivre ce produit, restriction qui aurait pour effet injuste d'imposer les désavantages de la propriété sans l'avantage principal de celle-ci: la liberté de disposer de son bien comme on l'entend.

On retrouve ici, sous une forme particulière, la très intéressante théorie de *l'épuisement des droits+, mieux connue dans son application aux restrictions territoriales⁴⁵.

Les juges ont tiré les conséquences logiques d'une telle analyse, en déclarant généralement toutes les restrictions non tarifaires sur les bénéficiaires/acheteurs (que l'on qualifie de restrictions verticales)⁴⁶ illégales *per se* dans une décision très connue⁴⁷ (qui a été renversée plus tard). La clause *field of use* étant une restriction verticale, elle se voit appliquer le régime de la *règle *per se* Schwinn+⁴⁸.

Le compromis, ainsi formulé, établit le critère de la vente pour tracer une frontière entre les restrictions auxquelles on applique la règle de raison et celles que l'on interdit *per se*. Ce critère est quelque peu formel comme nous l'avons vu, et il accorde un *a priori* favorable aux restrictions constituant une division commerciale de l'application du brevet. Or nous avons dit qu'il y avait atteinte à la concurrence, mais que celle-ci était généralement considérée comme raisonnable par les juges. Ce n'est pas l'avis des dirigeants gouvernementaux durant les années 1970 qui ont voulu que les juges renégocient le compromis juridique que nous avons décrit.

I.B L'offensive du gouvernement américain sur ce compromis juridique durant les années 1970

Le gouvernement américain alors en place, conformément aux principes économiques élaborés par les théoriciens de l'École de Harvard⁴⁹, craint les monopoles considérés comme des freins à la chute des prix, chute qui selon eux ne pourrait intervenir que lorsque les forces des entités économiques ne sont pas trop déséquilibrées.

Par conséquent, ce gouvernement critique certaines restrictions auxquelles les juges appliquent la règle de raison⁵⁰, et en ce qui nous concerne, il attaque plus particulièrement certaines clauses *field of use*.

Nous avons vu dans l'arrêt *General Talking Picture* que la Cour suprême soutient la restriction commerciale qui pèse sur les produits fabriqués, et les décisions ultérieures ont fait de même. Le gouvernement américain va dès lors tenter, dans certains cas d'espèce, de faire accepter une interprétation différente de celle communément admise par les juges.

Un exemple intéressant peut être trouvé dans l'arrêt *United States c. Ciba-Geigy Corporation*⁵¹. Ciba est une entreprise qui détient un brevet sur une formule chimique (le HCT) utile à la création d'un médicament. Or, elle accorde de multiples licences à des entreprises pour fabriquer le HCT, mais celles-ci devront se limiter à la création d'un HCT combiné avec un autre produit et ne pourront le vendre ni à l'état pur, ni en gros. On imagine aisément que Ciba, elle, se réserve le

marché du HCT à l'état pur et en gros, qu'elle vend à des détaillants ou des entreprises, qui ne devront pas non plus le combiner (alors qu'elles ont *acheté* le HCT)⁵².

Dans ces conditions, les bénéficiaires de la licence ne peuvent vendre qu'à des particuliers, à savoir les pharmaciens, ce qui représente forcément un marché beaucoup plus étroit, ou plus difficile à exploiter.

Les représentants du gouvernement américain estiment que cette clause est abusive, et ils tentent de la différencier de celle qui est traitée dans l'arrêt *General Talking Picture* en avançant que, dans le cas de Ciba, elle *[ne] divise [pas] l'exploitation du brevet le long des lignes de domaines techniques séparés+:

The government has tried to distinguish *General Talking Picture* on the ground that case found permissible only certain *field of use+ restrictions which do not pertain to the case before the court. The government asserted that a *field of use+ restriction *divides up the exploitation of the patent along the lines of separate technological fields.+ In *General Talking Picture*, the distinct *fields of use+ were (a) the home use field, and (b) the commercial use field.⁵³

En fait, derrière ces mots, le gouvernement demande au tribunal de remettre en question l'ancienne jurisprudence qui reconnaît la légitimité des divisions commerciales du brevet. Pour cela, il s'appuie sur des arguments économiques qu'il a du mal à faire *rentrer+ dans le *stare decisis* du jugement *General Talking Picture*. D'ailleurs, la cour ne reprend pas à son compte l'argumentation juridique et répond: *how this division between the commercial field differs in its competitive effect from Ciba's reservation of bulk sales to itself is entirely unclear+⁵⁴ et appuie cette prise de position en étudiant très précisément le contexte économique de l'affaire pour démontrer que Ciba, par ce moyen, protège sa principale source de revenu.

En effet, si les bénéficiaires de la licence de fabrication pouvaient vendre du HCT à l'état pur et en gros, ils briseraient les prix sur ce marché⁵⁵. Or, il s'agit de la principale source de revenu de Ciba (les redevances étant très liées au prix du produit breveté); si on laissait *les casseurs de prix+⁵⁶ agir, le brevet n'offrirait plus beaucoup d'intérêt à son détenteur. De là à la remise en cause du système des brevets censé accorder une récompense minimum à l'inventeur, il n'y a qu'un pas qu'il faut sans doute éviter de franchir.

La solution théorique adoptée par les cours semble engageante mais la pratique offre des cas où il est parfois difficile d'appliquer ce critère de la vente.

I.C. Les problèmes pratiques posés par ce compromis

juridique

Il peut être particulièrement laborieux de déterminer si le bénéficiaire du transfert *fabrique* réellement le produit breveté. Il est même des situations où il ne s'agit pas d'un produit breveté mais d'un *processus* breveté, auquel cas il n'y a effectivement pas *fabrication* par l'utilisateur du processus. Mais est-il pour autant justifié de refuser, au détenteur du brevet portant sur un *processus*, le droit d'imposer une clause *field of use* touchant les produits non brevetés issus d'un processus breveté, alors que le détenteur d'un brevet sur un *produit* (fabriqué par le bénéficiaire) aurait, lui, le droit d'imposer cette clause? Les juges tentent de donner des réponses, non définitives, à ces questions délicates.

En premier lieu, un débat sur la difficulté de tracer la frontière entre, d'un côté, un produit breveté, *fabriqué et intégré* dans un produit plus vaste par le bénéficiaire de la licence et, de l'autre, un produit breveté, directement *inclus* dans un produit plus vaste, a été soulevé dans l'arrêt *Munters précité*⁵⁷.

Sans entrer dans les détails, nous nous contenterons de dire que l'affaire concerne alors deux entreprises, dont une accorde une licence à l'autre pour utiliser un produit breveté (le *Munters fill+) dans sa production. Il s'agit de savoir si la *pipe Munter+ sert réellement à créer un autre produit, auquel cas le brevet est réellement utilisé, ou si elle est simplement un composant, que l'entreprise *achète*, d'une machine différente assemblée par le producteur. L'entreprise étant considérée se situer dans le deuxième cas, selon une analyse très détaillée de la cour, le monopole du détenteur du brevet ne peut s'étendre sur ce produit breveté, et la restriction imposée est déclarée illégale⁵⁸.

Le problème posé par le processus breveté est plus intéressant parce que la réponse donnée par le juge semble injuste, mais elle est conforme, jusqu'à un certain point, au raisonnement juridique que nous avons analysé. Ce raisonnement impose que l'on prononce l'illégalité d'une restriction sur le domaine d'utilisation imposée à un bénéficiaire d'un processus breveté puisque, celui-ci ne *fabrique+ pas le processus pour le vendre ensuite.

Mais est-ce que pour autant il l'achète? Non, il a le droit de l'utiliser provisoirement, tant que le détenteur du brevet le lui permet; ce fameux *droit inhérent+ devrait donc suivre le processus breveté et s'imposer au bénéficiaire, qui devra dans ce cas vendre ses produits sur certains marchés désignés. Mais ces produits ne sont pas eux-mêmes brevetés, donc la restriction ne devrait pas être autorisée...! Bref, l'aporie juridique semble insurmontable, jusqu'à ce que les restrictions sur les bénéficiaires/acheteurs soient acceptées dans leur principe, mais ceci fera l'objet de notre deuxième partie.

En attendant ce changement de jurisprudence, les juges ont, *logiquement+, opté pour l'illégalité de telles restrictions sur les produits non brevetés fabriqués à partir d'un processus breveté⁵⁹.

L'autre grand intérêt de la solution, temporaire, apportée à ce débat entourant les processus brevetés, est qu'elle s'écarte de celle donnée aux produits, issus cette fois-ci d'un *savoir-faire*, savoir-faire qui se trouve pourtant plus ou moins dans la même position qu'un processus breveté dans un procédé de fabrication. La clause *field of use* peut s'imposer, aux yeux des juges, à ces produits⁶⁰.

Ceci peut sembler paradoxal, mais les raisons qui motivent cette solution sont assez solides et elles nous aideront, par ailleurs, à mieux comprendre l'évolution de l'attitude des juges à l'égard des restrictions sur les bénéficiaires/acheteurs, que nous traiterons dans la deuxième partie. En attendant, tournons notre attention vers les problèmes spécifiques aux licences de secret et de savoir-faire et essayons de cerner ces raisons qui permettent un traitement plus favorable qu'aux processus brevetés.

1.D Les difficultés propres aux licences de savoir-faire

et/ou de secret

Il existe certaines différences entre, d'un côté, les brevets, et de l'autre le savoir-faire et le secret, dont il faut prendre conscience pour permettre de voir si l'analyse adoptée par les juges en matière de restriction, et plus particulièrement pour la clause *field of use* dans les licences de brevets, est transposable aux licences de savoir-faire et/ou de secret.

Une différence essentielle qui nous intéresse ici et dont nous avons déjà parlé en introduction, est que savoir-faire et secret ne bénéficient pas d'un monopole légal ou plus exactement d'un droit d'exclusion. Malgré tout, ils demeurent protégés *dans les faits* tant qu'ils ne sont pas maîtrisés, ou découverts, par les autres.

On ne protège pas légalement l'inventeur d'une technologie, non brevetable, ou dont il veut garder la maîtrise (ou le secret), parce qu'il n'en fait pas bénéficier le public. Comme le dit J. Davidow, * [a] protection of inventions or secrets is a bargain between society and inventors+⁶¹, qui accorde un monopole provisoire en attendant que l'invention puisse être utilisée par tous, gratuitement. Le détenteur du savoir-faire ou du secret ne fait pas cette promesse de rendre accessible à tous et gratuitement, tôt ou tard, sa technologie; mais est-ce que pour autant le droit *antitrust* peut se permettre d'être plus répressif à son égard?

La plupart des commentateurs s'accordent pour dire que non. Il faut effectivement composer avec le monopole de fait, provisoire sans doute, fragile parfois, mais bien réel tant que dure le secret⁶². Le juge en tire alors les conséquences, par exemple, dans l'arrêt *A & E Plastik Pak c. Monsanto*⁶³, où il cite MacDonald: *so long as restraints are imposed solely upon those know-how licensees who have not discovered and cannot easily obtain the technology for themselves, the restraints should be valid, if reasonable+⁶⁴. La raison profonde est toujours la même: il faut inciter la création technologique, quelles que soient les formes juridiques que l'inventeur adopte, ou auxquelles il a droit. Ivan R. Feltham abonde dans le même sens que MacDonald, plus de vingt ans après⁶⁵.

C'est une conception économiquement réaliste, mais juridiquement parlant on n'applique pas la doctrine du droit inhérent puisqu'on n'est pas en présence d'un droit d'exclusion comme pour le brevet. On utilise sensiblement le même critère de raisonnabilité, adapté à ces licences contenant une clause *field of use*. C'est-à-dire qu'en présence d'une restriction sur les bénéficiaires/acheteurs, par exemple, le juge prononcera l'illégalité *per se* et, pour les autres, il appliquera une règle de raison⁶⁶.

Quels sont les problèmes spécifiques, liés à ces restrictions, que l'on rencontre à l'occasion d'un transfert de savoir-faire ou d'un secret?

Certains commentateurs se plaignent de l'*incertitude+ qui plane dans ce domaine⁶⁷: le brevet offre une garantie de qualité au juge, tandis que le savoir-faire doit être expertisé⁶⁸ pour déterminer s'il est *substantiel, de valeur, et secret+⁶⁹. En deuxième lieu, il est malaisé de déterminer si *la restriction est limitée à la > vie' du savoir-faire, c'est-à-dire, pendant la période durant laquelle il retient son secret+⁷⁰. Enfin, il peut être problématique de savoir si *une telle restriction est limitée aux seuls produits qui sont faits grâce à l'utilisation du savoir-faire+⁷¹.

Les difficultés dont nous venons de faire mention dans leur aspect général (mais la clause *field of use* ne fait pas exception à ces difficultés)⁷² ne sont donc pas négligeables, mais il faut les traiter si l'on veut accorder au fournisseur un droit de limiter par des restrictions *field of use* l'utilisation du savoir-faire ou du secret.

Cette reconnaissance de la *liberté de réduire la liberté+, accordée au fournisseur, conduit malgré tout à un paradoxe. Nous avons vu qu'un détenteur d'un processus breveté n'a pas ce même droit, ce, jusqu'à une décision de 1981⁷³. On pouvait se demander à l'époque en quoi il était justifié qu'une restriction soit possible sur le produit obtenu d'un savoir-faire et non sur celui obtenu d'un processus breveté. J. Davidow nous apporte une réponse:

One rationale is that a know-how licensor is less capable of restricting competition than is a patent holder because the know-how owner has no legal right to prevent competing use of the same process or product, so long as the rival firm is not a licensee and has developed equivalent know-how by means not involving theft of proprietary information.⁷⁴

Ce qui signifie que la position privilégiée du détenteur du brevet, de par son monopole légal, sur le marché de ses produits justifie une application plus répressive du droit antitrust à l'égard des restrictions qu'il impose qu'à l'égard de celles incluses dans une licence sur un savoir-faire. Nous verrons dans la deuxième partie que la remise en question de cette analyse économique du *monopole légal+ fera évoluer la jurisprudence en faveur des processus brevetés, jurisprudence qui justifierait alors d'autant plus, d'après certains, une autre évolutions: celle des décisions concernant les restrictions sur les bénéficiaires/acheteurs⁷⁵.

Cette analyse économique est celle du nouveau gouvernement américain mis en place en 1981, lequel s'inspire largement des théories de l'École de Chicago. Elle renverse complètement la position traditionnellement critique des gouvernements précédents à l'égard des droits de la propriété intellectuelle et, d'une manière plus générale, cette analyse repose sur une attitude globalement plus favorable aux situations de domination par une entreprise sur un marché particulier. Ces théoriciens invoquent le fait qu'une situation de domination n'est pas toujours synonyme de monopole économique, et de toutes les façons, *pour les économistes de l'École de Chicago, le marché génère ses propres antidotes. L'intervention des pouvoirs publics doit donc être limitée et orientée⁷⁶.

Plus fondamentalement, le début des années 1980 voit l'amorce d'une modification du rapport de force entre le droit antitrust et les droits de la propriété intellectuelle en faveur de ces derniers: les droits de la propriété intellectuelle sont à l'honneur, non seulement aux yeux du nouveau gouvernement, mais aussi de la fraction la plus large de la doctrine, ainsi qu'auprès des juges qui ont même un peu anticipé le mouvement avec une décision de 1977⁷⁷, mais dont ils n'ont pas encore tiré toutes les conséquences.

Bien sûr, les mentalités ont été secouées par le passage des États-Unis d'une situation d'exportateurs nets de technologie à une situation d'importateurs nets de technologie⁷⁸. Certains analystes⁷⁹ estiment ainsi qu'il faut donner une plus grande extension aux droits liés au brevet, ainsi qu'à ceux engendrés par la détention de savoir-faire ou de secret pour rehausser le niveau de création de nouvelles technologies.

Il nous faut étudier à présent cette nouvelle analyse et voir si elle permet de réconcilier les droits de la propriété intellectuelle et le droit *antitrust*.

2^e PARTIE: UN TERRAIN DE RÉCONCILIATION

ENTRE LES DROITS DE LA PROPRIÉTÉ

INTELLECTUELLE ET LE DROIT

ANTITRUST

Il est indispensable d'entrer dans le détail de la vision gouvernementale américaine des clauses restrictives, et plus particulièrement des clauses *field of use*, pour en tirer l'essence, de manière à comprendre les hésitations de la jurisprudence concernant le saut que lui propose de faire le département *antitrust* au début des années 1980 (Partie A). Cette essence est intimement liée à une certaine interprétation du rôle de la concurrence dans la société, interprétation qui n'est pas

forcément celle de la Communauté européenne, malgré les nombreux parallèles, superficiels, que l'on peut faire entre les deux droits de la concurrence (Partie B). Ces commentaires nous aideront à mieux nous décider, ou ne pas nous décider, sur la réalité de la confrontation.

II.A La remise en valeur des droits de la propriété

intellectuelle

Il nous faut avoir d'abord un court aperçu des arguments théoriques développés⁸⁰ par le département *antitrust* du gouvernement, pour ensuite cerner quelle est leur application au problème spécifique des clauses *field of use*, et la position adoptée par les tribunaux.

II.A.1) L'argumentation théorique économique

Si l'on revient à la source première du droit de la propriété intellectuelle et du droit *antitrust*, on constate qu'en fait ils servent la même cause: la maximisation du bien-être social par la production de biens de consommation aux prix les plus bas⁸¹. Cela ne fait aucun doute pour ce qui est du droit de la concurrence. Et en ce qui concerne les droits de la propriété intellectuelle, l'explication est la suivante: plus on les protège, plus on favorise l'invention de technologies efficaces, technologies qui viendront concurrencer les anciennes dont les prix chuteront, d'où l'intérêt visible, à terme, pour les consommateurs⁸².

Or l'*allergie aux monopoles+, qui a culminé avec l'énoncé des *nine NoNo's+, est néfaste à l'économie américaine, non seulement parce qu'elle freine l'innovation⁸³, mais aussi parce qu'elle occulte les aspects procompétitifs de certaines restrictions sur les licences.

Pourquoi en est-il ainsi? Cette allergie aux monopoles, surtout légaux, comme nous l'avons vu, reposerait sur un faux principe voyant dans tout monopole légal un véritable monopole de fait. Mais ce monopole de fait n'est assuré que lorsqu'il n'existe pas de produit de substitution à la technologie créée (c'est-à-dire lorsque l'acheteur ne peut d'aucune manière se tourner vers un produit quasiment équivalent)⁸⁴. Cette situation est de plus en plus rare de nos jours, on peut même dire qu'elle est devenue exceptionnelle⁸⁵ dans les pays économiquement développés. Ceci s'explique par le niveau de modernité atteint dans ces pays: il devient de plus en plus difficile de créer une technologie qui va bénéficier d'une demande *nouvelle* la plus large possible⁸⁶.

Le haro sur les *monopoles légaux+, décrit plus haut, est par conséquent, plus un problème *sémantique+ d'opposition des termes (monopole/libre-concurrence), qu'un problème réel⁸⁷. Mais il a des conséquences redoutables, puisqu'il met les détenteurs de droits exclusifs, sur un brevet par exemple, dans une position relativement plus défavorable que celle accordée par les cours aux détenteurs de savoir-faire par exemple; nous avons déjà décrit ces interprétations.

La conclusion qu'en tire le gouvernement américain est la suivante: il faut laisser les détenteurs de droits exclusifs reprendre leur souffle dans la course économique, en leur permettant d'imposer dans les licences autant de restrictions qu'ils le désirent, aussi longtemps que nous ne sommes pas en face d'une limitation qui, *soit, restreint la concurrence entre des technologies qui sont des substituts économiques, ou exclut des nouvelles technologies du marché, ou est une couverture destinée à coordonner le prix de produits qui ne sont qu'indirectement liés au brevet+⁸⁸.

Mais, pour permettre de blanchir certaines restrictions litigieuses, il faut nécessairement élargir le champ d'application de la règle de raison, et réduire parallèlement au maximum, celui de la règle *per se*⁸⁹.

En 1984, *[*Assistant Attorney General of the Antitrust Division+]* attire l'attention sur deux pratiques de licence, les restrictions *tie-in* et *field-of-use*, qui ont souvent des effets procompétitifs⁹⁰. Le changement d'attitude gouvernementale à l'égard de la clause *field of use* doit être à présent étudié.

II.A.2) Les formes, anciennement attaquées, de clause field

of use doivent être soutenues

Nous ne nous attarderons pas sur les nouveaux aspects procompétitifs, développés par l'École de Chicago, reconnus aux clauses *field of use* contenues dans les licences de *fabrication*, car nous avons vu que celles-ci étaient acceptées par les tribunaux américains⁹¹. L'analyse de telles clauses contenues dans les licences *accordées à des bénéficiaires/acheteurs*, faite par le gouvernement, offre plus d'intérêt parce que sa reprise par les cours signifierait une véritable révolution jurisprudentielle.

Le nouveau gouvernement effectue une critique, toujours sur l'aspect formel du critère de la **vente** inspiré du jugement *General Talking Picture*, mais cette fois-ci, pour estimer que les tribunaux ne protègent pas suffisamment les droits de la propriété intellectuelle. En effet, il voudrait que ceux-ci acceptent d'appliquer la règle de raison aux restrictions *field of use* sur les bénéficiaires/acheteurs.

En 1981, la Cour d'appel des États-Unis, du district de Columbia, **a soutenu qu'une analyse par la règle de raison était appropriée pour une restriction sur l'usage d'un produit non breveté fait par un processus breveté**⁹². Le statut du processus breveté se rapproche ainsi de celui accordé au savoir-faire et il faut probablement voir là la reconnaissance du fait que c'est plus la réalité économique du supposé **monopole** qui compte, que sa protection légale ou non⁹³.

Pour rendre cette solution, la cour s'appuie sur une décision intervenue en 1977, l'affaire *Continental T.V. c. Sylvania*⁹⁴. Cette affaire fut très commentée⁹⁵ parce qu'elle renverse la **doctrine Schwinn**⁹⁶, dont nous avons dit qu'elle consiste à considérer que, d'une manière très générale, toutes les restrictions verticales non tarifaires sur les acheteurs de produits, brevetés ou non, sont illégales *per se*.

Désormais, la règle de raison doit s'appliquer à ces restrictions (qui incluent notamment les clauses *field of use*), imposées au bénéficiaire d'un processus breveté (nous venons de voir que, dans ce cas, un tribunal en a accepté une), mais aussi à celles qui sont imposées au bénéficiaire/acheteur d'un produit breveté.

Pour ce deuxième cas, il existe des exemples où les cours supérieures ont accepté d'appliquer la règle de raison, mais, à notre connaissance, il n'en existe aucun où la restriction a, pour autant, été soutenue.

Nous avons déjà commenté un jugement qui pourrait nous servir à expliquer la justification qu'apporte le gouvernement à des restrictions sur le bénéficiaire/acheteur, restrictions qu'il souhaiterait voir acceptées par les juges. Il s'agit de l'affaire *Ciba* et, dans le rapide commentaire fait, nous avons dit, subsidiairement, que cette entreprise avait aussi imposé des restrictions sur les bénéficiaires/acheteurs (et pas seulement les fabricants) du produit breveté.

Ces restrictions avaient été condamnées par la cour au motif que, de cette manière, *Ciba* avait tenté d'étendre son monopole pour se protéger de la concurrence des entreprises auxquelles elle *vendait* son HCT⁹⁷. Or, *Ciba* se trouvait dans une situation telle, que, par exemple, un

gouvernement rendu aux convictions économiques des années 1980 aurait probablement soutenu cette restriction.

Décrivons cette situation particulière, que l'on peut généraliser pour en étendre les principes à d'autres situations comparables. Le produit (le HCT) couvert par le brevet détenu par Ciba était en fait un substitut à un autre produit dont le brevet était détenu par une autre entreprise, installée depuis plus longtemps sur le marché de ces médicaments, et qui bénéficiait d'un système de distribution très étendu et très efficace. Or, dans le secteur des médicaments, le système de distribution est d'une telle importance que l'efficacité du produit, ou son prix, en devient secondaire par rapport à lui. En effet, il faut avoir suffisamment de représentants, aux bons endroits et bénéficiant de relations privilégiées avec les médecins, pour les convaincre d'ordonner plutôt tel médicament que tel autre.

Dans ces conditions de concurrence, difficiles pour Ciba, celle-ci a opté pour la multiplication des contrats de licence pour couvrir un marché le plus vaste possible, sans avoir à développer par ses propres moyens son réseau de distribution. Mais se posait à elle le problème des *casseurs de prix+ comme nous avons vu, qui aurait remis en question sa politique d'intégration verticale. Pour cette raison, elle a imposé à tout bénéficiaire/acheteur la clause *field of use* décrite plus haut.

Le gouvernement fictif, favorable aux analyses de l'École de Chicago, aurait estimé que la situation de Ciba justifiait ces restrictions. Ces dernières réduisent effectivement la concurrence *intra-brand+, c'est-à-dire entre entreprises sur le marché des technologies aux utilisations similaires, en l'occurrence entre Ciba et cette autre entreprise installée depuis plus longtemps.

Il nous semble nécessaire ici de montrer la logique sous-jacente de cette prise de position de l'administration Reagan. Nous avons déjà dit que les États-Unis avaient perdu leur prééminence technologique au tournant des années 1980. Mais, par ailleurs (les deux phénomènes étant en partie liés), les conditions de la concurrence ont changé, quelles qu'en soient les causes. Les États-Unis, comme tous les pays, subissent de plein fouet la crise. La globalisation de l'économie mondiale fragilise les pays, comme les États-Unis, qui perdent leur avance technologique, puisque des produits très concurrentiels viennent de tous côtés sur le marché américain.

Auparavant, l'économie américaine fonctionnait plus en vase clos: elle se suffisait plus à elle-même. L'attention se portait par conséquent sur les conditions de la concurrence qu'il fallait préserver à tout prix, pour qu'ainsi les plus petites entreprises bousculent les positions acquises par les plus importantes⁹⁸. Actuellement, la pression concurrentielle mondiale est si forte (elle vient notamment du Japon et de l'Union européenne) que les gouvernements actuels préfèrent améliorer la position des entreprises *moyennes+ à celles des petites, pour que ces chevaux de bataille aient la bride plus longue pour exercer une pression concurrentielle sur les entreprises encore plus puissantes⁹⁹.

Cette bataille de géants donne des raisons aux gouvernements pour tenter de convaincre les tribunaux d'accepter les restrictions sur les bénéficiaires/acheteurs lorsque des conditions similaires à celles rencontrées dans l'affaire *Ciba* sont présentes. Nous disons à bon escient *convaincre+, parce que, même si le principe qu'une règle de raison doit s'appliquer à ce genre de restrictions semble acquis, les cours, jusqu'à présent, n'offrent pas d'exemples où elles auraient détecté un bilan concurrentiel favorable à une telle restriction.

Nous avons trouvé un cas, déjà abordé dans nos développements¹⁰⁰, où un tribunal avait dans un premier temps déclaré illégale *per se* une telle restriction. Cette affaire a eu l'occasion d'être réécoulée après le jugement *Sylvania*, en vertu duquel la règle de raison devait s'appliquer dans de telles situations. La cour ne l'a donc pas déclarée illégale *per se*; elle a bien effectué l'analyse économique nécessaire pour déterminer si la restriction pouvait être blanchie par des aspects

proconcurrentiels, mais elle n'a pas estimé que ceux-ci étaient suffisants pour permettre au détenteur du brevet de limiter l'autonomie de l'acheteur.

Cette attitude, si elle se généralise, est propre à frustrer les intentions des gouvernements et des analystes désireux de voir levé ce *general ban on post-sale restriction or customer use of the patented product¹⁰¹. La persistance de ce *préjugé+ s'explique entre autres, comme nous l'avons vu, par la *certitude¹⁰² que le brevet donne un monopole réel qu'il faut cantonner dans certaines limites. Mais nous pouvons voir aussi dans ces hésitations, une prudence naturelle face à des questions de fait très complexes, et peut-être aussi une méfiance à l'égard de théories économiques vérifiables, ni par un économiste et encore moins par un juriste, et qui peuvent révéler des défaillances au moment de leur application.

Or, quels sont les buts avoués des théoriciens appartenant à l'École de Chicago? Ils veulent *que le seul objectif du droit de la concurrence [soit] de renforcer l'efficacité économique¹⁰³, c'est-à-dire dénier au droit une quelconque autonomie par rapport à l'économie, et ils pensent que cette efficacité économique passe par la remise *en cause [du] fondement même de l'intervention de l'État au regard des ententes, en contestant l'idée selon laquelle le *laisser-faire+ entraînerait la disparition de la concurrence¹⁰⁴.

Ils mettent, de cette manière, de côté certains aspects du droit de la concurrence qui n'ont pas forcément pour but la simple *efficacité économique+, au sens où l'entendent les économistes de l'École de Chicago. En effet, sur le plan strictement économique, la logique adoptée par ces théoriciens, si elle est poussée à bout, peut aboutir à un cloisonnement complet des marchés¹⁰⁵.

Nous allons voir que, dans le contexte européen, le droit de la concurrence est plus différent qu'on pourrait le croire, à première vue, de son équivalent américain. Ces différences nous aideront à mieux comprendre la teneur des critiques que nous avons à peine soulevées à l'instant contre une multiplication des restrictions sur les bénéficiaires d'une licence, ceci toujours au travers de la clause *field of use*.

II.B La position d la Communauté européenne vis-à-vis

de la clause *field of use*

Nous avons pu constater, au cours de nos développements précédents, à quel point il est difficile de trouver un critère qui permet de différencier les clauses *field of use* trop nuisibles à la concurrence pour être acceptées, de celles qui sont légitimes, ou même souhaitables, dans l'intérêt des détenteurs de droits de propriété intellectuelle et dans celui de la société. La C.E.E. n'a pas échappé à ces tiraillements, non plus que l'Union européenne à l'heure actuelle, pour les mêmes raisons que les États-Unis: protection du libre jeu de la concurrence confrontée à l'impératif d'une diffusion technologique maximale¹⁰⁶. Mais les choix évolutifs du critère de sélection des bonnes et mauvaises clauses, forcément arbitraires, des cours américaines, incluent un mélange de considérations juridiques, économiques, et même politiques, qui change complètement de composition d'un continent à l'autre.

Les tensions entre les deux droits dans le cadre européen sont à la fois *aggravées* par certains aspects, et *diminuées* par d'autres. Aggravées, parce que le droit de la concurrence inclut d'autres intérêts que la simple *efficacité économique¹⁰⁷, intérêts qui peuvent l'opposer d'autant plus avec les droits de la propriété intellectuelle. Diminuées, parce que le droit des licences est beaucoup plus *prévisible¹⁰⁸ dans la Communauté: il n'est pas soumis aux fluctuations d'une jurisprudence, loin d'être uniforme, comme on le rencontre aux États-Unis.

L'étude de l'expérience européenne permet de voir à quel point l'offre de *réconciliation+ entre les deux droits faite par les théoriciens de l'École de Chicago n'est peut-être pas la solution idéale pour la société américaine tant celle-ci révèle une complexité grandissante; elle ne semble en tout cas pas être une solution universelle transposable dans n'importe quel contexte, dont celui de l'Europe.

Pour appuyer ces arguments, il nous faut synthétiser les différences entre les deux systèmes: nous pouvons les repérer sur trois plans. En premier lieu, sur le plan de la forme, cette situation entraîne de lourdes conséquences. En deuxième lieu, la nature du critère de sélection des bonnes et mauvaises clauses *field of use* est beaucoup plus économique que celle des tribunaux américains, mais en même temps moins *permissive+ à l'égard des *monopoles+. Cette dernière caractéristique s'explique par une troisième différence, fondamentale: l'analyse économique, ainsi que tente de le prouver Daniel Fasquelle dans sa thèse *Droit américain et droit communautaire des ententes: étude de la règle de raison*¹⁰⁹, diverge de celle adoptée aux États-Unis. Nous étudions à présent ces trois différences.

II.B.1) Le droit des licences dans la Communauté

européenne: des règles écrites

La légalité [des licences] dans les Communautés européennes est gouvernée principalement par deux règlements¹¹⁰ appliquant l'article 85 du Traité de Rome¹¹¹. Ce qu'on appelle *le bloc d'exemption+, Règlement de la Commission n° 2349/84, applique l'article 85(3) aux accords de licences sur les brevets. Le règlement plus récent 556/89 applique aussi l'article 85(3) à certains accords de licence savoir-faire¹¹² et de brevet associé à du savoir-faire.¹¹³

Ces règlements donnent une liste des clauses restrictives incluses dans un contrat de licence, avec leurs caractéristiques, qui sont exemptées de l'interdiction générale des ententes posée par l'article 85(1). Ils incluent aussi dans leur texte une *liste noire+ des clauses qui sont à tous égards interdites.

Cette situation est à la fois avantageuse et désavantageuse pour les entreprises. Elle leur permet de savoir à coup sûr si les clauses qu'elles envisagent d'utiliser dans un contrat de licence sont légales ou non. Ceci constitue une *pré-condition pour encourager les licences+¹¹⁴. Mais d'un autre côté, elle empêche les entreprises d'obtenir une exception¹¹⁵ au motif qu'une restriction, présentement inscrite dans la liste noire, serait *proconcurrentielle+. Nous avons vu que cette possibilité était envisageable dans le contexte américain, puisque c'est le juge qui interprète des textes très succincts, ce qui lui permet d'utiliser une règle de raison très souple.

La clause *field of use* est acceptée dans son principe par les deux règlements:

Article 2

1) Article 1 shall apply notwithstanding the presence in particular of any of the following obligations, which are generally not restrictive of competition:

[...]

3. an obligation on the licensee to restrict the exploitation of the licensed invention to *one or more technical fields of application* covered by the licensed patent.¹¹⁶

[...]

8. an obligation on the licensee to restrict his exploitation of the licensed technology to *one or more technical fields of application* covered by the licensed technology or to *one or more product markets*.¹¹⁷

Cette clause est certes prévue, mais nous voyons que sa définition est précise et qu'elle ne recouvre peut-être pas toutes les formes de clauses *field of use* que nous avons étudiées dans le contexte américain.

La lecture de ces articles nous montre aussi que le critère n'offre aucun aspect juridique tel que celui qu'a adopté en son temps la Cour suprême dans l'arrêt *General Talking Picture*¹¹⁸, à savoir celui de la *vente*, pour savoir si elle doit appliquer la règle de raison ou interdire *per se* la restriction.

Il nous faut analyser à présent en quoi le critère économique de sélection des restrictions sur le domaine d'application du brevet ou du savoir-faire, ou encore du secret, a des conséquences qui s'éloignent de celles que l'on a pu rencontrer dans les jugements américains.

II.B.2) Un critère de sélection encore mal défini

Nous sommes en face d'un critère *économique* de sélection, parce que c'est la Commission qui a le pouvoir, reconnu par le Traité de Rome, d'élaborer les règlements d'exemption touchant les restrictions sur les licences et, plus généralement, les ententes entre entreprises susceptibles d'être nuisibles à la concurrence. Celle-ci n'est pas liée par des considérations juridiques, à part le Traité et les autres textes qui organisent ses pouvoirs, textes qui par ailleurs ont des visées essentiellement économiques. Aussi, son critère ne recoupe pas celui que nous avons étudié dans le cadre américain, où les juges voient les droits de la propriété intellectuelle, notamment ceux liés aux brevets qui sont inscrits dans un texte constitutionnel, comme fondamentaux, indépendamment de considérations économiques¹¹⁹. Ce qui intéresse la Commission est d'obtenir le meilleur compromis, non pas entre des textes juridiques, mais entre un marché le plus libre possible et une diffusion technologique maximale¹²⁰.

Ce n'est pas pour autant qu'elle adopte le raisonnement des gouvernements en place durant les années 1980 aux États-Unis. Bien au contraire, il semble même (l'article dans les deux règlements est très ambigu) que sa conception des choses fait qu'elle n'accepte pas les restrictions *field of use* qui constituent des divisions commerciales, notamment en présence d'un brevet.

En effet, dans la rédaction du règlement sur les brevets, *the Commission was concerned that field of use restrictions might lead to customer allocation. Therefore, it applied the full force of article 85(1) of the Treaty of Rome to licenses that have the effect of restricting the customers with whom a licensee may deal¹²¹. Ceci est précisé par la liste noire qui dispose que ce genre de restrictions est interdit, *in particular by employing certain forms of distribution or with the aim of sharing customers, [...]¹²².

Qu'avons-nous constaté à propos des divisions commerciales? Qu'elles effectuaient toujours plus ou moins une répartition des clients du bénéficiaire de la licence. Est-ce à dire que ce genre de restrictions commerciales est interdit? La position de la Commission n'est pas très claire par rapport à ce problème, elle a en tous cas, en théorie, toujours la possibilité d'accepter ce genre de restriction si elle n'a pas d'effets anti-compétitifs.

Il est prévu en effet que l'interdiction inscrite à l'article 3(1)(7) de la liste noire ne s'applique que si la clause *field of use* est une couverture pour une disposition anti-compétitive¹²³. La marge de manoeuvre dans l'interprétation du texte semble donc suffisante, mais aucune affaire, à notre connaissance, ne peut prouver si la Commission est sensible à cette option.

Malgré tout, il existe des textes exprimant la position de la Commission sur ce problème qui peuvent nous aider à prévoir quelle serait son attitude par rapport à des restrictions *field of use* qui, diviseraient les clients d'un bénéficiaire de la licence, mais offriraient, par ailleurs, un intérêt en fonction d'autres objectifs que la libre-concurrence défendus par la Communauté européenne¹²⁴. Le passage que nous allons citer traite des licences territoriales exclusives, mais c'est l'esprit qui le sous-tend qui nous intéresse ici:

les accords de licence exclusive... ne sont pas en tant que tels, incompatibles avec l'article 85 '1, lorsqu'ils concernent l'introduction et la protection d'une technologie nouvelle dans le territoire concédé, en raison de l'importance de la recherche effectuée et du risque de la fabrication et de la commercialisation d'un produit qui n'est pas encore connu des utilisateurs dans ce territoire au moment de la conclusion de l'accord (ainsi que) lorsque ces accords concernent l'introduction et la protection d'un nouveau procédé de fabrication d'un produit déjà connu.¹²⁵

Nous aurions là une sorte de *règle de raison-bis+¹²⁶ applicable aux interdictions de l'article 85 '1, et ce, pour les mêmes raisons qui ont motivé le soutien aux restrictions atteignant la concurrence *intra-brand+ lorsqu'elles accentuent la concurrence *inter-brand+¹²⁷ (que l'on soit en présence d'une licence de fabrication ou de distribution). Mais ce raisonnement est une spéculation de Thieffry, qui lui permet de conclure, un peu rapidement à notre avis, qu'en fin de compte, la situation des licences en Europe est plus proche qu'il n'y paraît du sort réservé à celles-ci aux États-Unis¹²⁸.

C'est oublier, en plus, le choix des termes effectué dans la rédaction de l'article 2(1)(3) du règlement sur les brevets. Il est bien précisé que les restrictions contenues dans une licence ne sont autorisées que si elles s'appliquent à *un ou plusieurs *domaines d'application technique*+. Il semblerait, d'après l'interprétation faite par Meyer, que la Commission a voulu se référer à *des utilisations qualitativement différentes de l'invention dans des marchés qui ne se recoupent pas de manière sensible (*substantially non-overlapping market*)¹²⁹. Cette interprétation conduirait à n'accepter que les restrictions constituant des divisions techniques des applications du brevet.

Cette interprétation restrictive se justifierait d'autant plus, toujours d'après Meyers, que l'article 2 (1)(8) du règlement, sur le *savoir-faire* cette fois-ci, définit les restrictions *field of use+ autorisées, d'une manière plus large. Cet article rajoute aux restrictions constituant des divisions techniques les restrictions sur *un ou plusieurs marchés de produits (*product markets*)+. On pourrait reconnaître là une restriction constituant une division commerciale, acceptée lorsque nous sommes en présence d'une licence sur le savoir-faire¹³⁰. Nous retrouvons encore, ici, le traitement plus favorable des licences de savoir-faire et la méfiance à l'égard des *monopoles légaux+, dont nous avons expliqué certaines raisons¹³¹.

La lecture de Fasquelle¹³² nous renforce dans nos doutes sur la similitude entre les systèmes américain et européen. Cet auteur s'appuie sur une interprétation très serrée des textes et de la jurisprudence communautaires dans ce domaine, pour conclure que le rapprochement avec la situation américaine est superficiel. Nous allons maintenant aborder un bref aperçu de ce qu'il estime être les raisons profondes d'une telle situation.

II.B.3) L'analyse économique européenne qui intègre des objectifs plus larges que ceux de l'École de Chicago

D'après Fasquelle, le choix du critère économique décrit à l'instant, ainsi que son interprétation, reposent sur une analyse économique qui ne considère pas la concurrence comme un *but en soi+,

mais comme un *moyen+ pour des visées plus larges¹³³. Nous verrons que cette conception ne permet pas une réconciliation entre les droits de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence européen, parce que ce dernier a d'autres préoccupations qui peuvent s'opposer à une extension abusive du monopole lié au brevet ou au savoir-faire.

Quel est l'objectif principal, sur le plan économique, de la Communauté européenne? Il s'agit dans la mesure du possible d'instaurer un grand marché unique où les échanges ne sont plus limités, aussi bien par des barrières institutionnelles, que par l'action des entreprises formant, ce que le Traité de Rome nomme des *ententes+¹³⁴.

Dans ce sens, il faut voir *les articles 85 et 86 comme des instruments tendant à la création et à l'établissement du Marché Commun plutôt que comme l'expression d'une charte de liberté économique+¹³⁵. Les États-Unis, eux, constituent déjà un marché unifié exempt de barrières institutionnelles¹³⁶. Cela signifie pour les Européens que *le bon fonctionnement de la Communauté doit prévaloir sur celui des entreprises+¹³⁷. Ce qui est considéré par les analystes nord-américains comme des condamnations trop sévères des restrictions dans les licences¹³⁸ se justifie parce que l'on compte sur les résultats positifs de l'intégration poussée du marché, qui prendra un certain temps, et parce que l'on préfère sacrifier certains avantages sur le court terme tels que ceux décrits par les économistes de l'École de Chicago.

Les territoires des États membres sont toujours des entités économiques avec des marchés ayant leurs propres caractéristiques. C'est pourquoi, par exemple, de nombreux réseaux de distribution et de licence sont encore organisés en fonction des frontières nationales, et peuvent permettre des différences de prix inimaginables.¹³⁹

Quelles pourraient être les conséquences nuisibles sur cette construction communautaire de restrictions telles que celle qui fait l'objet de notre étude?

La libre circulation des produits, permettant à terme la baisse des prix sur l'ensemble des marchés nationaux, puis peut-être un jour sur le marché unifié, pourrait être fortement touchée par la multiplication des restrictions *field of use* sous leurs formes les plus litigieuses. Celles-ci retracent des frontières entre les pays, ou les régions, d'une manière ou d'une autre: si le bénéficiaire d'une licence (qu'il soit fabricant ou revendeur du produit) ne peut vendre son produit à une certaine catégorie d'acheteurs, l'intégration de l'économie européenne est trop facilement empêchée par les entreprises désirant protéger leurs acquis économiques contre la concurrence des entreprises étrangères, ressortissantes de la Communauté, qui utilisent cette technologie brevetée. Par conséquent, c'est beaucoup plus une *concurrence praticable+¹⁴⁰ qui est recherchée qu'une *concurrence pure et parfaite+. La *concurrence praticable+ consiste en *la dose de concurrence nécessaire pour que soient respectées les exigences fondamentales et atteints les objectifs du Traité et, en particulier, la formation d'un marché unique réalisant des conditions analogues à celles d'un marché intérieur+¹⁴¹.

Est-ce que pour autant la recherche de l'efficacité économique à tout prix dans le cadre d'un marché déjà unifié comme celui des États-Unis est souhaitable? Les critiques contre les conceptions de l'École de Chicago et leurs répercussions sur la société américaine fusent de toutes parts. Les auteurs de ces critiques réclament un renforcement des règles *antitrust* parce que la théorie développée *servirait essentiellement le bien-être des producteurs+¹⁴², et nous ajouterons celui des producteurs *déjà* fortement implantés sur le marché.

Mais les choix faits par la Communauté européenne ne sont pas forcément la panacée, ou s'ils le sont, des conditions favorables ont dû intervenir. En premier lieu les pays européens sont, dans

leur ensemble, exportateurs nets de technologies contrairement aux États-Unis, par conséquent sont droit réglementant les ententes ne subit pas la pression que subit le droit antitrust américain.

En deuxième lieu, le processus décisionnel au sein de l'Union européenne (nouvelle appellation depuis le 1^{er} janvier 1994) est tel que les petits pays et les pays les plus pauvres, économiquement parlant, ont, sinon un droit de veto, du moins un droit à la parole. Ces pays ne veulent pas qu'un droit européen des ententes, laissant une plus grande marge de manoeuvre aux grandes entreprises au détriment des plus petites, défavorise leur économie.

Nous ajouterons pour finir, que cette stratégie européenne doit permettre d'améliorer partiellement le rapport de force économique avec certains *partenaires+ commerciaux plus importants que d'autres. Beaucoup d'entreprises multinationales américaines et japonaises viennent s'installer en Europe pour profiter de ce vaste marché. Il est dans l'intérêt des pays de l'Union européenne de protéger leurs entreprises contre l'extension du pouvoir de ces firmes, au travers de restrictions dans les licences qu'ils accordent. On en veut pour preuve l'insistance des autorités américaines, ainsi que des commentateurs, pendant les années 1980, auprès des responsables de la Communauté européenne pour qu'ils modifient leur législation dans un sens plus favorable aux restrictions, notamment *field of use*, qui touchent des intérêts économiques importants¹⁴³.

CONCLUSION

On a eu l'occasion de constater à quel point cette clause *field of use* et, plus généralement, les restrictions incluses dans les contrats de transfert de technologie soulèvent des débats qui peuvent nous amener jusqu'à appréhender les conceptions profondes qu'un pays, qu'une région du monde, peuvent avoir de l'économie. On se sera rendu compte aussi, au travers de cette étude, de la souplesse relative des notions juridiques qui s'adaptent bon gré mal gré à l'évolution des conceptions économiques.

Il est difficile de dire quel sera l'avenir de l'opposition entre les droits de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence aux États-Unis: les idées économiques changent vite, mais le droit, lui, semble un peu plus stable, ce qui nous laisse penser que le rapport de force a encore de beaux jours devant lui.

Mais il faudrait malgré tout, nous semble-t-il, qu'il y ait une réflexion qui touche plus de monde, afin de juger d'une manière objective ces tentatives pour fondre les conceptions juridiques dans le moule économique. Il nous a semblé au cours de nos recherches que, mis à part quelques commentateurs isolés, l'unanimité était de règle au sein de la doctrine nord-américaine dans ce domaine. Il ne faudrait pas perdre de vue que la réconciliation totale des deux droits dans une perception particulière de l'économie risque de faire perdre certaines références aux juges des tribunaux américains. Il serait contraire à l'intérêt général que ceux-ci rendent de plus en plus leurs décisions au gré des analyses économiques du moment¹⁴⁴.