

Vol. 19, n° 1

Quelques observations sur le pool de brevets et le droit de la concurrence

Lucie Gauthier*

1. Introduction	107
2. Le pool de brevets : description, historique et utilité	108
2.1 Description.	108
2.2 Historique	110
2.3 Utilité, dangers et remèdes	111
3. Implantation du pool de brevets dans les différents droits	115
3.1 Lignes directrices	116
3.1.1 Japon : <i>Guidelines on Standardization and Patent Pool Arrangements</i>	116

© Lucie Gauthier, 2006.

* Avocate à Hydro-Québec. Lauréate du Prix 2006 des CPI. Travail réalisé en décembre 2005 dans le cadre du cours Droit de la propriété intellectuelle – Les brevets à la Faculté de droit de l'Université de Montréal sous la direction du professeur Ejan Mackaay.

3.1.2	Commission européenne : <i>Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie</i>	118
3.1.3	États-Unis : <i>Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property</i>	120
3.1.4	Canada : <i>Lignes directrices pour l'application de la Loi : Propriété intellectuelle</i>	122
3.2	Restrictions particulières de licences de propriété intellectuelle et règles de fonctionnement du pool	124
3.2.1	Nature ou type de technologies regroupées	124
3.2.2	Participation au pool	126
3.2.3	Restrictions de prix ou de production	126
3.2.4	Exclusivité	127
3.2.5	Restriction du domaine d'utilisation.	128
3.2.6	Obligation directe ou indirecte imposée au preneur de ne pas remettre en cause la validité des droits de propriété intellectuelle sous-jacents à une licence	129
3.2.7	Ventes liées	129
3.2.8	Remise (<i>grant-back</i>)	130
3.2.9	Durée de la licence	131
3.2.10	Restriction d'activités de recherche et développement	132
3.2.11	Règles de fonctionnement et de gouvernance.	132
3.3	Évolution des pools	134

3.4	Cadre législatif et de réglementation dans les différents droits	137
3.4.1	Japon	138
3.4.2	Commission européenne	139
3.4.3	États-Unis.	141
3.4.4	Canada	142
4.	Conclusion	144

SOMMAIRE

Le pool de brevets connaît depuis quelques années un regain de popularité. Mais la préoccupation à l'égard de ses effets anticoncurrentiels demeure vive, en particulier quant au risque de formation de cartels. Après une description du pool de brevets, un bref historique et quelques réflexions sur son utilité, le texte examine les lignes directrices sur le sujet au Japon, aux États-Unis, au Canada et au sein de la Communauté européenne. Comme l'acceptabilité du pool est déterminée par ses effets sur la concurrence, nous voyons ensuite les pouvoirs de leurs autorités de concurrence respectives, qui leur permettent de parer les dangers que le pool peut représenter.

Le pool de brevets est une réponse du marché au besoin qui s'est manifesté de nouveau, mais avec plus d'acuité à partir des années 1990, au fur et à mesure que l'économie s'appuyait davantage sur le savoir. La similarité ou la convergence des lignes directrices et des dispositions législatives au Japon, au sein de la Communauté européenne, aux États-Unis et au Canada crée un cadre assez uniforme. Il en résulte une plus grande prévisibilité pour les entreprises, favorable à l'innovation et à l'intérêt général. Les avis sont partagés sur l'effet du pool de brevets sur l'innovation : certains constatent que le pool la stimule alors que d'autres prétendent à un effet opposé. Une meilleure connaissance sur la manière d'inciter l'innovation dans diverses industries serait très utile. Dans l'intervalle, le pool structuré selon les orientations des lignes directrices examinées ici peut subsister sans empêcher une saine concurrence. On ne saurait cependant trop insister sur l'importance des règles de fonctionnement et de gouvernance du pool déterminées par une entité de gestion distincte des membres de celui-ci.

1. INTRODUCTION

Le pool de brevets connaît depuis quelques années un regain de popularité. Mais la préoccupation à l'égard de ses effets anticoncurrentiels demeure vive, en particulier quant au risque de formation de cartels. Pour se prémunir, divers organismes gouvernementaux

se sont dotés de lignes directrices qui exposent clairement leurs orientations sur le pool. Ces lignes directrices illustrent non seulement l'implantation de celui-ci dans leur droit, mais traduisent également l'évolution de leur attitude face au pool depuis quelque 30 ans. Peu à peu, elles se sont éloignées d'une approche fondée sur un ensemble de modalités ou de restrictions de licence de propriété intellectuelle qui étaient interdites d'office pour adopter une approche qui s'appuie sur une analyse des effets sur la concurrence de ces modalités ou restrictions. Nous voyons ensuite que les pouvoirs des autorités de concurrence au Japon, aux États-Unis, au Canada et au sein de la Communauté européenne permettent de parer les dangers que le pool peut représenter. Mais, tout d'abord, nous croyons utile de proposer une description du pool de brevets, un bref historique et quelques réflexions sur son utilité.

2. LE POOL DE BREVETS : DESCRIPTION, HISTORIQUE ET UTILITÉ

2.1 Description

Très sommairement, le pool¹ de brevets (ou regroupement de technologies) désigne un accord par lequel « deux parties ou plus regroupent un ensemble de technologies qui sont concédées non seulement aux parties à l'accord mais aussi à des tiers ». Ceux-ci peuvent donc être autorisés à opérer avec une licence unique.

D'après certains auteurs, le terme « pool » a pour synonymes la chambre de compensation de brevets² et la « plate-forme » de brevets, alors que pour d'autres, la « plate-forme » est un cadre plus audacieux qui comprend entre autres un expert dans l'évaluation des bre-

-
1. Les *Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie* de la Commission européenne (parfois, les « lignes directrices européennes ») utilisent l'expression « regroupement de technologies » ; *JO*, n° C 101 du 27 avril 2004 : <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2004/c_101/c_10120040427fr00020042.pdf>. Dans les *Lignes directrices pour l'application de la Loi : Propriété intellectuelle*, Bureau de la concurrence, gouvernement du Canada, septembre 2000 (parfois, les « lignes directrices canadiennes »), on a retenu l'expression « mise en commun de brevets », p. 26 : <<http://strategis.ic.gc.ca/pics/ctf/ipegf.pdf>>.
 2. Lori SHEREMETA et E. Richard GOLD, « Creating a Patent Clearinghouse in Canada : A Solution to Problems of Equity and Access », (2003) 11 *Health Law Review No. 3*, 17. On y précise deux caractéristiques de la chambre de compensation (*clearinghouse licensing structure*) : l'indépendance et le but non lucratif, qui sont aussi des caractéristiques – ou des caractéristiques souhaitables – de l'entité de gestion des brevets d'un pool.

vets³, ou encore le pool doté d'une caractéristique précise, soit celle qui permet au donneur de concéder certaines licences au pool mais d'en concéder également à l'extérieur de celui-ci, de manière individuelle⁴.

Le pool peut être un simple accord entre deux parties et ne prévoir qu'un mécanisme de répartition des redevances, mais aussi une structure plus complexe qui entraîne l'organisation d'une entité distincte pour la gestion et l'exploitation des droits de propriété intellectuelle des membres et des licences. Une telle entité pourrait aussi assurer elle-même la fabrication⁵ de produits, mais cette activité serait moins fréquente dans le pool plus récent. Le degré de complexité ou de sophistication de l'entité varie, surtout en fonction du nombre de brevets qui s'y retrouvent. À titre d'exemple, une entité de bonne taille peut présenter les caractéristiques suivantes⁶ :

- un lieu centralisé de transaction, où les tiers obtiennent des licences ;
- des règles de gouvernance pour une représentation pondérée des titulaires de brevets ;
- des procédures d'évaluation par un expert pour déterminer le partage des redevances entre eux et les frais de licence exigés des preneurs ;
- un cadre de négociation pour déterminer si des brevets pour de nouvelles technologies doivent être ajoutés au pool ;

3. Michael R. FRANZINGER, « Latent Dangers in a Patent Pool : The European Commission's Approval of the 3G Wireless Technology Licensing Agreements », (2003) 91 *California Law Review* 1693, 1704-1705.

4. *Guidelines on Standardization and Patent Pool Arrangements*, Japon, p. 7 : <<http://64.233.167.104/search?q=cache:X5eeHlo0eWAJ:www.jftc.go.jp/e-page/legislation/ama/patentpool.pdf+Guidelines+on+Standardization+and+Patent+Pool+Arrangements&hl=fr>> : les références aux numéros de pages de ces lignes directrices dans le présent texte sont fonction de cette version en format HTML, la seule imprimable intégralement (parfois, les « lignes directrices japonaises »).

5. Robert P. MERGES, « Institutions for Intellectual Property Transactions : The Case of Patent Pools », University of California at Berkeley (Boalt Hall) School of Law, 1998, révision août 1999, p. 16 : <<http://www.law.berkeley.edu/institutes/belt/pubs/merges/pools.pdf>>.

6. *Ibid.*, p. 29 : cette liste repose sur les activités de l'entité MPEG LA, mise sur pied pour la gestion et l'exploitation de plus d'une cinquantaine de brevets appartenant à quelque 14 donneurs et liés à la norme MPEG-2 pour la technologie de compression vidéo.

– un mécanisme de règlement des différends.

Le pool de grande taille peut comporter diverses catégories de brevets : l'une pour les brevets usuels, sans redevance particulière pour le donneur, l'autre pour les brevets exceptionnels, assortis d'une redevance constante déterminée par les règles de fonctionnement du pool. Mais les pools, de grande ou petite taille, ne sont pas si fondamentalement différents les uns des autres.

2.2 Historique

Le premier pool de brevets se forme en 1856 dans l'industrie de la machine à coudre. Mais, dès ce moment, les bases sont très semblables à celles des pools actuels. À pareille époque, il en existe également un relatif aux premières fabriques de chaussures. Au Royaume-Uni, à l'occasion d'une enquête des autorités de concurrence sur l'industrie de la lampe électrique, on constate que les principaux fabricants avaient depuis les débuts de cette industrie mis leurs brevets en commun et se concédaient mutuellement des licences⁷. Les pools ont connu une certaine vogue au début du 20^e siècle dans l'industrie de l'aéronautique⁸ et de l'automobile. Ils ont ensuite été mis à l'index par les autorités de concurrence pendant de nombreuses années. À partir des années 1990 environ, elles les examinent et voient sous un autre angle, en fonction de différents critères, plus étroitement liés aux effets des pools sur le marché, et non plus d'après la nature même des arrangements.

D'après l'auteur Merges, la publication en 1995 des *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*⁹ par le ministère de la Justice et la Federal Trade Commission aux États-Unis soutient cette évolution¹⁰. En juin 1997, le ministère de la Justice approuve le pool désigné MPEG-2¹¹, formé à ce moment de 9 grandes entreprises et de 27 brevets jugés essentiels, par un administrateur indépendant, pour la technologie de compression vidéo. En 1999, il approuve le pool relatif à la troisième génération de systèmes de communications sans fil. C'est une formule « plate-forme » de brevets

7. Noel BYRNE et Amanda McBRATNEY, *Licensing Technology*, 3^e éd. (Bristol, Jordan Publishing Limited, 2005), p. 360.

8. R.P. MERGES, *op. cit.*, note 5, p. 17.

9. <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf>> ; parfois, les « lignes directrices américaines ».

10. R.P. MERGES, *op. cit.*, note 5, p. 42-43.

11. Moving Picture Experts Group de l'Organisation internationale de normalisation ; R.P. MERGES, *ibid.*, p. 28-29.

liés à 5 normes distinctes et qui regroupe des entités distinctes¹². Les autorités de concurrence japonaises l'ont approuvée à titre préliminaire en 2000 et officiel en 2002. C'est également en 2002 qu'elle est approuvée par la Commission européenne¹³.

2.3 Utilité, dangers et remèdes

Le besoin n'a guère changé depuis la logique exposée dans les débats du Congrès des États-Unis en 1935, soit de remplacer le monopole individuel conféré par le brevet par un système mieux harmonisé avec les besoins d'une industrie donnée¹⁴. Déjà, à l'époque, un critique du système de brevets, Walton Hamilton, constatait que le pool de l'automobile « [traduction] remettait en question la base même du système » [de brevets]¹⁵. Nous croyons pouvoir faire un constat apparenté aujourd'hui.

Le pool est la réponse du marché à un besoin lorsque des brevets détenus par plusieurs personnes ou entités sont tous requis pour un même produit¹⁶ et à la critique formulée contre les droits de propriété intellectuelle, jugés trop nombreux, de trop grande envergure¹⁷, et peu flexibles. Le pool accroît l'accessibilité aux connaissances¹⁸, élément indispensable pour l'évolution de la société. L'intérêt pour le pool s'accroît surtout si une entité distincte y est associée, présentant des règles formelles ou, du moins, des lignes directrices pour la concession de licences.

Il abaisse les coûts de transaction¹⁹, trop élevés lorsqu'il faut obtenir des licences auprès de nombreux donneurs, et généralement exerce une pression à la baisse sur le coût des droits de propriété intellectuelle. Ce coût est trop élevé pour favoriser le partage des

12. David A. BALTO et Andrew M. WOLMAN, « Intellectual Property and Antitrust : General Principles », (2003) 43 *IDEA : The Journal of Law and Technology* 395, 451-453. L'auteur Balto a été directeur des politiques du bureau de la concurrence de la Federal Trade Commission de 1997 à 2001.

13. M.R. FRANZINGER, *loc. cit.*, note 3, 1714-1717.

14. R.P. MERGES, *op. cit.*, note 5, p. 19.

15. *Ibid.*, p. 21.

16. *Ibid.*, p. 17.

17. Robert P. MERGES, « A New Dynamism in the Public Domain », (2004) 71 *University of Chicago Law Review* 183.

18. D'après la *Adelphi Charter on Creativity, Innovation and Intellectual Property* du 13 octobre 2005, l'intérêt général est primordial dans la détermination de la portée appropriée des droits de propriété intellectuelle : <http://www.adelphi-charter.org/pdfs/adelphi_charter2.pdf>.

19. R.P. MERGES, *op. cit.*, note 5, p. 17. C'est également l'un des objectifs d'après les lignes directrices japonaises, précitées, note 4, p. 7.

connaissances²⁰, requis dans l'intérêt général. Le pool réduit les délais d'accès aux technologies²¹, compte tenu entre autres de l'enorgorgement du système de brevets.

Le pool permet une certaine concurrence : les petites et moyennes entreprises ont accès à des brevets que, souvent, seuls les géants commerciaux peuvent se permettre ou dont ceux-ci n'ont tout simplement pas besoin compte tenu de leur position dominante sur le marché²². Exception faite peut-être du pool lié à l'établissement de normes, le pool insuffle du dynamisme dans l'innovation, car la recherche sur des brevets complémentaires peut être stimulée²³, un peu à la manière d'un effet de réseaux²⁴. Il peut être un outil de répartition du risque lié à la recherche et développement. Enfin, l'expertise technique du pool remplace l'expertise des tribunaux²⁵, qui sont plutôt démunis lorsqu'il s'agit d'appliquer les lois de la concurrence aux industries de la nouvelle économie, vu la complexité technique de ses produits et services²⁶. Par ailleurs, les auteurs Balto et Wolman constatent qu'aux États-Unis, à tout le moins depuis la publication des *Antitrust Guidelines for the Licencing of Intellectual Property*, peu de procédures judiciaires ont visé les pools²⁷. Mentionnons aussi que le pool crée un cadre pour la communication d'information technique (non objet de brevets), très bénéfique pour l'intérêt général²⁸.

Mais les dangers associés au pool sont bien réels, le plus clair étant que celui-ci soit un cartel. Cependant, le pool occupe une place bien réelle sur le marché et sa présence ne semble pas près de s'estomper. Ceci peut s'expliquer notamment par la convergence des technologies de l'information et des télécommunications²⁹, qui

20. « A market for ideas – A survey of patents and technology » 22 octobre 2005, *The Economist*, p. 17.

21. *Ibid.*, p. 4.

22. *Ibid.*, p. 16-17.

23. Nous constatons une certaine analogie avec un énoncé de R.P. Merges sur des modes novateurs d'exercice de droits de propriété intellectuelle. Il mentionne que l'offre du logiciel Linux (entre autres) par IBM en code source suscite l'intérêt des concepteurs de produits complémentaires. R.P. MERGES, *loc. cit.*, note 17, 186.

24. Un effet de réseaux « se manifeste lorsque la valeur ou l'avantage découlant de l'utilisation d'un produit augmente en fonction du nombre d'utilisateurs [...] » : lignes directrices canadiennes, précitées, note 1, p. 12.

25. R.P. MERGES, *op. cit.*, note 5, p. 32.

26. Richard A. POSNER, « Antitrust in the New Economy » John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 106 (2nd Series) The Law School – The University of Chicago, p. 8.

27. D.A. BALTO et A.M. WOLMAN, *loc. cit.*, note 12, 451.

28. R.P. MERGES, *op. cit.*, note 5, p. 22.

29. « A market for ideas – A survey of patents and technology », *loc. cit.*, note 20, p. 6.

sous-tendent maintenant l'ensemble de l'activité économique. Nous verrons subséquemment que le droit de la concurrence et les larges pouvoirs qui s'y rattachent sont des outils puissants pour parer ce danger. Soulignons dès maintenant que le pool est une structure que les autorités de concurrence examinent souvent cas par cas³⁰. Également, la façon dont un pool fonctionne peut en réduire le risque d'effet anticoncurrentiel et faire en sorte qu'il soit proconcurrentiel³¹ ; nous y reviendrons. Concentrons-nous ici sur les dangers particuliers dont le praticien voudra sans doute tenir compte en vue de la mise sur pied d'un pool.

Le pool qui regroupe des brevets en vue d'établir des normes présente généralement des effets concurrentiels très favorables³². Mais certains engagements semblent requis. Les membres des organisations qui établissent les normes et ceux qui sont membres des pools doivent être les mêmes et les deux groupes doivent se former préalablement³³. Tous doivent être tenus à l'avance de concéder des licences au pool à l'égard de tous brevets essentiels liés aux normes selon des modalités justes et raisonnables³⁴ et de divulguer au pool tout brevet lié à celles-ci, y compris ceux en cours d'élaboration, avant le choix des normes ou au plus tard au moment de leur choix³⁵.

Les lignes directrices japonaises prévoient d'ailleurs explicitement qu'on ne peut participer à une activité d'établissement de normes et ensuite refuser de concéder une licence³⁶. Celles de la Commission européenne privilégient l'établissement des redevances avant de choisir une norme³⁷.

Lorsque les normes deviennent, par l'effet du marché, obligatoires de fait, la licence qui les vise est de fait obligatoire, ce qui peut se traduire par un moindre intérêt de la part du marché pour

30. Lignes directrices japonaises, précitées, note 4, p. 6 ; Lignes directrices américaines, précitées, note 9, p. 1.

31. Lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 230.

32. Michael A. CARRIER, « Why Antitrust should defer to the Intellectual Property Rules of Standard-Setting Organizations : A Commentary on Teece & Sherry », (2003) 87 *Minnesota Law Review* 2019, 2032.

33. M.R. FRANZINGER, *loc. cit.*, note 3, 1697, 1724-1725. D'autres auteurs s'accordent pour considérer ceci un danger : R.P. MERGES, *op. cit.*, note 5, p. 33-35 ; M.A. CARRIER, *ibid.*, 2034-2035.

34. R.P. MERGES, *ibid.*, p. 33.

35. M.R. FRANZINGER, *loc. cit.*, note 3, 1697, 1723-1725.

36. Précitées, note 4, p. 3-5.

37. Lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 225.

l'innovation³⁸. Le pool peut abriter des brevets non valables³⁹ ou de piètre qualité. Les auteurs Lerner et Tirole signalent cependant que ce danger lié au brevet non valable, souvent mentionné, n'est pas très explicite. En fait, ils concluent qu'un tel brevet dans un pool peut servir l'intérêt général parce que son inclusion fera baisser le prix d'une licence ; en effet, c'est cette solution qui sera retenue lorsque le coût d'une action en invalidation est trop élevé⁴⁰.

Des brevets de portée restreinte semblent un atout précieux pour atténuer les dangers du pool⁴¹. De plus, une telle portée reflète mieux le juste degré de rétribution de l'inventeur⁴² ce qui, dans le contexte d'un pool, favorise le maintien de redevances à des taux raisonnables. En outre, les règles de gouvernance et de fonctionnement du pool, déterminées par une entité distincte, peuvent beaucoup influencer sur son acceptabilité pour les autorités de concurrence⁴³.

Avant d'examiner comment se sont implantés les pools dans différents droits, il peut être utile de proposer quelques explications à leur présence plus marquée dans la nouvelle économie. Les idées et les innovations sont une ressource capitale⁴⁴ à l'heure actuelle, comparativement à d'autres périodes de développement économique au cours desquelles l'énergie et les matières premières jouaient un rôle de premier plan. L'économie d'aujourd'hui est fondée sur le

38. *Ibid.*, par. 213.

39. *Ibid.*, par. 229.

40. Josh LERNER et Jean TIROLE, « Efficient Patent Pools » Working Paper 9175, National Bureau of Economic Research, 2002, p. 26-27.

41. « A market for ideas – A survey of patents and technology », *loc. cit.*, note 20, p. 18. La portée trop large des brevets est source de difficultés, notamment en raison de son effet défavorable possible sur l'innovation : D.A. BALTO et A.M. WOLMAN, *loc. cit.*, note 12, 474. Ces auteurs réfèrent à une allocution prononcée par Timothy J. Muris, alors président de la Federal Trade Commission des États-Unis, lorsqu'il a annoncé des audiences, tenues en 2002, sur le lien entre la concurrence et la propriété intellectuelle : Timothy. J. MURIS, « Competition and Intellectual Property : The Way Ahead », réunion de l'American Bar Association, section droit de la concurrence, 15 novembre 2001, p. 3-4 : <www.ftc.gov/speeches/muris/intellectual.htm>.

42. R.P. MERGES et J.C. GINSBERG, *Foundations of Intellectual Property*, (New York, Foundation Press, 2004), p. 227. Aussi, sur l'effet généralement défavorable de brevets de large portée : William M. LANDES et Richard A. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, (Cambridge, The Bellknap Press of Harvard University Press, 2003), p. 310-311 et Donald S. CHISUM, Craig A. NARD, Herbert F. SCHWARTZ, Pauline NEWMAN et F. Scott KIEFF, *Principles of Patent Law*, (New York, Foundation Press, 2004), p. 754-757.

43. Lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 230-235, lignes directrices japonaises, précitées, note 4, p. 8-9.

44. « A market for ideas – A survey of patents and technology », *loc. cit.*, note 20, p. 3.

savoir⁴⁵. En outre, le marché est organisé de telle sorte que la plupart des innovations dans les nouvelles technologies, en particulier les biotechnologies, les technologies de l'information et les télécommunications, requièrent « un certain nombre d'innovations complémentaires pour être exploitées commercialement⁴⁶ ». Indiquons à titre d'exemple que la plupart des logiciels contiennent des centaines, voire des milliers, de composantes brevetées⁴⁷.

3. IMPLANTATION DU POOL DE BREVETS DANS LES DIFFÉRENTS DROITS

D'après certains auteurs, le degré d'intégration technologique de produits visés par un pool serait l'indice clef de son effet proconcurrentiel. Le pool qui réduit le volume de licences individuelles et favorise l'intégration technologique⁴⁸ devrait satisfaire les autorités de concurrence, alors que celui qui ne stimule pas l'adoption de technologies entre diverses firmes ne les satisferait point⁴⁹. Cette position générale se profile dès 1977.

Mais, au-delà de celle-ci, il faut examiner la constitution et le fonctionnement d'un pool en regard des lignes directrices publiées sur le sujet par divers organismes gouvernementaux. Elles ne disent pas le droit au même titre qu'une loi ou règlement, mais elles indiquent les conditions dans lesquelles les autorités de concurrence interviendront ou non, et précisent leurs orientations face aux restrictions dont sont assorties les licences concédées dans le cadre du pool et par celui-ci à des tiers. Elles sont un outil précieux pour le praticien, qui peut s'appuyer sur ces lignes directrices pour obtenir un avis préalable auprès de certaines autorités de concurrence⁵⁰. Comme la mise sur pied d'un pool comporte des enjeux financiers

45. Lignes directrices canadiennes, précitées, note 1, préface.

46. Jean TIROLE, Claude HENRY, Michel TROMMETTER, Laurence TUBIANA, Bernard CAILLAUD, « Propriété intellectuelle », Paris, *Conseil d'Analyse économique / La documentation française*, 2003, p. 13.

47. M.A. CARRIER, *loc. cit.*, note 32, 2033.

48. R.P. MERGES, *op. cit.*, note 5, p. 41, qui réfère à l'avis de George Priest.

49. *Ibid.*, p. 42.

50. 28 C.F.R. § 50.6 pour l'avis préalable (*business review letter*) du ministère de la Justice des États-Unis (cet avis, dans sa forme écrite et signée de la manière prescrite, lie cette autorité – c'est nous qui soulignons) et 16 C.F.R. §§ 1.1–1.4 pour celui de la Federal Trade Commission, instaurés respectivement en 1977 et en 1979 selon Scott J. FIELDS, « Patent Pools As A Solution To The Problem Of Access In Biotechnology Patents » in *International Briefing – Obermayer Rebmann Maxwell & Hippel* (Mondaq, 30 mars 2001), p. 4. M. Fields examine dans cet article le document de présentation technique (*White Paper*) du bureau des brevets des États-Unis.

souvent de taille, cette étape sera rarement omise. Passons maintenant en revue les lignes directrices du Japon, de la Commission européenne et des États-Unis⁵¹, ainsi que celles du Canada.

3.1 Lignes directrices

3.1.1 Japon : *Guidelines on Standardization and Patent Pool Arrangements*

Les autorités de concurrence japonaises ont publié en 2005 les *Guidelines on Standardization and Patent Pool Arrangements*. Leur position générale est que la normalisation de caractéristiques techniques, en particulier, n'est pas présumée contrevenir à la *Antimonopoly Act*⁵². Elles jugent que la compatibilité et le développement conjoint dans ce domaine stimulent l'élargissement du marché, accélèrent la commercialisation et sont donc d'intérêt général. Sauf circonstances extraordinaires, elles n'interviennent pas si la part de marché du pool n'excède pas 20 %⁵³. Cependant, les restrictions particulières suivantes peuvent y contrevenir, mais seulement si, après analyse, elles restreignent la concurrence dans le marché pertinent ou menacent d'y empêcher une saine concurrence :

- la restriction, dans les licences concédées par le pool aux tiers, quant au prix des produits pourvus des caractéristiques techniques ;
- la restriction, entre les membres du pool et sans motif valable, quant au développement de caractéristiques techniques de rechange ;
- l'élargissement, par les membres du pool, de la portée des caractéristiques techniques ;
- l'exclusion, sans motif raisonnable, de propositions de technologies par la concurrence⁵⁴.

51. Quatre-vingt-dix pour cent des brevets émis dans le monde entier le sont par les bureaux des brevets du Japon, de l'Europe et des États-Unis : « A Market for Ideas – A Survey of Patents and Technology », *loc. cit.*, note 20, p. 5.

52. *Amended Act Concerning Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade*, soit la Loi n° 54 du 14 avril 1947, révisée en 2005 ; l'entrée en vigueur de la version révisée est fixée au 4 janvier 2006 : <http://www.jftc.go.jp/e-page/legislation/ama/amended_ama.pdf>.

53. Ces circonstances sont la fixation de prix et les limites de production : lignes directrices japonaises, précitées, note 4, p. 5-6.

54. Lignes directrices japonaises, précitées, note 4, p. 2-3.

Un bref historique de lignes directrices antérieures des autorités japonaises permet de constater l'évolution de leur attitude face aux restrictions de licences de propriété intellectuelle. Entre 1968 et aujourd'hui, on passe d'un régime fondé sur des listes de restrictions interdites ou permises à un régime de restrictions analysées selon leur effet, favorable ou non, sur la concurrence.

Les premières lignes directrices japonaises remontent à 1968. Les brèves *Antimonopoly Act Guidelines for International Licensing Agreements* comportent une liste de restrictions interdites et une liste de restrictions permises. Énumérons quelques-unes de ces interdictions pour mieux apprécier l'évolution par rapport à celles-ci lorsque nous examinerons plus loin certaines restrictions particulières⁵⁵ : les restrictions de prix, de production et géographiques ; l'exclusivité ; les ventes liées et la remise au donneur de droits de propriété intellectuelle liées aux améliorations apportées par le preneur au produit sous licence⁵⁶. On ne trouve dans ces lignes directrices aucune mention des effets favorables ou défavorables sur la concurrence qui peuvent découler de telles conventions⁵⁷. Elles ne s'appliquent qu'aux contrats entre parties étrangères et japonaises et visaient à protéger celles-ci dans leurs relations extérieures. Une telle politique n'est sans doute pas complètement étrangère à la croissance économique du Japon par la suite.

Dans les *Guidelines for the Regulation of Unfair Trade Practices with Respect to Patent and Know-how Licensing Agreements* de 1989, on remarque l'abandon de la discrimination contre le donneur étranger⁵⁸. Certaines restrictions jusqu'ici interdites seront dorénavant analysées selon leur caractère raisonnable (de manière semblable à la *rule of reason* de la common law) : l'exclusivité, les ventes liées, les redevances sur les produits non brevetés, et les restrictions sur la nature des intrants⁵⁹. Ces lignes directrices introduisent aussi une procédure facultative qui permet de demander aux autorités de concurrence l'examen préalable d'un accord. À partir de ce moment, l'analyse du caractère raisonnable d'une restriction supplante la méthode appliquée jusqu'alors, soit la détermination d'office d'un effet anticoncurrentiel selon la nature de la restriction (la restriction *per se* illégale de la common law).

55. Aux p. 124-134.

56. Joshua A. NEWBERG, « Technology Licensing Under Japanese Antitrust Law » (2001) 32 *Law and Policy in International Business* 705, 718-719.

57. *Ibid.*, 718.

58. *Ibid.*, 724.

59. *Ibid.*, 724-725.

En 1999, les *Guidelines for Patent and Know-how Licensing Agreements Under the Antimonopoly Act* sont publiées. Elles sont beaucoup plus détaillées que les précédentes⁶⁰ et d'une portée accrue : elles s'appliquent, dans la mesure du possible, à d'autres formes de propriété intellectuelle. Elles continuent de s'appuyer sur un système de listes de restrictions interdites et de restrictions permises, mais les premières sont de moins en moins nombreuses. On y maintient l'à-propos de l'analyse du caractère raisonnable d'une restriction cas par cas⁶¹. La définition du marché pertinent – élément crucial dans une analyse d'effets sur la concurrence – absente des lignes directrices de 1968, très peu commentée en 1989 – est précisée. On y traite des pools, qui sont considérés des monopoles⁶², si les membres se concèdent des licences croisées dans un domaine particulier du commerce, s'ils refusent d'accorder des licences à des tiers à des conditions raisonnables, et si l'effet général est de réduire la concurrence sur le marché pertinent. À l'heure actuelle, les principes des lignes directrices de 1999 demeurent applicables et complètent ceux présentés dans les lignes directrices de 2005.

3.1.2 Commission européenne : Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie

Signalons d'abord que, depuis le 1^{er} mai 2004, un nouveau régime⁶³ est applicable dans le marché commun européen. Le système antérieur de notification préalable d'accords restrictifs de concurrence est remplacé par un régime de contrôle *a posteriori*. Comme le Japon, la Commission européenne a adopté une approche qui repose sur l'analyse de l'effet de restrictions sur la concurrence, y compris celles liées aux licences de propriété intellectuelle. C'est une approche entièrement nouvelle, économique, qui tient particulièrement compte d'un certain niveau de pouvoir de marché⁶⁴.

60. J.A. NEWBERG, *loc. cit.*, note 56, 732.

61. *Ibid.*, 711.

62. *Ibid.*, 737-738.

63. *Règlement (CE) n° 1 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité*, JO, n° L 1 du 4 janvier 2003 : <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2003/l_001/l_00120030104fr00010025.pdf> (le « règlement n° 1/2003 »).

64. *Règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité à des accords de transfert de technologie* ; JO, n° L 123 du 27 avril 2004, considérant n° 4 : <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2004/l_123/l_12320040427fr00110017.pdf> (le « règlement n° 772/2004 ») ; Paul TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 4^e éd. (Oxford, Oxford University Press, 2005), p. 120-123.

Les orientations de la Commission européenne sur le pool de brevets sont exposées dans les *Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie*⁶⁵. On y précise, aux paragraphes 41 et 212, que le pool n'est pas visé par l'exemption dont bénéficient ces derniers accords, mais les lignes directrices comportent une section très utile sur le pool⁶⁶ (qui y est désigné comme « le regroupement de technologies »). La Commission a d'ailleurs rappelé dans son *Rapport 2004 sur la politique de concurrence*⁶⁷ qu'elle n'a pas le pouvoir, en ce qui a trait aux pools, d'adopter une exemption par catégorie⁶⁸. Le praticien associé à la mise sur pied d'un pool doit cependant garder à l'esprit que les licences individuelles concédées par le pool aux preneurs tiers peuvent bénéficier de ce type d'exemption⁶⁹, adoptée par le règlement n° 772/2004⁷⁰. Il trouve donc une double utilité aux lignes directrices : elles le guident quant à la mise sur pied et au fonctionnement du pool d'une part, et quant à la concession de licences par le pool aux tiers d'autre part.

La Commission reconnaît⁷¹ que le pool peut être favorable à la concurrence, notamment grâce aux avantages que nous avons précédemment exposés⁷². Elle apprécie les restrictions imposées dans le cadre du pool dans son contexte global, appréciation pour laquelle elle se fonde surtout sur les principes suivants⁷³ :

- plus la position des parties [...] est forte, plus le risque d'effets anti-concurrentiels est élevé ;
- les accords [...] qui couvrent une part importante du marché devraient être ouverts et non discriminatoires ;
- les accords [...] ne devront pas exclure indûment des technologies appartenant à des tiers ou limiter la création d'autres regroupements.

65. Précitées, note 1, publiées simultanément avec le règlement n° 772/2004, précité, note 64. Le considérant n° 7 de ce règlement exclut les pools.

66. « IV. Application de l'article 81, paragraphes 1 et 3, en dehors du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie », par. 130 et s. ; « 4. Accords de regroupement de technologies », par. 210 et s.

67. <http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2004/en.pdf>, p. 24.

68. Son règlement n° 772/2004 ne vise que les ententes bilatérales, ce que sont plus rarement les pools, qui autorisent la production de produits contractuels : art. 2.

69. Lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 212.

70. Précité, note 64.

71. Lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 214.

72. *Supra*, note 1, p. 111-112.

73. Lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 224.

Quant aux licences concédées par le pool aux tiers, les grandes lignes applicables peuvent être présentées en deux groupes. Premièrement, le règlement n° 772/2004 crée une sphère de sécurité qui varie selon que les parties sont des concurrentes ou non. Si leur part de marché est d'au plus 20 %, la licence est généralement présumée satisfaire les conditions d'exemption de l'interdiction d'accords restrictifs de concurrence de l'article 81, paragraphe 3 du *Traité instituant la Communauté européenne*⁷⁴ (parfois, le « traité »). Pour les parties non concurrentes, cette part de marché est d'au plus 30 %. Au-delà de ces parts, il y aura appréciation individuelle⁷⁵.

Deuxièmement, le praticien doit retenir que l'exemption prévue par le règlement n° 772/2004 ne s'applique pas aux licences qui ont pour objet l'une ou l'autre des restrictions principales suivantes, désignées les « restrictions caractérisées » (*hardcore restrictions*), qui varieront aussi selon que les parties sont des concurrentes ou non :

- si elles sont concurrentes, mais sous réserve des exceptions et nuances nombreuses prévues, la restriction à l'égard de prix de vente à des tiers, la limitation de la production, la répartition des marchés ou des clients, la restriction de la capacité du preneur d'exploiter sa propre technologie, et la restriction d'activités de recherche et développement ;
- si elles ne sont pas concurrentes, mais sous réserve de certains aménagements possibles, la restriction à l'égard de prix de vente à des tiers et la restriction géographique⁷⁶.

Si ces licences contiennent une des restrictions caractérisées ci-dessus, il y a appréciation individuelle mais l'effet anticoncurrentiel est très probable⁷⁷. L'obligation de rétrocession ou remise de licences de propriété intellectuelle est pour l'essentiel également exclue de l'exemption ; nous aurons l'occasion d'y revenir.

3.1.3 États-Unis : Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property

Les *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*⁷⁸, publiées le 6 avril 1995 par le ministère de la Justice et la

74. JO, n° C 80 du 10 mars 2001.

75. Règlement n° 772/2004, précité, note 64, art. 3 ; lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 65-69.

76. Règlement n° 772/2004, précité, note 64, art. 4 et 5.

77. Lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 75.

78. Précitées, note 9.

Federal Trade Commission, précisent que les accords de licence favorisent souvent l'innovation et la concurrence. Sauf circonstances extraordinaires⁷⁹, les autorités de concurrence ne contestent point ces accords si la restriction n'est pas anticoncurrentielle à sa face même et si le donneur et le preneur réunis représentent au plus une part de 20 % du marché pertinent touché de manière significative par la restriction. Ceci crée une sphère de sécurité juridique pour les entreprises⁸⁰. Retenons toutefois que la part de marché s'applique à la durée d'un accord ; la position des autorités de concurrence peut donc être modifiée alors qu'il est en vigueur. Les principales restrictions anticoncurrentielles à leur face même, mais qui feront tout de même l'objet d'une analyse de leur effet sur la concurrence⁸¹, sont les suivantes :

- la restriction ou fixation de prix ;
- les restrictions ou limites de production ;
- la répartition de marchés entre concurrents horizontaux.

Par surcroît, d'après les examens récents de certains pools par les autorités américaines, il suffit d'examiner deux questions fondamentales : savoir si le pool regroupe des brevets complémentaires et, dans l'affirmative, déterminer si l'ensemble des autres modalités du pool entraîne plus d'effets proconcurrentiels que d'effets anticoncurrentiels⁸². Ces deux questions peuvent à notre avis résumer aussi l'examen mené à l'heure actuelle par les autorités européennes, ainsi que celui mené par les autorités japonaises.

Le ministère de la Justice et la Federal Trade Commission ont publié en avril 2000 les *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors*. Celles-ci ne modifient pas l'approche exposée dans les lignes directrices de 1995, et confirment que ces dernières demeurent applicables à la commercialisation de droits de propriété intellectuelle⁸³.

79. N. BYRNE et A. McBRATNEY, *op. cit.*, note 7, p. 447, note 42 : ces lignes directrices seraient généralement défavorables à l'application des lois sur la concurrence.

80. Lignes directrices américaines, précitées, note 9, p. 22.

81. *Ibid.*, p. 16.

82. D.A. BALTO et A.M. WOLMAN, *loc. cit.*, note 12, 451-453.

83. *Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors*, p. 16-17.

Quelques antécédents nous permettent de voir plus concrètement l'évolution des autorités de concurrence américaines face aux restrictions de licences de propriété intellectuelle. Plusieurs restrictions étaient depuis 20 à 30 ans condamnées d'office, si bien qu'en 1970 elles forment une liste dite des « neuf interdits ». De nouveau, pour mieux illustrer l'évolution vis-à-vis de certaines restrictions, en voici quelques-unes : les restrictions de prix, l'exclusivité, les ventes liées, ainsi que la remise de droits de propriété intellectuelle au donneur pour des améliorations au produit sous licence apportées par le preneur⁸⁴.

Seuls deux éléments intéressants pour nos fins ressortent de lignes directrices américaines antérieures. Les *Vertical Restraint Guidelines 1985*, publiées le 23 janvier, ne s'appliquent pas aux licences de propriété intellectuelle mais reconnaissent l'effet favorable sur la concurrence de la coordination de licences complémentaires. La complémentarité – primordiale pour l'acceptabilité du pool de brevets à l'heure actuelle – est donc déjà présente. Elles reconnaissent en outre que les restrictions à ces licences seraient examinées de manière plus flexible que des restrictions verticales typiques compte tenu de leurs possibles avantages concurrentiels⁸⁵. Dans les *International Operations Guidelines 1988*, remplacées en 1995, on présente le cadre d'analyse d'un pool de brevets regroupant des technologies concurrentes⁸⁶. Celui-ci peut être ultimement acceptable si les considérations d'efficacité qui en résultent sont supérieures à ses effets anticoncurrentiels. À l'heure actuelle, un tel pool est jugé presque d'office anticoncurrentiel.

3.1.4 Canada : Lignes directrices pour l'application de la Loi : Propriété intellectuelle

Après deux périodes de consultation, le Bureau de la concurrence du Canada a publié en septembre 2000 les *Lignes directrices pour l'application de la loi : Propriété intellectuelle*⁸⁷. La plupart des concepts en sont empruntés aux lignes directrices américaines de

84. Willard K. TOM et Joshua A. NEWBERG, « Antitrust and Intellectual Property », (1997) 66 *Antitrust Law Journal* 167 ; R. HEWITT PATE, « Antitrust and Intellectual Property », allocution prononcée à la réunion de l'American Intellectual Property Law Association, 24 janvier 2003, p. 6. M. Hewitt Pate est à ce moment procureur général adjoint par intérim, section droit de la concurrence, ministère de la Justice : <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/200701.pdf>>.

85. N. BYRNE et A. McBRATNEY, *op. cit.*, note 7, p. 431.

86. *Ibid.*, p. 432.

87. Précitées, note 1.

1995. Les lignes directrices canadiennes sont également inspirées de l'attitude de l'Union européenne⁸⁸. Donc à l'instar de ces dernières instances, le Bureau ne présume pas, dans son approche globale, que l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle est anticoncurrentiel. On n'y énumère pas de restrictions particulières mais on peut en signaler certaines, à partir des cas hypothétiques présentés dans ces lignes directrices, sur lesquelles il pourrait se pencher si un effet anticoncurrentiel se présente :

- la fixation de prix ;
- l'exclusivité (la concession de licences exclusives) ;
- les redevances fondées sur la production ; et
- le refus d'octroyer une licence relative à une norme⁸⁹.

Les lignes directrices canadiennes présentent les cinq étapes de l'analyse du Bureau lorsqu'il veut déterminer si un préjudice est susceptible d'être causé à la concurrence par une transaction particulière ou par un type d'accord :

- il précise la nature de la transaction ;
- il définit les marchés pertinents, s'attachant entre autres aux agissements qui réduisent l'innovation des entreprises qu'il examine ou de la part d'autres entreprises ;
- il détermine si les entreprises faisant l'objet de l'examen possèdent une puissance commerciale, et il ne conteste généralement pas l'accord ou la restriction si la part de marché en cause est inférieure à 35 % ;
- il détermine si l'accord ou la restriction peut empêcher ou réduire indûment ou sensiblement la concurrence sur les marchés pertinents ;
- il tient compte de l'efficience⁹⁰.

88. *Ibid.*, p. 2.

89. *Ibid.*, p. 19-28 ; N. BYRNE et A. McBRATNEY, *op. cit.*, note 7, p. 447-448.

90. Lignes directrices canadiennes, précitées, note 1, p. 8, 14, 15.

Malgré une présentation très différente, c'est-à-dire très détaillée dans les lignes directrices européennes et beaucoup plus succincte dans celles des autres instances examinées ici, le fond est très similaire. Les auteurs Newberg et Delrahim ont fait ressortir cette similitude entre les approches japonaise et américaine d'une part⁹¹, et entre les approches américaine et européenne d'autre part⁹². Si l'on ajoute que les lignes directrices canadiennes s'appuient sur celles des États-Unis et sur l'Union européenne, l'image de similitude se complète.

Peu à peu, depuis 1970 environ, à partir de régimes fondés sur des listes de restrictions interdites et permises, les autorités de concurrence en sont venues à privilégier des régimes convergents, qui reposent sur l'analyse de l'effet⁹³ de restrictions de licences de propriété intellectuelle sur la concurrence dans le marché pertinent, souvent en fonction de la part de marché détenue.

3.2 Restrictions particulières de licences de propriété intellectuelle et règles de fonctionnement du pool

Examinons maintenant plus en détail certaines restrictions qui sont ou demeurent plus susceptibles de poser des difficultés pour l'acceptabilité du pool par les autorités de concurrence. Nous nous arrêtons aussi aux règles de fonctionnement qui tendraient à la favoriser. Nos commentaires s'appuient surtout sur les lignes directrices du Japon et de la Commission européenne, car la nature plus générale de celles des États-Unis et du Canada s'y prête moins.

3.2.1 Nature ou type de technologies regroupées

Les lignes directrices japonaises⁹⁴ prévoient expressément que le pool ne devrait comprendre que des technologies essentielles. Mais de quoi s'agit-il au juste ? D'après les lignes directrices européennes, les plus précises sur ce point, une technologie est essentielle.

91. J.A. NEWBERG, *loc. cit.*, note 56, 745.

92. Makan DELRAHIM, « US and EU Approaches to the Antitrust Analysis of Intellectual Property Licensing : Observations from the Enforcement Perspective », allocution prononcée à la réunion de l'American Bar Association, section droit de la concurrence, 1^{er} avril 2004, p. 5 : <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/203228.pdf>> ; Makan DELRAHIM, « The Long and Winding Road : Convergence in the Application of Antitrust to Intellectual Property Licensing », allocution prononcée au symposium de la George Mason Law Review, 6 octobre 2004 : <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/205712.pdf>>.

93. J.A. NEWBERG, *loc. cit.*, note 56, 723.

94. Lignes directrices japonaises, précitées, note 4, p. 6-7.

s'il n'existe pas de substitut pour cette technologie parmi les technologies regroupées ou parmi les autres, et si la technologie en question constitue une partie nécessaire de l'ensemble des technologies regroupées pour fabriquer les produits ou réaliser les processus auxquels le regroupement s'applique [...] des technologies essentielles sont nécessairement des technologies complémentaires.⁹⁵

Si des brevets non essentiels s'y trouvent⁹⁶, le pool peut tout de même être acceptable après évaluation de l'effet sur la concurrence, entre autres le besoin raisonnable de regrouper des brevets essentiels et non essentiels, ainsi que la capacité pour le donneur de concéder des licences à l'extérieur du pool et la capacité pour le preneur de n'obtenir, auprès de celui-ci, que les licences dont il a besoin⁹⁷.

La Commission européenne⁹⁸ semble, mais seulement de prime abord, plus stricte sur ce point : le pool de technologies essentielles n'enfreint généralement pas l'interdiction d'accords restrictifs de concurrence de l'article 81, paragraphe 1 du traité⁹⁹, peu importe la position des parties sur le marché, mais dès qu'on y inclut de nombreux substituts (c'est-à-dire des technologies concurrentes), elle estime qu'il y a violation de cette interdiction sans satisfaire les conditions auxquelles elle peut la déclarer inapplicable. Cette détermination est difficile car parfois les technologies visées sont en partie complémentaires, donc essentielles, et en partie des substituts, mais elles peuvent entraîner des gains d'efficience.

Élément important, l'appréciation du caractère essentiel est un processus continu¹⁰⁰. Une technologie essentielle au moment d'un regroupement peut devenir subséquemment non essentielle. Nous croyons que des règles de fonctionnement et de gouvernance du pool pourraient viser ce point et ainsi constituer une mesure de précaution contre de possibles sanctions.

Face à un regroupement de technologies non essentielles, la Commission tient compte de divers facteurs dans une appréciation

95. Lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 216.

96. Lignes directrices japonaises, précitées, note 4, p. 10.

97. Seuls 12 % des pools offrent cette possibilité d'après l'étude de 2002 de MM. Lerner et Tirole : J. LERNER et J. TIROLE, *op. cit.*, note 40, p. 19.

98. Lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 219-220.

99. Précité, note 74.

100. Lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 222.

globale. Ces facteurs sont à peu près identiques à ceux dont tiennent compte les autorités japonaises, et que nous avons exposés ci-dessus.

Donc, le Japon et la Commission européenne sont à peu près sur un pied d'égalité. Ils privilégient les pools dans lesquels ne se retrouvent que des technologies essentielles, mais énoncent des facteurs similaires qui pourraient mener pour chacune à l'acceptabilité d'un pool dans lequel on retrouverait des substituts.

3.2.2 Participation au pool

D'après les lignes directrices japonaises, la participation au pool devrait être ouverte à tous¹⁰¹. Les lignes directrices européennes abondent dans le même sens si le pool couvre une partie importante du marché¹⁰². Les lignes directrices américaines ne prévoient pas cette exigence¹⁰³. Par contre, si les firmes exclues ne peuvent concurrencer dans le marché pertinent et si les membres du pool dominant ce dernier, les autorités américaines examineront si la limite imposée à la participation est raisonnablement liée à l'exploitation des technologies dans le pool et en évalueront l'effet sur le marché pertinent. C'est donc une approche très similaire à celle prévue par l'article 81, paragraphe 3, point a) du *Traité instituant la Communauté européenne*¹⁰⁴, selon lequel seules les restrictions non indispensables peuvent être imposées.

3.2.3 Restrictions de prix ou de production

Les lignes directrices japonaises énoncent qu'au sein d'un pool formé de concurrents pour la normalisation de caractéristiques techniques, une restriction quant au prix ou aux quotas de production est susceptible d'enfreindre la loi sur la concurrence. Mais elle sera appréciée selon son effet sur celle-ci et peut dorénavant être justifiée lorsque le pool détient une part d'au plus 20 % du marché ou lorsqu'il existe quatre autres choix de caractéristiques techniques¹⁰⁵.

D'après les lignes directrices européennes, « les preneurs doivent rester libres de déterminer le prix des produits qui seront

101. Précitées, note 4, p. 3.

102. Précitées, note 1, par. 224.

103. Précitées, note 9, p. 28.

104. Précité, note 74.

105. Il s'agit en fait de la première restriction mentionnée dans les lignes directrices japonaises, précitées, note 4, p. 3-5.

produits sous licence¹⁰⁶ ». Des redevances différentes pour usages différents sont permises. Si les technologies regroupées détiennent une position dominante sur le marché, ces redevances doivent être équitables et non discriminatoires¹⁰⁷.

Selon les lignes directrices américaines, une restriction visant à imposer un prix de vente minimum est d'office illégale. Une restriction portant sur un prix de vente maximum peut être acceptable mais certains commentateurs prétendent que celui-ci peut être un prix minimum déguisé¹⁰⁸.

3.2.4 *Exclusivité*

Dans le domaine des droits de propriété intellectuelle, l'exclusivité désigne la restriction d'une licence qui empêche le preneur d'obtenir une licence pour toute technologie concurrente, ou de vendre, distribuer ou utiliser cette dernière¹⁰⁹.

Les lignes directrices européennes prévoient un régime différent selon le caractère réciproque ou non de la restriction, et selon que le preneur et le donneur – en l'occurrence le pool – sont ou non concurrents¹¹⁰. Entre concurrents, une telle restriction réciproque peut constituer une répartition de marchés, soit une restriction caractérisée. Mais la sphère de sécurité décrite plus haut s'applique si la restriction est non réciproque ; la Commission n'analysera les effets anticoncurrentiels que lorsque la part de marché des concurrents excède 20 %. Entre non-concurrents, ce type de restriction satisfait généralement les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3 du traité¹¹¹. À noter par contre qu'un auteur signale un effet proconcurrentiel d'une condition d'exclusivité. Si son but est souvent de constituer une barrière à l'entrée de nouveaux produits – la raison même pour laquelle les autorités de concurrence la chassent – elle ne constitue pas d'après lui une telle barrière puisqu'elle exercera une pression à la hausse sur les coûts du donneur, entre autres effets¹¹². Une condition d'exclusivité imposée par un pool pourrait donc être interprétée largement.

106. Lignes directrices européennes, précitées, note 1, paragraphe 225 ; lignes directrices japonaises, précitées, note 4, p. 4.

107. Lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 226.

108. M.A. FRANZINGER, *loc. cit.*, note 3, 1715-1716.

109. Lignes directrices américaines, précitées, note 9, p. 27.

110. Lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 162-165.

111. Précité, note 74.

112. R.A. POSNER, *op. cit.*, note 26, p. 6.

Selon les lignes directrices américaines, les autorités de concurrence examineront si une telle restriction est susceptible de réduire la concurrence dans le marché pertinent. Elles tiendront compte du degré auquel le pool favorise l'exploitation et le développement de la technologie du donneur et du degré de verrouillage de l'exploitation et du développement de technologies concurrentes¹¹³. Les relations verticales entre donneur et preneur seront généralement acceptables¹¹⁴ alors que la répartition de marchés entre concurrents horizontaux continue de poser des difficultés¹¹⁵.

3.2.5 Restriction du domaine d'utilisation

Il peut s'agir à la fois d'une restriction d'un domaine d'utilisation ou d'une restriction géographique.

Les lignes directrices japonaises¹¹⁶ admettent ce type de restriction mais chaque cas est examiné pour évaluer si celle-ci est raisonnablement nécessaire. Tout comme les États-Unis¹¹⁷, le Japon préconise cette base d'examen très similaire à l'une de celles prévues par le *Traité instituant la Communauté européenne*, soit que seule la restriction qui n'est pas indispensable puisse être exemptée de l'interdiction générale qui frappe toute pratique concertée¹¹⁸.

Selon les lignes directrices européennes, une telle restriction imposée au preneur est acceptable dans le cadre d'accords entre concurrents réels ou potentiels à concurrence d'une part de marché de 20 % ; si elle est imposée au preneur et au donneur – donc au pool – dans un accord entre non concurrents, elle bénéficie de l'exemption par catégorie visée par le règlement n° 772/2004, à hauteur d'une part de marché de 30 %¹¹⁹.

La position générale des lignes directrices américaines est que ce type de restriction est généralement favorable à la concurrence¹²⁰ puisqu'elle est réputée favoriser l'efficacité dans l'exploitation du droit de propriété intellectuelle par le donneur.

113. Lignes directrices américaines, précitées, note 9, p. 27.

114. *Ibid.*, exemple n° 8, p. 20.

115. M. DELRAHIM, « US and EU Approaches to the Antitrust Analysis of Intellectual Property Licensing : Observations from the Enforcement Perspective », *op. cit.*, note 92, p. 5.

116. Précitées, note 4, p. 9.

117. *Supra*, p. 126.

118. Précité, note 74, article 81, par. 1 et 3.

119. Lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 183-184.

120. Précitées, note 9, p. 5.

3.2.6 *Obligation directe ou indirecte imposée au preneur de ne pas remettre en cause la validité des droits de propriété intellectuelle sous-jacents à une licence*

D'après les lignes directrices japonaises¹²¹, la résiliation par le pool de toutes les licences obtenues par le preneur lors d'une contestation par celui-ci de la validité d'une licence contrevient à l'*Antimonopoly Act*¹²². Le pool ne pourrait résilier que la licence liée au brevet contesté.

D'après les lignes directrices européennes, les effets anticoncurrentiels et proconcurrentiels d'une telle obligation font l'objet d'une évaluation cas par cas¹²³. À la base toutefois, cette obligation est exclue de l'exemption par catégorie. Si elle est jugée entraîner des effets anticoncurrentiels dans une proportion supérieure à ses effets proconcurrentiels, seule cette obligation et non la totalité de la licence entre le pool et le preneur pourrait être déclarée nulle¹²⁴.

3.2.7 *Ventes liées*¹²⁵

Il s'agit de l'obligation imposée au preneur d'acheter auprès du donneur un article non breveté (le *tie-in*, produit lié), ou d'un engagement, de la part du preneur, à ne pas acheter le produit lié auprès de tiers¹²⁶.

Les lignes directrices japonaises ne se penchent pas explicitement sur cette restriction. Cependant, elles présentent un cas hypothétique¹²⁷ dans lequel des brevets pour des produits liés sont ajoutés au pool afin de concéder des licences en bloc pour le produit liant (le *tying product*, aussi désigné comme « le produit clef »¹²⁸) et les produits liés. Dans cet exemple, les autorités concluraient à une

121. Précitées, note 4, p. 11.

122. Précitée, note 52.

123. Précitées, note 1, par. 107-108.

124. *Traité instituant la Communauté européenne*, précité, note 74, art. 81, par. 2.

125. Malgré une plus grande ouverture des autorités de concurrence pour des motifs d'efficacité, elles demeurent en général opposées aux ventes liées. Robert PITOFSKY, « Symposium : Antitrust at the Millennium (Part II) : Challenges of the New Economy : Issues at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property ». (2001) 68 *Antitrust Law Journal* 913.

126. Lignes directrices américaines, précitées, note 9, p. 26.

127. Précitées, note 4, p. 14 ; le cas n° 2.

128. C'est l'expression retenue dans la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), c. C-34, art. 77.

violation de la loi sur la concurrence puisque le choix des preneurs parmi les produits liés se trouverait limité.

D'après les lignes directrices européennes, au-delà des seuils de parts de marché de 20 % pour une telle restriction entre concurrents et de 30 % entre non-concurrents, cette restriction sera examinée selon son effet. Elle est acceptable si ces articles sont nécessaires pour une exploitation technique convenable ou plus efficace du produit liant¹²⁹.

Les lignes directrices américaines énoncent que ce type de restriction peut entraîner des effets proconcurrentiels mais les autorités sont susceptibles de la contester si le donneur domine le marché du produit clef ; s'il en résulte un effet anticoncurrentiel sur le marché pertinent du produit lié, et si les effets anticoncurrentiels dépassent l'efficace engendrée¹³⁰.

M. Posner présente un constat tout aussi différent qu'intéressant sur les ventes liées. Celles-ci, généralement réprimées fermement par les autorités de concurrence, pourraient non pas être anticoncurrentielles mais plutôt avoir un effet neutre, du moins d'un point de vue général, puisqu'une augmentation du prix de l'un des produits liés peut se traduire par une baisse de la demande du produit clef¹³¹. On peut donc retenir, à en juger par un tel effet sur le marché, qu'une telle restriction peut effectivement être proconcurrentielle.

3.2.8 Remise¹³² (*grant-back*)

C'est une disposition très courante¹³³, selon laquelle le preneur s'engage à remettre au donneur la licence sur toute amélioration technique qu'il apporte au produit sous licence. L'utilisation de la licence liée à l'amélioration par les deux parties est plus susceptible de satisfaire les autorités de concurrence.

Les lignes directrices japonaises prévoient que la remise de brevets sur des améliorations essentielles aux normes n'enfreignent

129. Lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 191-195.

130. Lignes directrices américaines, précitées, note 9, p. 26.

131. R.A. POSNER, *op. cit.*, note 26, p. 6.

132. Les lignes directrices européennes utilisent le terme « rétrocession » mais nous retenons plutôt le terme « remise ».

133. Dans une analyse de 2002, elle figurait dans 46 des 63 pools examinés : J. LERNER et J. TIROLE, *op. cit.*, note 40, p. 28.

généralement pas l'*Antimonopoly Act*¹³⁴. Cette obligation de remise doit être non exclusive¹³⁵.

La Commission stipule des limites très similaires dans le cadre du pool¹³⁶. Quant à l'obligation de remise par le preneur tiers au pool, deux éléments sont à retenir : d'abord, le règlement n° 772/2004 s'y applique ; ensuite, les obligations de remise suivantes en sont exclues¹³⁷ :

- accorder au donneur ou à un tiers désigné par celui-ci une licence exclusive sur les améliorations dissociables d'un brevet du pool, que le preneur aura lui-même apportées ;
- céder au donneur ou à un tiers désigné par celui-ci l'intégralité ou une partie des droits sur des améliorations dissociables d'un brevet du pool, que le preneur aura lui-même apportées.

Ces obligations seront donc examinées individuellement, selon le régime décrit ci-dessus, pour l'obligation imposée au preneur de ne pas remettre en cause les droits de propriété intellectuelle sous-jacents à une licence¹³⁸.

En outre, la capacité pour le preneur de concéder des licences à des tiers, à l'extérieur du pool, est susceptible de stimuler l'innovation¹³⁹.

3.2.9 *Durée de la licence*

À la base, l'exemption prévue par l'article 2 du règlement n° 772/2004 de la Commission européenne n'est applicable que si le droit de propriété intellectuelle sous-jacent est en vigueur et valide. Néanmoins, les lignes directrices européennes énoncent que, pour favoriser l'acceptabilité d'une licence de longue durée, il y aurait lieu de prévoir la possibilité pour le preneur de résilier une partie de l'accord avec le pool dans un délai raisonnable et d'obtenir une réduction correspondante de la redevance¹⁴⁰.

134. Précitée, note 52.

135. Lignes directrices japonaises, précitées, note 4, p. 11.

136. Lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 228.

137. Règlement n° 772/2004, précité, note 64, art. 5, par. 1 ; lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 107-109.

138. *Supra*, p. 129.

139. J. LERNER et J. TIROLE, *op. cit.*, note 40, p. 37.

140. Lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 222 d).

3.2.10 Restriction d'activités de recherche et développement

Les lignes directrices japonaises stipulent qu'on ne peut empêcher le preneur de mener des activités de recherche et développement relatives aux brevets du pool ou à d'autres brevets, qu'il agisse seul ou avec des tiers. Une telle restriction peut s'appliquer si toutefois le but essentiel du pool est la recherche et développement¹⁴¹.

Les lignes directrices européennes ne prévoient aucune orientation expresse dans le cadre du pool. Cependant, quant aux relations entre ce dernier et un preneur tiers, si « le preneur ne possède pas ou n'est pas déjà en train de mettre au point une technologie concurrente, toute restriction empêchant les parties de mener des activités de recherche-développement indépendantes peut restreindre la concurrence si quelques technologies seulement sont disponibles sur le marché »¹⁴². Une restriction dans ces circonstances ne serait pas acceptable puisqu'elle pourrait réprimer une source d'innovation.

3.2.11 Règles de fonctionnement et de gouvernance

Les règles de fonctionnement et de gouvernance du pool revêtent beaucoup d'importance non seulement pour son acceptabilité par les autorités de concurrence mais aussi pour le maintien de ce type de structure sur le marché.

Les lignes directrices japonaises préconisent l'exécution de certaines tâches par un expert indépendant ou une société de gestion distincte, non liée aux membres du pool :

- l'évaluation du caractère essentiel ou non d'un brevet du pool, de manière continue ;
- la concession de licences aux tiers, la perception des redevances, la vérification de données auprès des preneurs et la restriction de l'accès aux informations sensibles¹⁴³.

141. Lignes directrices japonaises, précitées, note 4, p. 3, 9-10 : les *Guidelines Concerning Joint Research and Development under the Anti-Monopoly Act* peuvent trouver application.

142. Lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 116.

143. Lignes directrices japonaises, précitées, note 4, p. 6, 8-9.

Les lignes directrices européennes retiennent les mêmes concepts et précisent même que l'association d'experts indépendants à la mise en place et au fonctionnement du pool peut contribuer à *garantir* que celui-ci constitue un cadre acceptable pour les autorités de concurrence¹⁴⁴. Elles privilégient en outre :

- des règles de gestion du pool, limitées à ce qui est nécessaire et appliquées à tous de façon non discriminatoire ;
- un mécanisme de règlement des différends.

On peut aussi en proposer quelques-unes à l'intention de l'entité de gestion et d'exploitation du pool :

- La rémunération des donneurs au moyen de redevances de préférence aux frais de licence forfaitaires peut être une modalité plus coûteuse à gérer mais elle peut être requise pour empêcher la concentration de la puissance commerciale et pour permettre l'ajustement des redevances si le preneur souhaite seulement une partie des brevets du pool. Des frais de gestion de cette modalité se refléteront sans doute dans le coût des licences concédées par le pool et on peut vouloir en tenir compte dans une évaluation de son effet sur l'intérêt général.
- Cette entité devrait être une société sans but lucratif pour accentuer son indépendance des membres du pool. On peut ici proposer une analogie avec les organisations régionales de transport d'électricité qui ont été mises sur pied aux États-Unis à la suite de l'ouverture à la concurrence, en 1996, du marché de gros de l'électricité. Pour que l'accès au réseau de transport soit ouvert à tous de façon non discriminatoire, pierre angulaire du succès de l'ouverture, les entreprises d'électricité propriétaires d'actif de transport et désireuses de participer au lucratif marché ont confié ces éléments d'actif à ces organisations régionales de transport d'électricité qui sont des sociétés sans but lucratif, dotées de mécanismes très sophistiqués de surveillance du marché. Quelque dix ans après l'ouverture, la structure n'est pas sans faille bien sûr, mais des études indépendantes démontrent une réduction sensible du coût de l'électricité pour le consommateur. L'intérêt général semble donc bien servi. Nous soumettons que le pool de brevets, assorti d'une société de gestion distincte et indépendante, avec les

144. Paragraphes 230 à 235, en particulier 230 et 232.

mécanismes appropriés de surveillance des marchés, peut fort bien se traduire par un même résultat bénéfique.

3.3 Évolution des pools

Les autorités de concurrence réalisent de plus en plus que les pools favorisent l'intérêt général¹⁴⁵. Elles sont plus ouvertes face à certaines restrictions de la concurrence pour des considérations d'efficacité¹⁴⁶ ; c'est à notre avis le regard approprié à continuer de poser sur le pool, du moins lorsqu'il est créé pour l'établissement de normes¹⁴⁷. S'il n'y a pas de pools, ou si les autorités de concurrence sont trop rigides, certains croient que l'innovation sera ralentie, ce qui n'est pas dans l'intérêt général.

Nous avons constaté que les lignes directrices semblent s'accorder sur l'acceptabilité des pools de technologies ou brevets complémentaires. Sinon, s'il s'agit de substituts, la contravention aux lois de la concurrence est très probable. Mais il semble y avoir place pour une évolution de la nature des brevets compris dans un pool. Tout d'abord, la complémentarité stricte ne serait pas requise d'après le professeur Merges¹⁴⁸. Ensuite, dans son article « Patent pool enhances market competition »¹⁴⁹, l'auteur Kato démontre que même le pool constitué de brevets substituables peut, lorsque certaines conditions sont réalisées, favoriser la concurrence. Une telle conclusion milite en faveur d'une interprétation large de la nature des technologies que l'on peut inclure dans un pool.

Il est vrai que les avis sont partagés sur la question de savoir si le pool stimule ou ralentit l'innovation. Mais d'abord, qu'est-ce que l'innovation ? C'est la recherche de nouveaux processus, produits, structures et procédures organisationnelles et leur découverte, élaboration, amélioration, adoption et commercialisation¹⁵⁰. Certaines

145. R.P. MERGES, *op. cit.*, note 5, p. 39.

146. Lignes directrices canadiennes, précitées, note 1, p. 16. Pour les États-Unis, une réflexion en ce sens est offerte dans R. PITOFSKY, *loc. cit.*, note 125 : « In many respects the most important development in antitrust analysis under American law, particularly relevant in a discussion of the relationship between antitrust and intellectual property, is the increased willingness of enforcement authorities and courts to take efficiencies into account as a mitigating factor. ».

147. M.A. CARRIER, *loc. cit.*, note 32, 2037.

148. R.P. MERGES, *op. cit.*, note 5, p. 49.

149. Atsushi KATO, « Patent pool enhances market competition », (2004) 24 *International Review of Law and Economics* 255.

150. Michael A. CARRIER, « Unraveling the Patent-Antitrust Paradox » (2002) 150 *University of Pennsylvania Law Review* 761, 802 : cette définition a été mise au

restrictions¹⁵¹ aux licences que concéderait un pool sont exclues, surtout pour éviter de limiter l'incitation des preneurs à innover. Ainsi, ces derniers ne peuvent être tenus de remettre au pool les droits de propriété intellectuelle qu'ils auraient acquis sur des améliorations apportées par eux à la technologie concédée. Mais dès que l'obligation de remise ou rétrocession est *non* exclusive, c'est-à-dire qu'elle vise également le donneur, elle peut stimuler l'innovation puisque ce dernier sera incité à communiquer ses propres améliorations à l'ensemble de ses preneurs. De plus, la remise de l'amélioration au donneur, en contrepartie d'une rémunération pour le preneur, réduira davantage l'effet défavorable sur l'incitation de ce dernier à innover. On peut donc retenir que des aménagements bien réels existent pour assurer que le pool ralentisse le moins possible l'innovation, même que certains visent à la stimuler. D'aucuns semblent bien convaincus que le partage de brevets entre sociétés commerciales stimule l'innovation¹⁵².

La détermination d'un effet sur l'innovation est difficile, même si le praticien trouve passablement d'exemples concrets d'effets favorables et défavorables dans les diverses lignes directrices. Plusieurs auteurs signalent toutefois le besoin de nouveaux modèles d'analyse¹⁵³, entre autres dans le domaine de la haute technologie. Dans ce dernier, il est possible que le monopole puisse tout de même être dans l'intérêt général s'il ne peut y avoir plus d'une firme sur un marché donné. C'est sur ces nouveaux modèles que les efforts devront continuer de porter pour assurer que les pools, qui répondent à un besoin sur le marché, puissent y demeurer non seulement sans atteinte indue à la concurrence mais avec une mesure aussi précise que possible de l'efficience engendrée.

L'auteur Carrier a proposé un nouveau test¹⁵⁴ intéressant pour remédier à la lacune principale qu'il identifie quant à ceux utilisés jusqu'à maintenant : l'absence de tentative d'évaluer l'effet d'une restriction sur l'innovation ou l'intérêt général. L'innovation est un concept présent dans ces deux domaines du droit, la concurrence et la propriété intellectuelle. Il s'agit de donner davantage de poids à l'innovation selon l'industrie en cause. Par exemple, dans l'industrie

point par Thomas M. JORDE et David J. TEECE (dir.), « Innovation, Cooperation, and Antitrust » dans *Antitrust, Innovation, and Competitiveness*, 1992.

151. Lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 107-109.

152. « A Market for Ideas – A Survey of Patents and Technology », *loc. cit.*, note 20, p. 8 : la personne accordant l'entrevue est de Sun Microsystems.

153. R. PITOFSKY, *loc. cit.*, note 125 ; M.A. CARRIER, *loc. cit.*, note 150, 846.

154. M.A. CARRIER, *ibid.*, 816-839.

pharmaceutique, dans laquelle les brevets jouent un rôle critique pour stimuler l'innovation, une restriction à une licence concédée par le pool pourrait être maintenue. Dans un domaine dans lequel le marché fournit suffisamment de mesures pour inciter l'innovation, une restriction à une licence serait levée. L'un des mérites du test est qu'il tient compte des droits de propriété intellectuelle lorsqu'on examine l'acceptabilité d'un pool. Dans un grand souci de maintenir une saine concurrence et de favoriser l'intérêt général, il est facile d'accorder trop peu d'importance aux droits de propriété intellectuelle. Un traitement approprié est indispensable puisqu'il a une incidence directe, nous semble-t-il, sur l'incitation du chercheur à innover.

Ce test – et d'autres – semblent difficiles d'application ; ils sont d'ailleurs peu utilisés par les tribunaux¹⁵⁵. Ils peuvent cependant contribuer à l'analyse par les autorités de concurrence. Comme le suggère l'auteur Carrier, des lignes directrices sur les moyens d'innover dans une industrie donnée et d'évaluer le degré d'innovation dans celle-ci¹⁵⁶ seraient fort utiles. Et dans une perspective plus globale, davantage de données et de nuances dans la théorie sont requises¹⁵⁷. Les auteurs Balto et Sher rapportent que l'empirisme est très important dans l'analyse de comportements anticoncurrentiels¹⁵⁸.

Il peut être aisé, à l'aide des différentes lignes directrices, de constituer un pool qui satisfera les autorités de concurrence s'il regroupe des technologies complémentaires. Mais si, comme certains le suggèrent, on peut également entrevoir la constitution de pools de technologies concurrentes¹⁵⁹, les modèles d'analyse, déjà sophistiqués, devront encore se raffiner. La validation empirique des différents effets sera encore plus nécessaire¹⁶⁰.

Le pool semble davantage un outil de gestion ou un cadre économique de nature à encourager l'énergie et la créativité des inventeurs vers l'innovation plutôt que vers la gestion de leurs droits de

155. R.P. MERGES et J.C. GINSBERG, *op. cit.*, note 42, p. 228.

156. M.A. CARRIER, *loc. cit.*, note 150, 845-846.

157. R.P. MERGES, *op. cit.*, note 5, p. 49-50.

158. David A. BALTO et Scott A. SHER, « Refining the Innovation Focus : the FTC's Genzyme Decision », (2001) 18 *Antitrust American Bar Association* 28, 30. Ce commentaire porte sur l'approbation de la fusion de deux entreprises engagées dans la recherche médicale. Son intérêt est qu'il fait ressortir la nécessité d'aborder les effets de la concurrence sur l'innovation de manière plus empirique et disciplinée.

159. A. KATO, *loc. cit.*, note 149.

160. J. TIROLE et al., *op. cit.*, note 46, p. 165.

propriété intellectuelle¹⁶¹. Le pool continuera d'occuper une place parmi divers modes d'exploitation novateurs, plus ouverts, de droits de propriété intellectuelle.

Par des règles de gouvernance internes suffisantes, un pool peut être dans une large mesure une entité autoréglementée. La carence d'experts techniques, requis pour administrer le pool et évaluer les brevets¹⁶², pose toutefois des difficultés.

L'un des énoncés des lignes directrices européennes illustre bien¹⁶³, à notre avis, la position générale des autorités de concurrence non seulement européennes mais également des trois autres pays examinés dans ce texte, soit que le pool qui ne comprend que des technologies essentielles et donc complémentaires n'enfreint pas les lois de concurrence, peu importe la position des parties sur le marché. La surveillance de ces autorités est cependant requise et au besoin, elle pourrait s'exercer dans un cadre multilatéral de la concurrence¹⁶⁴ puisque non seulement les lignes directrices examinées mais également les concepts et les recours en vertu des divers droits sont assez similaires.

3.4 Cadre législatif et de réglementation dans les différents droits

Comme l'acceptabilité du pool dépend surtout de son effet sur la concurrence, il convient d'exposer brièvement ici les recours dont disposent diverses autorités de concurrence lorsque les effets proconcurrentiels du pool sont moindres que ses effets anticoncurrentiels ou pour le démanteler s'il forme un cartel. Les conséquences d'une contravention aux lois sur la concurrence peuvent être très lourdes. À titre d'exemple, il suffit de rappeler qu'en mars 2004, la Commission européenne a imposé des amendes de quelque 500 millions

161. *Ibid.*, p. 24.

162. R.A. POSNER, *op. cit.*, note 26, p. 8-9 : l'auteur est plutôt préoccupé par l'absence d'experts techniques auprès des autorités de concurrence lorsqu'elles doivent se prononcer sur des situations liées à la nouvelle économie. Mais cette carence (ou du moins un réel besoin) d'experts techniques est aussi une préoccupation pour le pool.

163. Précitées, note 1, par. 220.

164. *Rapport annuel du Commissaire de la concurrence pour l'exercice se terminant le 31 mars 2004*, Bureau de la concurrence – Canada, p. 53 : on y mentionne notamment la poursuite de travaux, au sein de l'Organisation mondiale du commerce, sur un éventuel cadre multilatéral de la concurrence ; <http://www.competition-bureau.gc.ca/PDFs/ct03001f_annualreport.pdf>.

d'euros à Microsoft, notamment à cause de ventes liées¹⁶⁵. Il ne s'agissait pas d'un pool, mais ceci n'illustre pas moins la lourdeur des sanctions possibles.

Les pouvoirs des autorités de concurrence pour faire face à ces éventualités sont très larges. Qui plus est, les modalités pertinentes des lois de la concurrence au Canada, aux États-Unis, au Japon et au sein de la Commission européenne convergent. Cette convergence ne semble pas récente puisque les interdictions de base – monopole et pratiques restrictives du commerce, par exemple – sont présentes dans chaque droit, dès la fin du 19^e siècle pour ce qui est du Canada et des États-Unis. Par contre, la convergence dans l'application de ce droit peut être plus récente et remonterait aux années 1990 selon un spécialiste de la matière¹⁶⁶.

En outre, les lois prévoient également des recours offerts aux particuliers et aux entreprises.

3.4.1 Japon

Les lois américaines sur la concurrence ont inspiré l'*Antimonopoly Act*¹⁶⁷. On y trouve à l'article 1, à l'instar de la *Sherman Act*¹⁶⁸ américaine, une interdiction générale de créer un monopole, d'appliquer des pratiques restrictives déraisonnables du commerce et d'appliquer des pratiques déloyales du commerce¹⁶⁹. Ces pratiques sont sommairement définies dans la loi¹⁷⁰. Elles visent entre autres le refus de vendre, la discrimination par les prix ou les modalités de transaction, les prix d'éviction, les pratiques déloyales, les ventes liées, l'exclusivité et l'abus de position dominante¹⁷¹. On peut également signaler, à l'article 6, l'interdiction à tout entrepreneur de conclure une entente internationale dont une modalité peut constituer une pratique restrictive déraisonnable du commerce ou une pratique déloyale du commerce.

165. *Rapport 2004 sur la politique de concurrence*, précité, note 67, p. 31-33.

166. « There is wide agreement that the last decade or so has presented an unusually lively and challenging period for antitrust analysis. Among many reasons we can point to are deregulation [...], developments in procedural cooperation and possible substantive convergence in response to the increasing globalization [...] » : R. PITOFISKY, *loc. cit.*, note 125.

167. Précitée, note 52.

168. 15 U.S.C. §§1-7, art. 1 et 2.

169. L'article 3 interdit à tout entrepreneur, de créer un monopole ou d'appliquer des pratiques restrictives déraisonnables du commerce ; l'interdiction d'utiliser des pratiques déloyales du commerce figure à l'article 19.

170. Art. 2(6) et 2(9).

171. N. BYRNE et A. McBRATNEY, *op. cit.*, note 7, p. 487.

L'article 7(2) – qui vise le monopole et les pratiques restrictives déraisonnables du commerce – permet à la Fair Trade Commission d'ordonner à tout entrepreneur de cesser ces pratiques, de se départir d'une partie de son actif ou de prendre toute mesure nécessaire pour y mettre fin. L'article 20(1) – portant sur les pratiques déloyales du commerce – lui permet de supprimer les clauses illégales et de prendre toute autre mesure¹⁷².

Quant aux recours des particuliers, ceux-ci peuvent avoir droit, selon l'article 24 de la loi, à une injonction et à l'octroi de dommages pour pratiques déloyales du commerce, mais seulement après que la Japan Fair Trade Commission a rendu sa décision conformément aux divers pouvoirs dont elle dispose pour remédier à la situation en vertu de la loi¹⁷³, et après que cette décision est devenue définitive. Par contre, les particuliers ne semblent pas disposer de tels recours lorsqu'ils constatent un monopole ou des pratiques restrictives déraisonnables du commerce. Enfin, les recours privés en matière de droit de la concurrence semblent peu utilisés au Japon¹⁷⁴.

3.4.2 Commission européenne

Comme les lois américaines sur la concurrence auraient inspiré les rédacteurs des dispositions sur ce sujet dans le *Traité instituant la Communauté européenne*¹⁷⁵, on y retrouve les mêmes concepts.

Le règlement n° 1/2003¹⁷⁶ du Conseil de l'Union européenne, qui expose les compétences dont la Commission européenne dispose pour l'application des articles 81 et 82 du traité¹⁷⁷, serait l'assise de sa compétence pour intervenir à l'encontre d'un pool. De plus, ce règlement reconnaît aux autorités de concurrence et aux juridictions des États membres le pouvoir d'agir en ce sens¹⁷⁸. Rappelons que

172. À noter toutefois que l'article 20 n'a pas été modifié par la révision récente. L'article 7(2), n'est pas modifié sauf pour un élément : il prolonge d'un à trois ans le délai dont la Japan Fair Trade Commission dispose pour ordonner à un entrepreneur, même lorsqu'un monopole ou une pratique restrictive du commerce a pris fin, de disséminer une mesure prise à ce sujet.

173. L'article 49(1) lui permet de rendre une ordonnance pour mettre fin à toute mesure et l'article 50 lui permet d'imposer le paiement d'amendes (*surcharge*).

174. J.A. NEWBERG, *loc. cit.*, note 56, 765-766.

175. Précité, note 74.

176. Précité, note 63.

177. *Ibid.*, art. 4.

178. *Ibid.*, considérant n° 4. Ce règlement prévoit des modalités pour qu'il n'y ait pas dédoublement de procédures ; les autorités de concurrence des États membres sont dessaisies lorsque la Commission intente une procédure ; considérant n° 17.

l'article 81 interdit tout accord restrictif qui a pour effet d'empêcher ou de restreindre la concurrence à l'intérieur du marché commun. L'article 82 interdit aux « entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci ».

Agissant d'office ou si elle est saisie d'une plainte, la Commission peut obliger par « décision les entreprises et associations d'entreprises à mettre fin à l'infraction » qu'elle constate¹⁷⁹. On ne relève aucune restriction quant à ses moyens de mettre fin à l'infraction, mais selon l'esprit des lignes directrices, on peut entrevoir l'abrogation d'une restriction particulière d'une licence concédée par le pool plutôt que la dissolution de ce dernier. Les personnes physiques et morales qui font valoir un intérêt légitime ainsi que les États membres sont habilités à déposer une plainte.

La Commission peut, dans les cas d'urgence, face à un risque de préjudice grave et irréparable, ordonner des mesures provisoires¹⁸⁰. Elle peut par décision rendre obligatoires certains engagements offerts par les entreprises à l'égard desquelles elle a constaté une infraction¹⁸¹. Lorsque certaines circonstances lui font présumer que la concurrence peut être restreinte ou faussée à l'intérieur du marché commun, la Commission peut mener des enquêtes, notamment sur un type particulier d'accords¹⁸². Dans cette éventualité, elle peut demander les renseignements et effectuer les inspections nécessaires. Elle peut imposer par décision des astreintes pour contraindre les entreprises et associations d'entreprises à mettre fin à une infraction aux articles 81 et 82 du traité¹⁸³.

Signalons que le droit européen de la concurrence peut s'appliquer à des accords ou comportements dont les auteurs sont établis à l'extérieur de l'Union européenne puisque l'article 81 du traité¹⁸⁴ stipule que tout accord est interdit dès qu'il est susceptible d'affecter le commerce entre États membres ou qu'il a l'effet de restreindre la concurrence dans le marché commun.

179. Règlement n° 1/2003, précité, note 63, art. 7.

180. *Ibid.*, art. 8.

181. *Ibid.*, art. 9.

182. *Ibid.*, art. 17.

183. *Ibid.*, art. 24.

184. Précité, note 74.

Il importe aussi d'attirer l'attention sur le pouvoir de la Commission de retirer d'office ou sur plainte¹⁸⁵ le bénéfice de tout règlement d'exemption de l'interdiction d'accords restrictifs de concurrence. Rappelons que si ce règlement d'exemption ne vise pas le pool, il vise toutefois les licences que celui-ci concède aux tiers¹⁸⁶.

Enfin, l'auteur Franzinger souligne que, si la Commission est récemment plus indulgente à l'égard de conventions de licence, elle reste toutefois prudente en ce qui a trait aux modalités des pools¹⁸⁷.

3.4.3 États-Unis

L'article 1 de la *Sherman Act*¹⁸⁸, adoptée en 1890, rend illégales les pratiques restrictives du commerce entre États ou avec les pays étrangers. Son article 2 fait de la création ou de la tentative de création d'un monopole un acte criminel. L'un et l'autre prévoient des amendes élevées et l'emprisonnement.

La *Clayton Act*¹⁸⁹, adoptée en 1914, déclare illégaux des types particuliers de pratiques restrictives du commerce, notamment la discrimination quant aux prix (article 2) ; les contrats d'exclusivité et les ventes liées (article 3) ; et l'acquisition d'entreprises concurrentes, y compris la propriété intellectuelle ou des licences exclusives (art. 7). La *Federal Trade Commission Act*¹⁹⁰ déclare illégale la concurrence déloyale¹⁹¹.

Selon l'article 4 de la *Sherman Act*¹⁹², chaque cour de district des États-Unis a l'autorité d'empêcher toute contravention à cette loi et d'y mettre un terme. Les procureurs généraux des districts ont la responsabilité d'intenter, sous la direction du procureur général des États-Unis, des procédures judiciaires en *equity* à ces fins.

L'article 4 de la *Clayton Act*¹⁹³ prévoit un recours auprès de toute cour de district des États-Unis non seulement pour toute personne qui aurait subi un préjudice à la suite des pratiques restric-

185. *Ibid.*, art. 29.

186. Lignes directrices européennes, précitées, note 1, par. 212, 220.

187. M. R. FRANZINGER, *loc. cit.*, note 3, 1712-1713.

188. Précitée, note 168.

189. 15 U.S.C. §§12-27.

190. 15 U.S.C. §§41-58.

191. Plus précisément, sont illégales les *unfair methods of competition in commerce and unfair or deceptive acts or practices in commerce*.

192. Précitée, note 168.

193. Précitée, note 189.

tives du commerce qui y sont interdites, mais également pour toute personne qui aurait subi un préjudice à la suite d'infractions prévues par la *Sherman Act*¹⁹⁴. L'une et l'autre peuvent recouvrer trois fois les dommages subis¹⁹⁵. L'article 4A de la *Clayton Act*¹⁹⁶ prévoit le même remède pour le gouvernement si les affaires ou la propriété des États-Unis subissent un préjudice à la suite d'une infraction à l'une ou l'autre de ces deux lois.

L'article 5 de la *Federal Trade Commission Act*¹⁹⁷ déclare illégales la concurrence déloyale et les pratiques commerciales déloyales ou trompeuses. Cet article confère à l'organisme le pouvoir d'empêcher entre autres les sociétés de personnes et les entreprises d'exercer une concurrence déloyale ou de recourir à ces pratiques. Ce pouvoir s'appliquera aux pratiques employées dans le commerce avec des pays étrangers dès qu'elles ont un effet sur le commerce intérieur¹⁹⁸. L'organisme procède au moyen d'une plainte signifiée à la société ou l'entreprise, qui peut être suivie d'une ordonnance de mettre un terme à l'infraction soulevée dans la plainte. La Federal Trade Commission peut aussi ordonner la cession d'actions ou d'éléments d'actif.

Outre la Federal Trade Commission, le ministère de la Justice des États-Unis possède le pouvoir de rendre des ordonnances en application des trois lois mentionnées ici¹⁹⁹.

3.4.4 Canada

La *Loi sur la concurrence*²⁰⁰ aménage deux catégories de dispositions qui peuvent fonder une intervention de la part du Bureau de la concurrence dans une entente commerciale concernant la propriété intellectuelle :

- les infractions criminelles, qui comprennent, pour ne mentionner que celles plus pertinentes dans le contexte d'un pool, le complot²⁰¹,

194. Précitée, note 168.

195. Ainsi que le coût de la poursuite, y compris des frais raisonnables d'avocat.

196. Précitée, note 189.

197. Précitée, note 190.

198. C'est ce que l'on peut conclure sommairement de cet article.

199. N. BYRNE et A. McBRATNEY, *op. cit.*, note 7, p. 437, note 95.

200. Précitée, note 128.

201. Article 45 de la *Loi sur la concurrence*, précitée, note 128. Les lignes directrices canadiennes présentent un exemple hypothétique de pool, dont une modalité serait examinée en vertu de l'article 45 de la loi.

le maintien des prix²⁰², la discrimination par les prix et les prix d'éviction²⁰³ ;

- les affaires civiles qui, dans la partie réservée aux pratiques restrictives du commerce, incluent l'abus de position dominante²⁰⁴, l'exclusivité, les ventes liées et la limitation du marché²⁰⁵, ainsi que le refus de vendre²⁰⁶.

Le Tribunal de la concurrence dispose de vastes pouvoirs. Il peut ordonner à un ou plusieurs fournisseurs de mettre un terme à un refus de vendre imposé par l'un ou l'autre de ces derniers et d'accepter une personne comme client. Il peut interdire l'exclusivité et les ventes liées et prescrire toute mesure qu'il juge nécessaire pour supprimer leurs effets ou rétablir ou favoriser la concurrence. Lorsqu'il conclut à l'existence d'un abus de position dominante, il peut non seulement rendre une ordonnance l'interdisant mais, s'il juge que cette dernière ne suffit pas, il peut, en plus ou au lieu de rendre cette ordonnance, ordonner au contrevenant de se départir d'éléments d'actif ou d'actions.

La loi comporte un recours spécial à l'article 32, qui donne à la Cour fédérale le pouvoir de rendre des ordonnances, à la demande du Procureur général du Canada²⁰⁷, lorsqu'elle juge que l'usage fait d'un droit exclusif conféré notamment par un brevet restreint indûment le commerce ou diminue la concurrence²⁰⁸. Ce pouvoir est très vaste et permet à la Cour :

- de déclarer nul, en totalité ou en partie, tout accord ;
- d'empêcher toute personne d'exécuter l'ensemble ou l'une des stipulations de l'accord ;
- de prescrire l'octroi de licences d'exploitation du brevet ;

202. *Loi sur la concurrence*, précitée, note 128, art. 61.

203. *Ibid.*, art. 50.

204. *Ibid.*, art. 79.

205. *Ibid.*, art. 77.

206. *Ibid.*, art. 75.

207. Le Procureur général agit après que le commissaire de la concurrence (en pratique le Bureau de la concurrence) a fait auprès de lui des démarches en vue d'une mesure prévue à la loi. *Ibid.*, art. 23 ; lignes directrices canadiennes, précitées, note 1, p. 11.

208. Lignes directrices canadiennes, précitées, note 1, p. 4-5 et 11-12.

- de prescrire que tout autre acte soit fait ou omis selon ce qu'elle juge nécessaire pour empêcher cet usage restrictif²⁰⁹.

Ces ordonnances doivent cependant être compatibles avec tout arrangement conclu entre le Canada et tout pays étranger²¹⁰.

La loi prévoit à l'article 9 que six personnes peuvent demander au commissaire à la concurrence de faire enquête lorsqu'elles sont d'avis qu'il existe des motifs de rendre une ordonnance pour mettre un terme à des pratiques restrictives du commerce. L'article 103.1 permet à toute personne de s'adresser au Tribunal de la concurrence afin que celui-ci rende les ordonnances prévues aux articles 75 et 77.

4. CONCLUSION

Le pool de brevets est une réponse du marché au besoin d'une plus grande accessibilité aux connaissances, à moindres frais et à l'intérieur de délais plus assortis aux exigences du moment. L'évolution de l'attitude des autorités de concurrence à l'égard du pool, à partir des années 1990, traduit en quelque sorte un besoin qui s'est manifesté de nouveau, mais avec plus d'acuité, au fur et à mesure que l'économie s'appuyait davantage sur le savoir. La similarité ou la convergence des lignes directrices et des dispositions législatives au Japon, au sein de la Communauté européenne, aux États-Unis et au Canada crée un cadre assez uniforme. Il en résulte une plus grande prévisibilité pour les entreprises, favorable à l'innovation et à l'intérêt général. Les larges pouvoirs et les recours semblables dont disposent les diverses autorités de concurrence à l'égard du pool apportent un contrepois suffisant. Elles sont en effet en mesure d'empêcher des pratiques anticoncurrentielles et de rétablir une saine concurrence.

Les avis sont partagés sur l'effet du pool de brevets sur l'innovation : certains constatent que le pool la stimule alors que d'autres prétendent à un effet opposé. Une meilleure connaissance sur la manière d'inciter l'innovation dans diverses industries serait très utile. Dans l'intervalle, le pool structuré selon les orientations des lignes directrices examinées ici peut subsister sans empêcher une saine concurrence. On ne saurait cependant trop insister sur l'importance des règles de fonctionnement et de gouvernance du pool déterminées par une entité de gestion distincte des membres de celui-ci.

209. *Loi sur la concurrence*, précitée, note 128, al. 32(2) a), b), c) et e).

210. *Ibid.*, par. 32(3).