

DOSSIERS

2001. III et IV

PROPRIETE INTELLECTUELLE

onditions de brevetabilité...
ouveauté... antériorité de toutes
ces... combinaison... emploi
niveau... activité inventive...
s documentaire... restaura-
n... certificat d'utilité... ces-
n... combinaison de moyens
nnus... licence obligatoire...
es... contrefaçon... action...
sie-contrefaçon... divulga-
n... action en revendication...
ssession personnelle... nullité...



**TRANSFERT DE TECHNOLOGIE
ET BREVETS DE LOGICIELS :
LA COMMISSION PREND
LES DEVANTS**

Invention d'employé... l'homme du
métier... l'office européen des brevets...
procédure d'examen... contenu de la
demande de brevet européen... rôle
des examinateurs... représentation
devant l'O.E.B... le brevet commu-
nautaire émanation du Traité
C.E.E... P.C.T... sous licence...
contrat de communication de savoir-
faire... compétence... arbitrage...

Transfert de technologies et brevets de logiciels : La Commission prend les devants

- Deux documents récents diffusés par la Commission des communautés européennes et ci-après reproduits, retiendront l'attention des juristes de propriété industrielle.

-1.- Le premier concerne la réforme promise du Règlement n°240/96 concernant l'application de l'article 81§1 du traité à des catégories d'accords de transferts de technologie. En application de l'article 12 de celui-ci, la Commission est tenue de procéder à une évaluation régulière de l'application de ce dispositif. **Le Rapport d'évaluation de la commission du 20 décembre 2001** (ci-après reproduit) conclut à l'opportunité d'une révision approfondie de ce texte.

Pour l'essentiel le Règlement n°240/96 est jugé *légaliste et formaliste* et ne serait plus conciliable avec les récentes réformes intervenues en matière d'accords verticaux et horizontaux (Règlement n° 2790/1999 pour les accords verticaux, règlements n°2658/2000 pour les accords de spécialisation et n° 2659/2000 pour les accords de R&D), alors que ces textes instruisent une évolution majeure du droit communautaire de la concurrence marquée par une orientation plus économiste et pragmatique. En réalité c'est la pertinence de la démarche qui consiste à transposer au domaine du droit de la concurrence des qualifications juridiques de droit interne qui est remise en cause. Les qualifications traditionnelles du droit interne (Communication de savoir-faire, licence ou cession de brevet) sont essentiellement conçues à fin de répondre à un besoin juridique de régulation des relations entre les parties contractantes (formation du contrat, obligations *inter partes*...), alors que la perspective qui préside à une réglementation de droit de la concurrence est de toute autre nature. Ainsi, le champ d'application de l'actuel règlement est jugé trop étroit. Il devrait alors être élargi à d'autres types de droits de propriété intellectuelle tels que les accords sur le droit d'auteur, spécialement pour le secteur des logiciels, les dessins ou modèles et les marques (point 114), ainsi qu'à d'autres formes d'accords (exclusivité liée à un domaine d'utilisation particulier). D'autre part le règlement actuel privilégierait la concurrence intra-marque et n'accorderait pas une importance suffisante aux accords inter-marques. Dès lors, si la validité du règlement n°240/96 s'étend jusqu'au 31 mars 2006, la réforme en cours du règlement n° 17 qui prévoit que les autorités et juridictions nationales seront désormais compétentes pour l'application de l'article 81§3 pourrait conduire à anticiper la réforme de ce texte.

- Il s'ensuit, pour la Commission, qu'il convient de réexaminer de manière complète et équilibrée les principales questions de concurrence soulevées par les accords de transfert de technologies (point 112). Les nouvelles règles pourraient prendre la forme d'un règlement-cadre d'exemption par catégorie, à la portée très vaste, associé à des lignes directrices ; l'ensemble devant amener la Commission à définir une liste désormais limitée de restrictions flagrantes (point 178). La Commission soumet ainsi à consultation publique le cadre de la future réglementation sur laquelle elle invite les tiers à formuler leurs observations avant le 26 avril 2002 (point 192).

- Le cadre du prochain règlement est alors présenté comme suit :

« La première et principale distinction doit s'établir entre les accords de licence conclus entre concurrents et ceux conclus entre non concurrents. La Commission devra déterminer comment cette distinction peut et doit être établie dans la pratique [...] ».

En ce qui concerne la concession de licences entre non concurrents, la future exemption par catégorie

- *pourrait traiter les restrictions qui ne sont pas liées à l'exploitation du DPI (Droit de Propriété Intellectuelle) concédé, comme les clauses de non concurrence et la subordination, de la même manière que le règlement n°2790/99 (seuil de 30 % de parts de marché, exclusion de certaines restrictions flagrantes et application de certaines conditions) ;*
- *pourrait limiter son application à certaines restrictions liées à l'exploitation du DPI concédé, telles que les restrictions territoriales, en matière de clientèle et de domaine d'utilisation, au moyen d'un seuil lié à la position dominante. L'exemption par catégorie prévoirait une liste limitée de restrictions flagrantes concernant en particulier les restrictions en matière de prix et, éventuellement, certaines restrictions territoriales. Elle peut également comporter des conditions excluant certaines restrictions (caractère dissociable) ;*
- *prévoirait qu'au dessous du seuil de parts de marché et du seuil de position dominante, le mécanisme de retrait soit maintenu.*

Un tel traitement instituerait, pour les restrictions qui ne sont pas liées à l'exploitation du DPI concédé, une cohérence avec le règlement d'exemption par catégorie n°2790/99. Par rapport au règlement ECTT (règlement d'Exemption par Catégorie en faveur du Transfert de Technologie), cela signifierait que certaines restrictions qui figurent actuellement sur les listes noire ou grise seraient exemptées à concurrence d'un certain seuil de parts de marché. L'autre possibilité consiste à ne pas couvrir les restrictions de cette nature, comme c'est actuellement le cas dans le règlement ECTT .

Pour les restrictions qui sont liées à l'exploitation du DPI concédé, comme les exclusivités territoriales, en matière de clientèle et en matière de domaine d'utilisation, le seuil lié à la position dominante sera non seulement nécessaire en raison de la dernière condition énoncée à l'article 81, paragraphe 3, mais également utile pour prendre en considération d'éventuels risques de verrouillage du marché. Un tel seuil ne serait applicable que si l'accord relève de l'article 81, paragraphe 1, par exemple en cas de verrouillage du marché. Un ensemble de lignes directrices accompagnant le futur règlement pourraient décrire les situations dans lesquelles des licences exclusives ne sont pas susceptibles de tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, en tenant compte, notamment de la situation qui règnerait sur le marché en l'absence de la licence en question. Une liste de restrictions flagrantes plus limitée serait également appliquée, de sorte que certaines restrictions ne seraient plus illicites en soi : il pourrait s'agir, notamment, de restrictions liées à la quantité, de certaines restrictions liées à la répartition de la clientèle et de l'instauration de prix maximums et de prix recommandés. Les restrictions territoriales requerraient une approche plus nuancée. La liste des restrictions flagrantes, tout en étant fondée sur le règlement d'exemption par catégorie n°2790/99, doit prendre en considération les caractéristiques spécifiques des accords de licence.

En ce qui concerne la concession de licences entre concurrents, la future exemption par catégorie

- *pourrait être limitée par un seuil de parts de marché pouvant aller jusqu'à 25% ;*

- contiendrait une liste de restrictions flagrantes qui, directement ou indirectement,
 - fixent les prix,
 - limitent la production ou les ventes
 - répartissent des territoires ou des clients ;
- pourrait devoir comporter une liste de conditions excluant certaines restrictions (caractère dissociable).

Il en résulterait une cohérence avec le règlement d'exemption par catégorie n°2659/2000. Par rapport au règlement ECTT, il s'agirait donc d'une approche plus nuancée en ce qui concerne les accords de mise en commun, les accords de concession réciproque de licences, les accords de licence portant sur des entreprises communes et les restrictions qui ne concernent pas l'exploitation du DPI lui-même, telles que les clauses de non concurrence et la subordination. Ces restrictions sont actuellement soit exclues du règlement ECTT, soit inscrites sur la liste noire. Cette approche fournirait, de manière légitime, une protection moins importante aux restrictions territoriales convenues entre concurrents dans le cadre d'accords de licence exclusive.

Au-delà des seuils mentionnés, les lignes directrices devraient préciser quelles règles de concurrence sont applicables, en se référant si nécessaire aux lignes directrices en vigueur concernant la coopération horizontale et les restrictions verticales ».

*

- 2.- Le second texte qui ne manquera pas d'appeler intérêt tient à la publication le 20 février 2002 de la **Proposition de directive du Parlement européen et du conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur** (texte ci après reproduit). Prenant appui sur les divergences caractérisées entre les jurisprudences des cours nationales sur la brevetabilité d'une invention liée à un programme, la Commission a mis en évidence la nécessité d'une harmonisation des droits internes sur la question, laquelle amènera à terme la modification du Livre VI du CPI pour y permettre l'accueil de ces logiciels particuliers. Dès après la publication du Livre vert de 1997 sur le brevet communautaire la Commission des communautés européennes ressentait la nécessité de développer une série de consultations sur ce thème, lesquelles se sont prolongées jusqu'à la fin de l'année 2000. Bon nombre des réponses transmises émanaient de particuliers partisans des logiciels libres ; néanmoins, les réponses également fournies par les professionnels des technologies de l'information et de la communication, ainsi que par plusieurs Etats membres soutenaient l'approche proposée par le document de discussion de la Commission. C'est sur cette base qu'a pu être finalisé, et légitimé, le texte aujourd'hui proposé au titre de Proposition de directive.

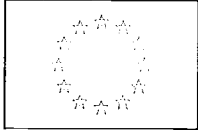
- Le rapprochement des droits nationaux opéré par la Proposition de directive se veut respectueux des principes généraux du droit européen des brevets, tels qu'ils ont évolué dans l'histoire (V. Doc. 2002/0047, reproduit ci-après, Exposé des motifs, p. 12) et tels qu'il sont exprimés par la jurisprudence des chambres de recours de l'OEB (sur les premières décisions en matière de brevetabilité de logiciels, notamment la décision *Viscoms* - T. 208/84 -, v. Cl. Payraudeau, La convention sur le brevet européen, LITEC, Coll. CEIPI, 1999, T.43, préf. Y.Reboul, p.87 s. ; l'étude dirigée par M. Pollaud-Dullian, La brevetabilité des inventions, Etude comparative de jurisprudence France-OEB, Litec, 1997, spéc. p. 69s.). La brevetabilité de l'invention mise en œuvre par ordinateur appelle alors le respect des conditions traditionnelles tenant à l'exigence d'application industrielle, de nouveauté et d'activité inventive (Art. 4.1 Prop.) ; cette dernière

condition suppose que l'invention mise en œuvre par ordinateur *apporte une contribution technique* (Art. 4.2 Prop.). Cette caractéristique constitue la pierre angulaire du régime de brevetabilité des programmes : en codifiant cette exigence la directive devrait assurer qu'il ne sera pas délivré de brevets concernant des méthodes pures notamment pour l'exercice d'activités économiques (*business methods*) comme peut le connaître le système américain des brevets. Pareillement un algorithme abstrait en tant que tel ne saurait être revendiqué ; en revanche, un procédé technique utilisant cet algorithme en l'appliquant à un moyen technique ou à une entité physique, pour entraîner une modification de celle-là, doit pouvoir être considéré comme une invention, mais la revendication de brevet pour une invention reposant sur un algorithme particulier ne devrait pas s'étendre à d'autres applications de cet algorithme. L'apport de la contribution technique est spécialement défini par la Proposition de directive : *la contribution technique est évaluée en prenant en considération la différence entre l'objet de la revendication de brevet considéré dans son ensemble, dont les éléments peuvent comprendre des caractéristiques techniques et non techniques, et l'état de la technique* (Art. 4.3 Prop.). Cette disposition fait écho aux décisions T.26/86 (*Koch & Sterzel, du 21.5.1987*) et T-0931/1995 (*Controlling pensions Benefits du 8.09.2000*) selon lesquelles « *pour décider si une revendication de brevet concerne un programme d'ordinateur en tant que tel, une pondération de ses caractéristiques techniques et non techniques n'est pas nécessaire. Si l'invention définie par la revendication met en œuvre des moyens techniques, elle n'entre pas dans le cadre des catégories exclues de la brevetabilité visées à l'art. 52-2 c) et 3 de la CBE...* » (T.26/86) ; ainsi l'invention doit s'apprécier dans son ensemble, de façon globale, la mise en œuvre de moyens non techniques avec des moyens techniques n'affectant pas le caractère technique de l'ensemble.

- Au delà du respect de la jurisprudence des chambres de l'OEB, le souci de cohérence qui anime la Commission se retrouve encore à l'égard de la directive 91/250 CE du 14 mai 1991 concernant la protection des programmes juridiques d'ordinateur par le droit d'auteur. Ainsi les actes autorisés au titre de cette directive (décompilation, actes nécessaires à l'interopérabilité des systèmes) ne seront pas affectés par la protection octroyée par le brevet (Art. 5 Prop.). On reste cependant plus perplexe sur l'affirmation, présente au cœur de l'exposé des motifs du nouveau texte, selon laquelle la protection par brevet et la protection par droit d'auteur sont complémentaires : *la protection peut être cumulative au sens où un acte impliquant l'exploitation d'un programme particulier peut porter atteinte aux droits d'auteur protégeant le code du programme et à un brevet protégeant les idées et principes sous-jacents à ce programme* (Doc. 2002/0047, préc., p. 9, reproduit ci-après). Il reste que la situation née d'un cumul de droits risque bien demain d'introduire de nouvelles difficultés : à s'en tenir à la seule question de la titularité des droits pour les logiciels de salariés, et alors même que le droit d'auteur français penche ici, par exception, du côté de l'employeur par analogie avec le droit des brevets, il reste que les textes en vigueur dans le Livre Ier et le Livre VI du CPI ne coïncident assurément pas, spécialement sur le régime des inventions dites « hors mission mais attribuables » (sur la comparaison des articles L. 113-9 CPI et L.611-7 CPI, et V. TGI Paris, 6 mars 2001, Dossiers PI, 2001, I et II, n° 6, et JCP, éd.E, 2001, p.1952, note J.Raynard).

- Ce sont ces textes qui sont alors proposés dans leur intégralité au lecteur.

Jacques Raynard



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 20.12.2001
COM(2001) 786 final

RAPPORT D'ÉVALUATION DE LA COMMISSION
CONCERNANT LE RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE N° 240/96 EN
FAVEUR DU TRANSFERT DE TECHNOLOGIE
ACCORDS DE TRANSFERT DE TECHNOLOGIE RELEVANT DE L'ARTICLE 81

RAPPORT D'ÉVALUATION DE LA COMMISSION
CONCERNANT LE RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE
N° 240/96 EN FAVEUR DU TRANSFERT DE TECHNOLOGIE
ACCORDS DE TRANSFERT DE TECHNOLOGIE RELEVANT DE
L'ARTICLE 81

Table des matières

1	Introduction.....	4
2	Principales caractéristiques du règlement ECTT	5
2.1	Le champ d'application du règlement ECTT	6
2.2	Règles applicables à des restrictions spécifiques.....	8
3	Principes généraux applicables aux politiques de propriété intellectuelle et aux politiques de concurrence.....	10
3.1	Les objectifs du droit de la propriété intellectuelle et ceux du droit de la concurrence sont-ils antagonistes?.....	11
3.2	La politique de concurrence communautaire dans le domaine des DPI	13
3.3	La politique de concurrence des États-Unis dans le domaine des DPI	16
3.4	Comparaison.....	19
4.	Enquête sur la mise en oeuvre du règlement ECTT.....	20
4.1	Observations des parties intéressées	21
4.1.1	Observations concernant les activités actuelles de concession de licences.....	21
4.1.2	Observations concernant le règlement ECTT	24
4.2	Mise en œuvre par la Commission	27
4.2.1	Statistiques	27
4.2.2	Questions soulevées dans les notifications	28
4.2.3	Questions soulevées dans le cadre de plaintes et de procédures d'office	30
4.2.4	Remarques finales	32
4.3	Politique de concurrence des États membres dans le domaine des DPI.....	33
5.	Questions à réexaminer	34
5.1	Le champ d'application du règlement ECTT	34

5.1.1	Types de DPI.....	34
5.1.2	Licences non exclusives.....	35
5.1.3	Licences exclusives	35
5.1.4	Licences multipartites.....	39
5.1.5	Licences réciproques et pools bilatéraux.....	40
5.1.6	Entreprises communes entre concurrents.....	41
5.2	Restrictions spécifiques	41
5.2.1	Restrictions en matière de territoire et de clientèle.....	41
5.2.2	Restrictions en matière de production et licences de site	42
5.2.3	Obligations de non-concurrence	44
5.2.4	Subordination	45
5.2.5	Clauses de rétrocession	46
5.2.6	Clauses de non-contestation	46
6.	Conclusions et options pour l'avenir	47

1 INTRODUCTION

(1) En application de l'article 12 du règlement n° 240/96, la Commission est tenue de procéder à une évaluation régulière de l'application du règlement d'exemption par catégorie en faveur du transfert de technologie (ci-après dénommé le "règlement ECTT"), notamment en ce qui concerne la procédure de non-opposition prévue à son article 4¹. À cet effet, la Commission est tenue d'élaborer un rapport en vue d'apprécier si une adaptation du règlement ECTT est souhaitable. Le présent rapport contient cette appréciation et invite les tiers (entreprises, associations de consommateurs, etc.) à présenter leurs observations à ce sujet.

(2) Plusieurs arguments plaident en faveur d'un réexamen approfondi de la politique de la Commission dans le domaine des accords de transfert de technologie.

(3) Le règlement ECTT est formaliste et suit une approche légaliste similaire à celle adoptée dans le passé par la Commission dans le domaine des accords verticaux et horizontaux. Le règlement ECTT a une portée plutôt étroite, puisqu'il ne couvre que certains types d'accords de licence exclusive. Le bénéfice de l'exemption par catégorie dépend d'un grand nombre de critères formels complexes présentés sous la forme de listes de clauses "blanches", "grises" ou "noires". L'accent est mis surtout sur la concurrence intramarque et l'intégration du marché. Cela soulève la question de savoir si le règlement ECTT a enfermé l'activité économique dans une camisole de force, forçant indûment les entreprises à conclure des accords qui limitent leur efficacité et risquent de restreindre la compétitivité de l'industrie européenne.

(4) Les récentes réformes des règles de concurrence communautaires applicables aux accords verticaux et horizontaux ont marqué le passage d'une approche légaliste et formaliste à une approche plus économique et pragmatique, mettant davantage l'accent sur la concurrence inter-marques et sur l'analyse de l'efficacité possible de certaines restrictions. Les mesures prises à cet effet incluent l'utilisation de seuils de parts de marché, l'élimination des listes de clauses blanches et grises dans les règlements d'exemption par catégorie applicables en la matière et la formulation de lignes directrices².

(5) Ces réformes ont également porté sur des aspects liés aux droits de propriété intellectuelle (ci-après dénommés "DPI"). Ainsi, le règlement n° 2790/1999 (Exemption par catégorie d'accords verticaux) couvre les accords de cession ou d'utilisation de DPI qui constituent des dispositions accessoires d'accords verticaux, sous réserve des règles spécifiques qu'il contient (voir l'article 2, paragraphe 3). En outre, en vertu du règlement n° 2658/2000, les règles applicables aux accords de spécialisation s'appliquent aussi aux dispositions accessoires concernant les DPI. Enfin, le règlement n° 2659/2000 fixe de

¹ Règlement (CE) n° 240/96 de la Commission concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, JO L 31 du 9.12.1996, p. 2 à 13.

² Respectivement le règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission pour les accords verticaux (JO L 336 du 29.12.1999), le règlement (CE) n° 2658/2000 pour les accords de spécialisation et le règlement (CE) n° 2659/2000 pour les accords de R&D (tous deux publiés au JO L 304 du 5.12.2000), ainsi que les lignes directrices sur les restrictions verticales (JO C 291 du 13.10.2000) et les lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale (JO C 3 du 6.1.2001).

nouvelles règles concernant le développement et l'exploitation en commun de DPI issus d'accords de R&D. Ces nouvelles règles ont modifié l'approche de la Commission en matière de DPI. Il est par conséquent nécessaire de procéder à un réexamen approfondi du règlement ECTT pour voir s'il existe des incohérences entre celui-ci et ces règlements d'exemption par catégorie plus récents.

(6) La nécessité d'un réexamen approfondi du règlement ECTT est encore renforcée par la réforme en cours du règlement n° 17³. Il est proposé, dans le cadre de cette réforme, que les autorités et les juridictions nationales soient compétentes pour appliquer directement l'article 81, paragraphe 3, du traité. Des règles claires et cohérentes sont une condition sine qua non pour garantir une application prévisible.

(7) La réforme du règlement n° 17 implique aussi, en particulier, la nécessité d'examiner la procédure d'opposition prévue par le règlement ECTT. Cette procédure concerne les clauses dites "grises" qui ne relèvent pas du champ d'application de l'exemption par catégorie et pour lesquelles le règlement ECTT prévoit un mécanisme d'examen rapide basé sur une procédure de notification simplifiée. Comme il est proposé, dans le cadre de la réforme du règlement n° 17, d'abolir le système de notification, il est clair que la procédure d'opposition devra également être abolie et que les clauses "grises" devront soit être couvertes par l'exemption par catégorie soit être traitées comme des restrictions flagrantes. Cela implique un réexamen complet de la politique actuelle en matière d'accords de licence de technologie.

(8) À la lumière de ce qui précède, l'objectif du présent rapport est de soumettre à une consultation publique une analyse de la situation juridique et factuelle actuelle et de présenter des propositions de mesures devant mener à :

- une exemption par catégorie plus simple et éventuellement plus large en faveur des accords de licence de technologie et
- une exemption par catégorie compatible avec les nouvelles règles de concurrence adoptées récemment et avec d'autres évolutions récentes dans le domaine de la politique de concurrence.

2 PRINCIPALES CARACTERISTIQUES DU REGLEMENT ECTT

(9) En adoptant le règlement ECTT en 1996, la Commission a reconnu que le développement économique de la Communauté et sa capacité de se maintenir à la hauteur de ses concurrents au niveau mondial dépendaient de l'aptitude des entreprises à concevoir de nouvelles technologies et à les diffuser dans la Communauté. Le règlement ECTT était donc destiné à jouer un rôle pivot dans le développement de l'innovation au sein de l'économie communautaire et à contribuer à la compétitivité des entreprises opérant dans la Communauté.

(10) En substance, le règlement ECTT visait à concilier trois principaux objectifs. Le premier consistait à simplifier les règles régissant les accords de licence en combinant en

³ Proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO C 365 E du 19.12.2000, p. 284 à 296.

un seul règlement les exemptions par catégorie antérieures en faveur des accords de licence de savoir-faire⁴ et de brevets⁵, afin d'"encourager la diffusion des connaissances techniques dans la Communauté et de promouvoir la fabrication de produits techniquement améliorés" (considérant 3). Le deuxième objectif était de garantir une concurrence effective sur le marché des produits techniquement nouveaux ou perfectionnés. Le troisième était de créer un environnement juridique favorable pour les entreprises qui investissent dans l'Union européenne, en leur garantissant la sécurité juridique et en allégeant la charge administrative résultant des notifications individuelles en application de l'article 81, paragraphe 3.

(11) Pour concilier les objectifs susmentionnés, le règlement ECTT réserve le bénéfice de l'exemption par catégorie aux accords de licence qui répondent à un certain nombre d'exigences formelles. Premièrement, le règlement ECTT ne couvre que les types particuliers d'accords définis à l'article premier, maintenant ainsi l'exemption dans des limites relativement étroites. Deuxièmement, il se fonde sur l'hypothèse selon laquelle toute restriction allant au delà de l'objet du brevet est susceptible de tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1. Troisièmement, il régit les accords contractuels en définissant trois catégories de clauses: i) celles qui n'enfreignent pas en principe l'article 81, paragraphe 1, mais dont la légalité est clarifiée par l'exemption par catégorie ("clauses blanches"); ii) celles qui enfreignent l'article 81, paragraphe 1, et dont la présence entraîne l'exclusion de l'accord tout entier du champ d'application de l'exemption par catégorie ("clauses noires") et iii) celles qui ne sont ni exemptées ni expressément exclues et dont l'appréciation nécessite une analyse au cas par cas ("clauses grises"). Pour cette dernière catégorie, le règlement ECTT prévoit une procédure d'opposition selon laquelle la Commission doit établir, dans un délai donné, si l'accord notifié peut bénéficier de l'exemption par catégorie (voir l'article 4). En outre, l'article 7 permet à la Commission de retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie à des accords ayant des effets incompatibles avec les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3. Conformément à l'article 7, paragraphe 1, tel peut être le cas, en particulier, lorsque le licencié détient une part de marché supérieure à 40%.

2.1 Le champ d'application du règlement ECTT

(12) Le règlement ECTT prévoit l'exemption par catégorie de certains accords de licence exclusive conclus entre seulement deux parties, à des fins de fabrication, d'utilisation et de commercialisation (article 1er, paragraphe 1, et article 10, point 10)). Le règlement ECTT n'est applicable qu'à condition que le licencié fabrique lui-même les produits sous licence ou fournisse lui-même les services sous licence, ou les fasse fabriquer ou fournir pour son compte (considérant 8). Cela exclut les accords ayant exclusivement la vente pour objet (accords de distribution)⁶.

(13) En ce qui concerne le *type de DPI*, le règlement ECTT n'est applicable qu'aux accords purs ou mixtes de licence de brevet ou de savoir-faire. D'autres DPI (en

⁴ Règlement (CEE) n° 2349/84 de la Commission du 23 juillet 1984.

⁵ Règlement (CEE) n° 556/89 de la Commission du 30 novembre 1988.

⁶ Les clauses relatives aux DPI qui constituent des dispositions accessoires d'accords de distribution sont néanmoins couvertes par le règlement n° 2790/1999, comme il est expliqué dans l'introduction.

particulier les marques, les droits sur les dessins et modèles et le droit d'auteur, notamment la protection des logiciels) sont couverts dans la mesure où "une telle licence additionnelle [...] ne comporte que des clauses accessoires" (considérant 6, voir aussi l'article 1er, paragraphe 1, et l'article 5, paragraphe 1, point 4)).

(14) En ce qui concerne le *type d'accord*, le règlement ECTT couvre certaines licences exclusives par lesquelles le donneur de licence s'engage à ne pas désigner d'autres licenciés et/ou à ne pas exploiter lui-même la technologie concédée dans le territoire concédé, et/ou le licencié s'engage à ne pas exploiter la technologie concédée dans le territoire réservé au donneur de licence (article 1er, paragraphe 1, points 1), 2) et 3)). En outre, le règlement ECTT exempte, dans certaines conditions, des accords conférant au licencié exclusif une protection contre les ventes actives et passives de licenciés établis dans d'autres territoires (article 1er, paragraphe 1, points 4), 5) et 6))⁷.

(15) Les accords de licence qui ne répondent pas à ce modèle ne sont pas couverts et ne peuvent bénéficier de l'application de l'article 81, paragraphe 3, qu'après examen au cas par cas sur notification.

(16) En particulier, l'article 5 exclut expressément du bénéfice de l'exemption par catégorie les types suivants d'accords de licence:

(a) "accords conclus entre des membres d'une communauté de brevets ou de savoir-faire, qui concernent les technologies mises en commun" (article 5, paragraphe 1, point 1)), sauf lorsque les parties ne sont soumises à aucune restriction territoriale quant à la fabrication, à l'utilisation et à la mise dans le commerce des produits visés par ces accords ou quant à l'utilisation des technologies mises en commun (article 5, paragraphe 2, point 2));

(b) accords de licence réciproque entre des parties qui sont "concurrentes pour les produits concernés par ces accords" (article 5, paragraphe 1, point 3)), sauf lorsque les parties ne sont soumises à aucune restriction territoriale quant à la fabrication, à l'utilisation et à la mise dans le commerce des produits visés par ces accords ou quant à l'utilisation des technologies concédées (article 5, paragraphe 2, point 2));

(c) accords de licence entre des concurrents détenant une participation dans une entreprise commune et qui portent sur les activités de l'entreprise commune (article 5, paragraphe 1, point 2)), à l'exception des accords de licence conclus entre l'une des parties et l'entreprise commune pour autant que la part de marché cumulée des entreprises participantes n'excède pas 20% - lorsque seule est prévue la production en commun - ou 10% - si l'accord d'entreprise commune couvre également la distribution en commun (article 5, paragraphe 2, point 1)). Ces seuils correspondent aux seuils de parts de marché

⁷ En outre, l'article 1er couvre également, sous certaines conditions, deux types d'accord particuliers, à savoir les accords de licence de brevet ou de savoir-faire obligeant le licencié à commercialiser le produit sous licence exclusivement sous la marque du donneur de licence (article 1er, paragraphe 1, point 7)) et les licences dites "d'utilisation" (article 1er, paragraphe 1, point 8)).

des règlements d'exemption par catégorie antérieurs concernant les accords de spécialisation et de recherche et de développement⁸.

2.2 Règles applicables à des restrictions spécifiques

(17) *Restrictions territoriales.* Le règlement ECTT couvre, en vertu de son article 1er, paragraphe 1, les restrictions interdisant au donneur de licence et au licencié d'exploiter la technologie sous licence sur le territoire exclusif l'un de l'autre. Le terme "exploitation" vise toute utilisation de la technologie concédée, et en particulier la production ainsi que les ventes actives ou passives des produits sous licence sur le territoire de l'autre partie (article 10, point 10)). Il convient de noter que ces dispositions couvrent aussi bien les accords entre non-concurrents que les accords entre entreprises qui, avant l'octroi de la licence, sont en concurrence sur le même marché de produit ou de technologie sous licence. En outre, les restrictions territoriales destinées à protéger un licencié contre les ventes actives et passives d'autres licenciés sont également couvertes (articles 1er, paragraphe 1, points 4), 5) et 6)).

(18) L'exemption de ces restrictions territoriales est soumise à certaines limites de durée qui diffèrent selon le type d'accord et selon que la restriction concerne la protection du donneur de licence vis-à-vis du licencié et inversement ou la protection du licencié vis-à-vis d'autres licenciés. Dans le cas de la protection du donneur de licence vis-à-vis du licencié et inversement dans des licences de brevets, l'exemption est applicable aussi longtemps que le produit sous licence est protégé par des brevets parallèles dans les territoires concernés (article 1er, paragraphe 2). Dans le cas de la protection du donneur de licence vis-à-vis du licencié et inversement dans les licences de savoir-faire, l'exemption est applicable pour une période maximum de dix ans à compter de la date à laquelle le produit sous licence est mis pour la première fois dans le commerce par un des licenciés (article 1er, paragraphe 3). Pour la protection du licencié vis-à-vis d'autres licenciés, le règlement ECTT limite l'exemption des restrictions imposées aux ventes passives à "une période qui n'excède pas cinq ans à compter de la date à laquelle le produit sous licence est mis pour la première fois dans le commerce à l'intérieur du marché commun par un des licenciés" (article 1er, paragraphes 2 et 3), que ce soit pour les licences de brevet ou de savoir-faire. Les accords prévoyant des restrictions territoriales qui excèdent ces durées relèvent de la liste noire (article 3, paragraphe 7). Enfin, l'article 3, point 3), exclut de l'exemption par catégorie les accords contenant des restrictions qui interdisent aux tiers de s'engager dans le commerce parallèle.

(19) *Répartition de la clientèle.* L'article 3, point 4) du règlement ECTT exclut de l'exemption les clauses par lesquelles les parties se répartissent directement ou indirectement la clientèle à l'intérieur d'un même domaine technique d'application ou sur un même marché de produits si les parties sont concurrentes pour les produits contractuels. En outre, le considérant 23 prévoit que "de telles restrictions entre non-

⁸ Règlement (CEE) n° 417/85 de la Commission et règlement (CEE) n° 418/85 de la Commission. Ces règlements ont été remplacés par les règlements 2658/2000 et 2659/2000 de la Commission (voir note de bas de page n° 2). Les nouveaux règlements contiennent des seuils de parts de marché plus élevés, soit respectivement 20 % et 25 %.

concurrents restent soumises à la procédure d'opposition", ce qui revient à dire qu'elles sont considérées comme des clauses grises⁹.

(20) *Domaine d'utilisation.* Les obligations restreignant l'exploitation de la technologie sous licence à un ou plusieurs domaines techniques ou à un ou plusieurs marchés de produits sont généralement considérées comme ne relevant pas de l'article 81, paragraphe 1.

(21) *Restrictions de la production.* L'article 3, point 5), du règlement ECTT prévoit que l'exemption n'est pas applicable lorsque "l'une des parties est soumise à des limitations quant à la quantité des produits sous licence fabriqués ou vendus ou quant au nombre d'actes d'exploitation de la technologie concédée". Cette exclusion générale de l'exemption par catégorie connaît deux exceptions. La première concerne la "licence d'utilisation", dans le cadre de laquelle le licencié ne peut fabriquer le produit sous licence qu'aux fins de son incorporation dans ses propres produits et de sa revente comme pièce de rechange de ses propres produits (article 1er, paragraphe 1, point 8)). La seconde exception couvre les situations dans lesquelles la licence n'est accordée qu'en vue de fournir à un client donné une deuxième source d'approvisionnement (article 2, paragraphe 1, point 13)). La *ratio legis* qui sous-tend ces deux exceptions est que les restrictions quantitatives contenues dans les licences "d'utilisation" et les licences "de deuxième fournisseur" ne tombent pas sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, étant donné que le but de tels accords "n'est pas de créer une source d'approvisionnement indépendante sur le marché" (considérant 23). En outre, l'article 2, paragraphe 1, point 12) et le considérant 24 contiennent des dispositions régissant les licences "de site", c'est-à-dire les licences limitant l'exploitation de la technologie sous licence à un site de production donné.

(22) *Restrictions en matière de prix.* Toute restriction directe ou indirecte portant sur les prix est exclue du bénéfice de l'exemption par catégorie (article 3, point 1)).

(23) *Obligations de non-concurrence.* L'article 3, point 2, du règlement ECTT interdit toute restriction empêchant l'une des parties "d'entrer en concurrence avec l'autre partie, avec des entreprises liées à celle-ci ou avec d'autres entreprises dans les domaines de la recherche et du développement, de la fabrication ou de l'utilisation des produits concurrents et de leur distribution". Toutefois, l'article 2, paragraphe 1, point 18) autorise "la réservation par le donneur de licence du droit de mettre fin à l'exclusivité accordée au licencié et de cesser de lui concéder des perfectionnements [...] et du droit d'exiger que le licencié apporte la preuve que le savoir-faire concédé n'est pas utilisé pour la production de produits et la prestation de services autres que ceux sous licence", au cas où le licencié se tournerait vers des produits ou des technologies concurrents. En outre, l'obligation pour le licencié "de verser une redevance minimale ou de produire une quantité minimale" (article 2, paragraphe 1, point 9)) ou "de fabriquer et commercialiser au mieux le produit sous licence" (article 2, paragraphe 1, point 17)) bénéficient de l'exemption par catégorie.

⁹ Cela implique que les restrictions portant sur la clientèle entraînent la perte du bénéfice de l'exemption par catégorie pour l'accord dans son ensemble si la concession de licence se fait entre concurrents, alors que le bénéfice de l'exemption par catégorie n'est perdu que pour ces restrictions si la concession de licence se fait entre non-concurrents.

(24) *Subordination*. Selon l'article 4, paragraphe 2, point a), il y a subordination lorsque le licencié est obligé "d'accepter, [...], d'autres licences ou de se procurer des biens ou des services qui ne sont pas nécessaires pour assurer une exploitation techniquement correcte de la technologie concédée ou pour garantir la conformité [...] aux spécifications de qualité". Le règlement ECTT qualifie ce type de restrictions de "clauses grises" relevant de l'article 81, paragraphe 1. Elles ne peuvent être exemptées que sur notification, éventuellement dans le cadre de la procédure d'opposition. En outre, en application de l'article 2, paragraphe 1, point 5), la subordination est couverte par l'exemption par catégorie si elle concerne des biens ou des services et dans la mesure où les biens ou les services liés sont "nécessaires" pour assurer une exploitation techniquement correcte de la technologie concédée ou pour garantir la conformité de la production du licencié aux spécifications de qualité minimales.

(25) *Clauses de rétrocession ("Grants-backs")*. L'article 3, point 6), du règlement ECTT inclut dans la liste noire toute obligation pour le licencié de céder au donneur de licence les perfectionnements ou les nouvelles applications de la technologie concédée (c'est-à-dire de lui vendre les DPI qu'il détient sur de telles améliorations). L'article 2, paragraphe 1, point 4), inclut dans la liste blanche l'obligation pour le licencié d'accorder au donneur de licence une licence sur de tels perfectionnements ou nouvelles applications à condition que, s'il s'agit d'améliorations dissociables de la technologie concédée, la licence ne soit pas exclusive et que le donneur de licence prenne l'engagement réciproque de concéder une licence sur ses propres perfectionnements au licencié. Les clauses de rétrocession non réciproque et les clauses de rétrocession exclusive portant sur des améliorations dissociables ne sont ni exemptées ni expressément interdites par le règlement ECTT, mais entrent dans la zone grise des dispositions qui nécessitent une exemption individuelle. La différence tient au fait qu'alors qu'une clause exigeant la cession pure et simple des DPI exclut l'accord dans son ensemble du champ d'application du règlement ECTT, ce dernier type de clauses de rétrocession n'entraîne la perte de l'exemption par catégorie que pour la clause particulière en question.

(26) *Clauses de non-contestation*. Conformément à l'article 4, les clauses interdisant au licencié de contester le caractère secret ou substantiel du savoir-faire concédé ou la validité des brevets concédés sont considérées comme des "clauses grises" soumises à notification en application de la procédure d'opposition. L'article 2, paragraphe 1, point 15) autorise cependant le donneur de licence à résilier l'accord en cas de contestation par le licencié de la validité des DPI concédés.

3 PRINCIPES GENERAUX APPLICABLES AUX POLITIQUES DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ET AUX POLITIQUES DE CONCURRENCE

(27) La relation entre politique de propriété intellectuelle et politique de concurrence est de longue date matière à débat dans les milieux économiques et juridiques. Il est généralement reconnu qu'il n'est pas facile de marier l'innovation et la concurrence et d'aucuns ont fait valoir qu'une telle alliance ne peut que déboucher sur un divorce. La principale source de conflit généralement évoquée consiste dans l'antagonisme possible des objectifs du droit de la propriété intellectuelle et de ceux du droit de la concurrence. Le présent chapitre examine cette présumée source de conflit avant d'analyser comment, dans la pratique, on marie la politique de propriété intellectuelle et la politique de concurrence dans l'Union européenne et aux États-Unis.

3.1 Les objectifs du droit de la propriété intellectuelle et ceux du droit de la concurrence sont-ils antagonistes?

(28) Face au risque que la possibilité de copier l'innovation dès les premiers stades et de profiter indûment des efforts de l'innovateur n'ait pour effet de décourager l'innovation, le droit de la propriété intellectuelle confère certains droits de monopole à l'innovateur. Il lui confère le droit d'empêcher des tiers d'exploiter l'innovation. Le monopole légal que le droit de la propriété intellectuelle confère au titulaire des droits de propriété peut, à son tour, selon que des produits de substitution sont ou non disponibles sur le marché en cause, conduire à la création d'un pouvoir de marché, voire d'un monopole, au sens du droit de la concurrence. Ce processus est à l'origine de la présumée source de conflit évoquée ci-dessus, puisque le droit de la concurrence retirerait ce que le droit de la propriété intellectuelle confère.

(29) En fait, il ne s'agit en principe que d'une source de conflit apparente. En dernière analyse, le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence sont complémentaires, étant donné qu'ils visent tous deux à promouvoir le bien-être du consommateur. Le droit de la propriété intellectuelle a pour objectif de promouvoir le progrès technique dans l'intérêt, en dernier ressort, du consommateur. Il doit, pour y parvenir, trouver un moyen terme entre la surprotection et la sous-protection des travaux de l'innovateur. L'objectif n'est pas de promouvoir le bien-être individuel de l'innovateur. Le droit de propriété inscrit dans le droit de la propriété intellectuelle est conféré pour tenter de garantir à l'innovateur une compensation suffisante pour stimuler son effort de création et d'innovation, sans retarder le processus consécutif d'innovation ni prolonger inutilement la période pendant laquelle les prix sont élevés pour le consommateur. Un retard du processus consécutif d'innovation peut se produire lorsque l'innovation consiste dans l'amélioration d'idées antérieures déjà protégées par un brevet. La période pendant laquelle les prix sont élevés se prolongera inutilement lorsque l'innovation permet au titulaire de DPI d'obtenir un pouvoir de marché sur le ou les marchés en cause où les droits sont exploités et que ceux-ci protègent cette situation de monopole plus longtemps qu'il n'est nécessaire pour stimuler l'effort d'innovation.

(30) Pour trouver un juste milieu entre la sous-protection et la surprotection des travaux de l'innovateur, les DPI diffèrent des droits de propriété "normaux" et sont généralement moins absolus que ceux-ci: ils sont souvent de durée limitée (brevets, droit d'auteur), leur portée est strictement limitée (droit d'auteur, marque), ils ne sont pas protégés contre la création parallèle par des tiers (droit d'auteur, savoir-faire) ou ils perdent leur valeur quand ils tombent dans le domaine public (savoir-faire)¹⁰.

¹⁰ Il n'est pas certain qu'il faille aborder ici la question des marques. Comme l'a fait observer Pitofsky, les marques "supposent un arbitrage économique ayant des implications différentes pour le droit de la concurrence. L'objectif économique du droit des marques n'est pas en général d'encourager l'innovation et la créativité, mais de réduire les coûts de recherche pour le consommateur en identifiant la source des biens, et donc, accessoirement, d'encourager la qualité en protégeant la renommée.". R. Pitofsky, *Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy*, *Antitrust, Technology and Intellectual Property Conference*, Université de Californie, mars 2001. Il convient toutefois de reconnaître que les marques font souvent l'objet de licences couvrant d'autres DPI, tels que savoir-faire et brevets.

(31) La politique de concurrence vise à promouvoir le bien-être du consommateur en protégeant la concurrence en tant que moteur de marchés efficaces, capables de fournir les meilleurs produits aux prix les plus bas.

(32) Il n'est donc pas question de conflit, mais bien de complémentarité et éventuellement d'ajustement au cas par cas. Dans quelle mesure la politique de concurrence doit-elle intervenir et tenter d'améliorer l'équilibre établi par le droit de la propriété intellectuelle? Sur cette question, il existe, d'une juridiction à l'autre, un certain nombre d'orientations générales communes, mais aussi des différences marquées.

(33) Il y a accord sur le rôle positif que la politique de concurrence peut jouer dans la formation du droit de la propriété intellectuelle ("défense de la concurrence"). Le savoir-faire représenté par la politique de concurrence devrait se révéler utile lorsqu'il s'agit de décider de questions telles que le champ d'application et la durée de la protection à accorder en application du droit de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire de déterminer ex-ante le moyen terme à trouver dans le cadre du droit de la propriété intellectuelle.

(34) Les différentes juridictions s'accordent également à reconnaître que la politique de concurrence doit jouer son rôle normal lorsque les DPI sont utilisés pour produire des effets anticoncurrentiels sortant du cadre de leur exploitation. Par exemple, la pratique consistant à subordonner la concession de licence à l'achat d'un produit non couvert par le brevet (subordination) ou à une obligation de non-concurrence doit être traitée en application du droit de la concurrence. Il est aussi généralement admis qu'en pareils cas, la politique de concurrence doit tenir compte des particularités des DPI pour protéger adéquatement l'efficacité dynamique. Par exemple, une obligation de non-concurrence peut être nécessaire pour protéger la confidentialité du savoir-faire transféré ou pour empêcher celui-ci de profiter aux concurrents du donneur de licence.

(35) Les points de vue divergent, en revanche, sur la question de savoir dans quelle mesure la politique de concurrence doit intervenir dans le traitement des cas individuels d'exploitation des DPI, qu'il s'agisse de l'exploitation des droits et de la concession de licence par des sociétés dominantes ou non dominantes. C'est sur ce point que l'on constate des différences marquées entre l'approche suivie dans l'Union européenne et celle en vigueur aux États-Unis. D'une manière générale, la politique de concurrence communautaire a imposé davantage de limites à l'exploitation des DPI que la politique américaine.

3.2 La politique de concurrence communautaire dans le domaine des DPI

(36) Il est déjà difficile, à l'intérieur d'une même juridiction, de définir les rôles respectifs des DPI et de la politique de concurrence. Dans l'Union européenne, la difficulté est encore accrue par le fait que l'octroi des DPI s'effectue encore largement à l'échelon national¹¹. D'une part, l'article 295 (ex-article 222) du traité CE exige que la Communauté respecte les régimes nationaux de propriété et l'article 30 (ex-article 36) du traité CE prévoit une dérogation particulière aux dispositions du traité concernant la libre circulation lorsqu'elles sont incompatibles avec des DPI nationaux. D'autre part, la Cour a également souligné la nécessité de protéger les principes fondamentaux de la libre circulation et de la concurrence à l'intérieur de la Communauté. C'est pourquoi la Cour a développé la distinction entre l'octroi ou l'existence de DPI, qui ne peuvent être affectés par les règles relatives à la libre circulation et les règles de concurrence, et leur exercice, qui peut être affecté par ces autres dispositions du traité CE.

(37) Par exemple, dans l'arrêt *Consten-Grundig*, la Cour a considéré que les articles 30 et 295 "ne s'opposent pas à toute incidence du droit communautaire relative à l'exercice des droits nationaux de propriété industrielle. L'article 36 [à présent l'article 30] ... ne saurait limiter le champ d'application de l'article 85 (à présent l'article 81)"¹². En ce qui concerne l'article 295, la Cour a spécifié que "l'injonction, contenue à l'article 3 du dispositif de la décision [de la Commission] attaquée, de ne pas utiliser les droits nationaux relatifs à la marque aux fins d'entraver les importations parallèles, sans toucher l'attribution de ces droits, en limite l'exercice dans la mesure nécessaire à la réalisation de l'interdiction découlant de l'article 85, paragraphe 1 [à présent l'article 81, paragraphe 1]"¹³.

(38) Dans le contexte de la distinction entre l'existence et l'exercice d'un DPI, la notion d'"objet spécifique" du DPI a été élaborée par la Cour. L'objet spécifique est l'ensemble essentiel de droits qui constitue le DPI proprement dit. Selon certains, l'utilisation normale d'un DPI, qui vise à garantir au titulaire le bénéfice de l'objet spécifique de ce droit, est considérée comme préservant l'existence du droit et ne peut céder le pas aux dispositions

¹¹ La situation évolue lentement à mesure que la législation communautaire engendre des DPI nouveaux ou harmonisés dans l'ensemble de l'Union. Cette législation couvre en particulier les marques (directive 89/104 du Conseil du 21 décembre 1988), le droit de location et de prêt (directive 92/100 du Conseil du 16 novembre 1992), l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur (directive 93/98 du Conseil du 29 octobre 1993), les droits applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble (directive 93/83 du Conseil du 27 septembre 1993), la protection juridique des bases de données (directive 96/9 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996), les inventions biotechnologiques (directive 98/44 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998) et les dessins ou modèles (directive 98/71 du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1998). Parmi les nouvelles mesures législatives en cours d'adoption figurent une proposition de directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information et une proposition de directive sur la protection des inventions par des modèles d'utilité. En outre, la Commission a adopté récemment une proposition de règlement du Conseil sur le brevet communautaire (COM (2000) 412 final).

¹² *Consten Grundig/Commission*, Recueil 1966, p. 429. Voir aussi *Parke Davis/Probel*, Recueil 1968, p. 81, et *Deutsche Grammophon*, Recueil 1971, p. 487.

¹³ Voir la note de bas de page précédente.

du traité concernant la concurrence¹⁴. L'objet spécifique et l'existence sont donc des notions qui se chevauchent, bien que la façon dont il convient d'appliquer les notions d'"utilisation normale" et de "bénéfice" dans des cas concrets n'apparaisse pas toujours clairement. D'autres font valoir que l'existence ne couvre que le pouvoir des États membres de déterminer les conditions d'octroi des DPI. Dans cette optique, l'utilisation du DPI pour garantir le bénéfice de l'objet spécifique de ce droit peut en principe être examinée au regard des règles de concurrence, bien qu'elle puisse ne pas relever de ces dispositions pour d'autres raisons telles que la justification objective¹⁵.

(39) À des fins d'appréciation, il est important de noter que la Cour et la Commission ont toujours étroitement défini l'objet spécifique¹⁶. Il est clair que la possession d'un DPI donne au titulaire le droit d'accorder des licences et de réclamer des redevances. Toutefois, la Cour et la Commission ont toujours considéré que les conditions de la licence pouvaient relever des articles 81 et 82.

(40) Par exemple, il découle de l'article 82 que les conditions d'une licence ne peuvent comporter de discrimination entre licenciés et que les redevances imposées ne peuvent être excessives. Dans l'arrêt *Magill*, la Cour de justice a même établi qu'une entreprise dominante peut, dans certaines conditions, être forcée d'accorder une licence à une tierce partie¹⁷.

¹⁴ K. Coates et J. Finnegan, *Intellectual Property*, chapitre 8, paragraphe 8.27, dans *The EC Law of Competition*, de J. Faull & A. Nikpay, 1999.

¹⁵ S.D. Anderman, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, 1998, chapitre 2.

¹⁶ Aux fins du droit communautaire, la Cour a défini, dans l'affaire *Centrafarm BV/Sterling Drug*, l'objet spécifique d'un brevet comme étant "d'assurer au titulaire, afin de récompenser l'effort créateur de l'inventeur, le droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation de produits industriels, soit directement, soit par l'octroi de licences à des tiers, ainsi que le droit de s'opposer à toute contrefaçon". Le savoir-faire ne bénéficie pas d'une protection juridique spécifique, mais les détenteurs de savoir-faire peuvent protéger celui-ci au moyen de la législation générale sur la confidentialité. Bien qu'il n'existe pas de définition unique de l'objet spécifique du droit d'auteur, la jurisprudence a mis en évidence un certain nombre d'éléments typiques tels que le droit de décider de la première commercialisation de l'œuvre (affaire *Gema*), le droit de réclamer des droits pour la diffusion publique (affaire *Coditel II*) et le droit de donner une œuvre en location (affaire *Warner Brother/Christiansen*). Voir aussi les arrêts du 22 septembre 1998 dans l'affaire C-61/87, *Egmont Film*, et du 28 avril 1998 dans l'affaire C-200/96, *Metronome*.

¹⁷ Affaires jointes C-241/91P et C-242/91P *Radio Telefís Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP)/Commission*, Recueil 1995, p. I-74. L'application de l'article 82 aux DPI ne sera pas examinée plus en détail dans le présent rapport.

(41) La jurisprudence et le règlement ECTT ont également établi clairement que les conditions contenues dans un accord de licence pouvaient relever de l'article 81, paragraphe 1. Cela vaut pour les conditions qui affectent la concurrence en général, tant intramarque qu'inter-marques. Par exemple, dans la liste des clauses noires contenue dans le règlement ECTT, on trouve des clauses relatives à la concurrence inter-marques, telles que les obligations de non-concurrence et des clauses relatives à la concurrence intramarque, telles que les restrictions territoriales d'une durée excessive et les restrictions de prix liées à la vente d'un produit sous licence¹⁸.

(42) Le règlement ECTT ne distingue pas clairement les accords de licence conclus entre concurrents de ceux conclus entre non-concurrents et ne prévoit pas d'approche cohérente à l'égard des premiers (voir aussi la section 5.1). Il applique une approche axée sur les clauses aux accords de licence non réciproque et croisée entre concurrents, subordonnant la couverture des accords à la condition qu'ils contiennent (ou ne contiennent pas) certaines clauses. Il ne couvre cependant les accords de licence entre concurrents se rapportant aux activités d'une entreprise commune qu'au-dessous de certains seuils de parts de marché (voir la section 2.1 du présent rapport).

(43) Le règlement ECTT n'est pas non plus suffisamment clair sur le point de savoir à partir de quel moment des entreprises sont considérées comme concurrentes. Il définit, à son article 10, point 17), les "fabricants concurrents" ou les "fabricants de produits concurrents" comme "les fabricants qui offrent des produits qui, eu égard à leurs propriétés, à leur prix et à l'usage auquel ils sont destinés, sont considérés par les utilisateurs comme interchangeable ou substituables aux produits sous licence". Cette disposition a généralement été interprétée et appliquée comme définissant les concurrents de manière plutôt large. Les parties à un accord de licence qui étaient concurrentes avant l'innovation sont toujours considérées comme étant en concurrence lorsque le procédé de fabrication sous licence ou le produit breveté constitue une découverte capitale au point d'entraîner la disparition de toute concurrence en l'absence de licence.

(44) C'est dans le domaine des restrictions territoriales que l'interaction entre droit de la propriété intellectuelle et droit communautaire de la concurrence est la plus complexe. Pour déterminer si une restriction interdisant au licencié de vendre activement ou passivement les produits sous licence dans les territoires du donneur de licence ou d'autres licenciés peut tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, il est nécessaire de traiter une autre question, qui a trait à l'épuisement des DPI. Un licencié peut s'opposer à l'importation sur son territoire du produit sous licence lorsque celui-ci a été commercialisé sans l'autorisation du donneur de licence. Cela vaut pour les exportations effectuées vers le territoire du licencié par des producteurs ou des commerçants tiers qui ont commercialisé le produit sans l'autorisation du donneur de licence. Cela ne vaut pas, en revanche, pour les exportations réalisées par des commerçants tiers qui ont obtenu le produit d'autres licenciés ou du donneur de licence, donc avec l'autorisation de ce dernier, ni pour les exportations effectuées par d'autres licenciés ou par le donneur de licence, puisque, dans ce cas également, le produit est commercialisé avec l'autorisation du

¹⁸ Il convient de souligner qu'il n'est pas toujours possible d'opérer la distinction entre les restrictions de concurrence intramarque et inter-marques. Par exemple, il est généralement reconnu que la pratique des prix imposés peut avoir une incidence sur la concurrence tant intramarque qu'inter-marques.

donneur de licence. La mesure dans laquelle un accord de licence peut limiter les ventes actives ou passives du donneur de licence ou du licencié sur le territoire l'un de l'autre ou sur celui d'autres licenciés doit donc être examinée au regard de l'article 81.

(45) En conclusion, l'approche suivie par la politique de concurrence communautaire à l'égard des accords de licence reconnaît effectivement l'existence du monopole conféré par le droit de la propriété intellectuelle, mais cela n'implique pas que l'exercice ou l'exploitation de ce monopole ne puisse faire l'objet d'un examen approfondi en application des règles de concurrence. Le donneur de licence et les licenciés sont des entreprises séparées, qui sont traitées en tant que telles. Les règles de concurrence n'acceptent pas n'importe quelle restriction susceptible d'aider le donneur de licence à tirer un profit maximum de son monopole. Par exemple, s'il est clair que pour rentabiliser au maximum le monopole, le donneur de licence peut souhaiter imposer aux licenciés des restrictions relatives aux prix qu'ils pratiquent, à leur production, ou encore aux territoires sur lesquels ou aux clients auxquels ils peuvent vendre le produit sous licence, de telles restrictions peuvent tomber sous le coup des règles de concurrence communautaires.

3.3 La politique de concurrence des États-Unis dans le domaine des DPI

(46) L'approche américaine, telle qu'elle est définie dans les Lignes directrices antitrust pour la concession de licences de propriété intellectuelle publiées par le ministère de la justice et la commission fédérale du commerce (ci-après: "les lignes directrices américaines")¹⁹, diffère de l'approche communautaire. Les lignes directrices américaines formulent trois principes généraux: a) aux fins de l'application de la politique de concurrence, la propriété intellectuelle est considérée comme toute autre forme de propriété; b) la propriété intellectuelle n'est pas présumée créer un pouvoir de marché et c) la concession de licence est généralement considérée comme favorable à la concurrence²⁰. Des problèmes de concurrence peuvent se poser lorsque l'accord de licence restreint la concurrence entre des sociétés qui auraient été des concurrents effectifs ou potentiels en l'absence de la licence (entreprises en situation de relation horizontale)²¹. Le titulaire de la propriété intellectuelle ne sera pas tenu de créer une concurrence pour sa propre technologie, c'est pourquoi il devrait en principe être libre d'imposer dans un accord de licence les restrictions qui lui permettent de faire ce qu'il aurait également pu faire par ses propres moyens. Non seulement l'approche américaine reconnaît l'existence du monopole conféré par le droit de la propriété intellectuelle, mais elle respecte aussi, d'une manière générale, le droit du titulaire des DPI d'exploiter pleinement ceux-ci en imposant dans un accord de concession de licence les restrictions nécessaires pour rentabiliser au maximum les DPI.

¹⁹ *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, U.S. Department of Justice et Federal Trade Commission, avril 1995.

²⁰ Lignes directrices américaines, section 2.0.

²¹ Lignes directrices américaines, section 3.1.

(47) Les limitations imposées par la politique de concurrence à la liberté du donneur de licence sont de deux ordres. Premièrement, la politique de concurrence peut intervenir lorsque les restrictions contenues dans l'accord de licence s'appliquent à des produits ou à des procédés non brevetés. Par exemple, si le donneur de licence est titulaire d'un brevet couvrant le procédé de fabrication mais non le produit fabriqué par le licencié, la fixation du prix de vente du produit qui doit être appliqué par le licencié est considérée comme une forme de fixation verticale illégale des prix en application des règles de concurrence²². De même, lorsque l'accord de licence impose au licencié une clause de non-concurrence qui lui interdit de produire ou de vendre des produits concurrents, cette restriction est traitée comme dans tout autre accord vertical. Cela vaut aussi pour la subordination de l'accord de licence à l'achat par le licencié d'un autre bien ou service.

(48) Une deuxième limitation, qui est aussi plus importante, tient au fait que la politique de concurrence peut intervenir lorsque la concession de licence affecte la concurrence entre des entreprises qui auraient été des concurrents réels ou potentiels en l'absence de l'accord. En pareils cas, si l'accord de licence a des effets négatifs sur les prix, la quantité ou la qualité de biens ou de services sur des marchés existants ou futurs, cet aspect est traité en application des règles de concurrence américaines. Cela concerne en premier lieu des situations où, même sans la concession de licence, le donneur de licence et le licencié seraient des concurrents réels ou potentiels, en ce sens qu'ils se trouvent déjà et resteraient dans une relation de concurrence horizontale. Deuxièmement, cela vaut aussi pour les accords de licence qui, par exemple par une clause de non-concurrence et ou d'exclusivité, excluent les concurrents du donneur de licence (effet de fermeture du marché). Troisièmement, cette limitation pourrait en principe aussi concerner les accords de licence dans lesquels les licenciés se trouvent dans une relation de concurrence horizontale²³.

(49) Dans la pratique, les lignes directrices américaines ne traitent que les deux premières situations. En ce qui concerne les clauses de non-concurrence, il a déjà été indiqué qu'elles pouvaient être attaquées en application des règles antitrust américaines, étant donné qu'elles ne concernent pas l'exploitation des DPI proprement dits, mais d'autres produits ou procédés qui ne sont pas couverts par les DPI. Le principal problème de concurrence est de savoir si les concurrents du donneur de licence sont exclus du marché.

(50) En ce qui concerne la situation dans laquelle le donneur de licence et le licencié seraient également des concurrents réels ou potentiels sur les marchés en question sans l'accord de licence, les lignes directrices américaines se préoccupent surtout des faux accords de licence destinés à masquer une entente. Par exemple, si le procédé de fabrication sous licence ou le produit breveté ne représente pas une amélioration économique par rapport aux techniques existantes ou aux produits non brevetés disponibles et que le brevet n'est pas un brevet de blocage, l'accord de licence n'impliquera

²² Voir W.K. Tom, *Document de référence*, p. 38, *Table ronde sur les droits de propriété intellectuelle*, Comité du droit et de la politique de la concurrence, OCDE, octobre 1997, et N. T. Gallini & M. Trebilcock, *Intellectual Property Rights and Competition Policy: A Framework for Analysis of Economic and Legal Issues*, p. 339, 344 et 345, *Table ronde sur les droits de propriété intellectuelle*, Comité du droit et de la politique de la concurrence, OCDE, octobre 1997.

²³ Lignes directrices américaines, sections 3.1, 3.3 et 4.1.

pas en général un transfert de technologie utile et il ne conduira pas à une intégration de l'activité économique génératrice de gains d'efficacité²⁴. L'accord sera attaqué en application de la "règle per se" (*per se rule*) s'il conduit à la fixation des prix, à l'attribution des marchés ou à la répartition de la clientèle, à la réduction de la production ou à des boycottages.

(51) Lorsqu'un accord de licence entre concurrents ne contient pas de telles restrictions a priori anticoncurrentielles, il ne sera en principe pas attaqué si "le donneur de licence et ses licenciés ne représentent collectivement pas plus de 20% de chaque marché en cause sensiblement affecté par la restriction."²⁵ Au-dessus de cette sphère de sécurité de 20%, la "règle de la raison" (*rule of reason*) est applicable. Dans ce cas, on établira d'abord si la restriction a, ou est susceptible d'avoir, un effet anticoncurrentiel. Dans l'affirmative, on examinera si la restriction est raisonnablement nécessaire pour obtenir des gains d'efficacité pro concurrentiels. On établira s'il existe "...des solutions alternatives faisables et sensiblement moins restrictives.... S'il est clair que les parties auraient pu obtenir des gains d'efficacité similaires par des moyens sensiblement moins restrictifs, les "Agencies" n'accorderont aucun poids à l'argument des parties fondé sur l'efficacité. Aux fins de cette appréciation, les "Agencies" ne s'engageront cependant pas dans la recherche d'une solution alternative théoriquement moins restrictive mais non réaliste étant donné la situation commerciale prospective à laquelle les parties sont confrontées dans la pratique Si la restriction est raisonnablement nécessaire, les "Agencies" pèseront les gains d'efficacité pro concurrentiels et les effets anticoncurrentiels pour déterminer l'effet net probable sur la concurrence sur chaque marché en cause."²⁶

(52) Les parties à un accord de licence qui étaient concurrentes avant l'innovation ne sont plus considérées comme telles lorsque le procédé de fabrication sous licence ou le produit breveté constitue une découverte capitale au point que, sans la concession de licence, la concurrence disparaîtrait. La sphère de sécurité et l'approche fondée sur la "règle de la raison" applicable au-dessus du seuil de parts de marché de 20% valent donc particulièrement pour les accords de licence dans lesquels le procédé de fabrication sous licence ou le produit breveté ne représente qu'une amélioration économique limitée par rapport aux technologies existantes ou aux produits non brevetés disponibles. En pareils cas, s'il existe une relation concurrentielle horizontale entre les parties en l'absence de licence, il devient utile de mesurer la part de marché collective des parties, pour examiner la nécessité des restrictions et en peser les effets positifs et négatifs²⁷.

(53) Aux fins de l'application du seuil de parts de marché de 20%, il est nécessaire d'établir si les effets négatifs de la licence ne se font sentir que sur les marchés de produit ou si la licence produit également des effets sur les marchés des technologies ou sur la concurrence dans le domaine de la recherche et du développement. Dans le premier cas, il

²⁴ Lignes directrices américaines, section 3.4, exemple 7. Voir aussi la mise en cause par la FTC d'un pool de brevets entre Summit Technology et VISX (FTC Dkt. No. 9286 (23 février 1999), *Agreement Containing Consent Order to Cease and Desist*; et *Analysis to Aid Public Comment*, FTC) et les *Business Review Letters* du ministère de la justice concernant les pools de brevets MPEG et DVD (*Business Review Letters* de Joel I. Klein à Garrad R. Beeney, respectivement du 26 juin 1997 et du 16 décembre 1998).

²⁵ Lignes directrices américaines, section 4.3.

²⁶ Lignes directrices américaines, section 4.2.

²⁷ W. Tom, p. 27 et 28.

suffit d'établir les parts de marché sur les marchés de produit en cause. Dans le second, il convient également d'établir les parts de marché sur les marchés des technologies ou de l'innovation en cause. Si, dans le second cas, les données concernant les parts de marché ne sont pas disponibles ou ne reflètent pas fidèlement la situation concurrentielle, la sphère de sécurité sera établie en examinant le nombre de technologies concurrentes indépendantes ou d'entités de recherche disposant des actifs spécialisés nécessaires. Si la restriction n'est pas de prime abord anticoncurrentielle et qu'il existe au moins quatre technologies ou entités de recherche concurrentes en plus des parties à l'accord de licence, l'accord relève de la sphère de sécurité.

3.4 Comparaison

(54) L'approche américaine distingue clairement les accords de concession de licence conclus entre concurrents des accords conclus entre non-concurrents et tire de cette distinction des conclusions déterminantes. L'approche américaine traite avec beaucoup d'indulgence les restrictions qui concernent l'exploitation des DPI proprement dits lorsque le donneur de licence et le licencié ne sont pas des concurrents réels ou potentiels. Elle consiste, en l'occurrence, à considérer que les restrictions affectant le territoire du licencié, sa production, son domaine d'utilisation et même, dans certaines circonstances, ses prix, sont, pour le donneur de licence, des moyens légitimes de tenter de maximiser le revenu qu'il tire des DPI. Cela cadre avec l'approche plus indulgente actuellement mise en œuvre par les États-Unis à l'égard des accords verticaux entre non-concurrents en général, sauf en matière de fixation des prix. Alors que, d'une manière générale, la fixation verticale des prix est une restriction a priori au regard du droit américain de la concurrence et que les lignes directrices américaines précisent que cela vaut aussi lorsque le donneur d'une licence de DPI incorporés à un produit fixe le prix de revente dudit produit par le licencié, ces mêmes lignes directrices spécifient aussi que le titulaire d'un brevet de produit peut fixer dans une licence de fabrication le premier prix de vente du produit breveté à appliquer par le licencié²⁸.

(55) L'approche plus stricte de l'Union européenne à l'égard des restrictions portant sur l'exploitation des DPI proprement dits qui sont contenues dans des accords entre non-concurrents reflète l'importance plus grande que la politique de concurrence communautaire attache aux restrictions intramarque en général et aux restrictions territoriales en particulier. Il est jugé important de protéger la concurrence intramarque étant donné que les coûts de distribution constituent une part substantielle du prix final de la plupart des produits et que la concurrence entre distributeurs peut contribuer à réduire ces coûts. L'approche communautaire découle aussi de la reconnaissance du fait que les licenciés peuvent se trouver dans une relation de concurrence horizontale²⁹. Une attention plus grande est accordée aux restrictions territoriales notamment en raison de l'objectif

²⁸ Cette tension explique probablement pourquoi cette liberté de fixer le prix applicable par le licencié a été limitée dans plusieurs décisions de justice: voir Tom, p. 38; Gallini & Trebilcock, p. 339; lignes directrices américaines, section 5.2.

²⁹ Les lignes directrices américaines, tout en reconnaissant la possibilité que la relation entre licenciés soit horizontale, semblent largement ignorer les conséquences que cela peut avoir pour la concurrence, en adoptant une politique très indulgente à l'égard des restrictions territoriales tant que le donneur de licence et le licencié ne sont pas concurrents.

supplémentaire d'intégration du marché poursuivi par la politique de concurrence communautaire³⁰.

(56) Les différences d'approche sont moins marquées en ce qui concerne les restrictions qui ne se rapportent pas à l'exploitation des DPI proprement dits, telles que les obligations de non-concurrence et la subordination. Les règles de concurrence s'appliquent à ce type de restrictions tant aux États-Unis que dans l'Union européenne. Aux États-Unis, l'approche fondée sur la "règle de la raison" tient compte du pouvoir de marché des parties et de la structure concurrentielle du marché en cause. S'il en va de même dans l'Union européenne pour les accords verticaux en général en application du règlement d'exemption par catégorie 2790/99 et des lignes directrices sur les restrictions verticales, le règlement ECTT inclut en revanche ce type de restrictions dans les listes noires et grises.

(57) On constate à nouveau des différences d'approche plus marquées en ce qui concerne les accords de licence entre concurrents. La politique américaine applique un seuil de parts de marché permettant de définir une sphère de sécurité pour tous les accords de licence entre concurrents, alors que le règlement ECTT ne le fait que pour les accords de licence concernant des entreprises communes. L'application d'une approche axée sur les clauses entraîne souvent l'exclusion des autres accords de licence entre concurrents du champ d'application du règlement ECTT. De plus, la politique américaine utilise une définition plus étroite de la notion d'entreprises concurrentes.

(58) En résumé, l'approche américaine limite davantage les possibilités qu'a la politique de concurrence d'intervenir contre les accords de licence entre non-concurrents. Elle garantit de ce fait un peu plus largement les possibilités du donneur de licence d'exploiter ses DPI lorsque la concession de licence s'effectue entre non-concurrents. Si l'on part de l'hypothèse que le droit de la propriété intellectuelle permet de trouver le juste milieu entre la surprotection et la sous-protection des travaux de l'innovateur, cette approche aide à stimuler l'innovation. Il est possible, cependant, que cette hypothèse ne se vérifie pas dans tous les cas. De plus, il ne faut pas exagérer la différence par rapport à l'approche mise en œuvre dans l'Union européenne étant donné que la politique de concurrence communautaire autorise dans de nombreux cas les mêmes restrictions intramarque, mais se réserve la possibilité d'intervenir dans certaines circonstances si cela se révèle nécessaire. Enfin, l'approche américaine est plus cohérente pour ce qui est des accords de licence entre concurrents.

4. ENQUETE SUR LA MISE EN OEUVRE DU REGLEMENT ECTT

(59) La Commission a réalisé une enquête pour être en mesure de dresser un bilan éclairé du fonctionnement des règles actuelles depuis leur adoption. Un questionnaire a été envoyé aux organisations professionnelles et aux associations de consommateurs, à des entreprises à forte intensité de recherche, à des organismes spécialisés et à des cabinets juridiques. En outre, l'expérience acquise par la Commission dans la mise en œuvre pratique du règlement ECTT a été examinée. Enfin, les autorités de concurrence des États membres ont été invitées à fournir des informations sur leur pratique actuelle en matière

³⁰

Lignes directrices sur les restrictions verticales, point 7.

d'accords de concession de licences de DPI. Les résultats de cette enquête sont résumés ci-dessous.

4.1 Observations des parties intéressées

(60) Le questionnaire envoyé aux parties intéressées était destiné à obtenir des informations factuelles couvrant à la fois les principaux aspects et les nouvelles tendances des activités de concession de licences de technologies, et à comprendre comment le fonctionnement du règlement ECTT est perçu par les tiers. Des réponses ont été reçues d'entreprises appartenant aux divers secteurs d'activité (notamment les secteurs électronique, mécanique, automobile, pharmaceutique, des soins de santé, chimique et alimentaire), ainsi que d'organisations professionnelles et de cabinets juridiques³¹.

4.1.1 Observations concernant les activités actuelles de concession de licences

(61) Les observations indiquent, dans leur majorité, que les activités de concession de licences entre entreprises ont considérablement évolué au cours des dix dernières années, aussi bien qualitativement que quantitativement. Cette évolution semble particulièrement sensible dans certains secteurs (par exemple, l'électronique, les technologies médicales, les nouveaux matériaux, la bioinformatique ou la nanotechnologie).

(62) En termes quantitatifs, la plupart des observations soulignent qu'en général, les entreprises concèdent plus souvent leurs technologies sous licence aujourd'hui qu'elles ne le faisaient dans le passé. Il semble que cette tendance se traduise à la fois par l'élargissement de la gamme des technologies concédées et par l'augmentation du nombre de licences octroyées pour une même technologie. La nécessité de compenser les coûts élevés des portefeuilles de brevets par le revenu des licences est l'une des raisons évoquées pour expliquer cette tendance. En outre, certaines parties indiquent que les activités liées à l'obtention de licences (prise de licence) ont gagné en importance en raison d'un besoin accru de nouveaux produits technologiques que les activités de développement internes ne suffisent pas à satisfaire.

(63) Le développement des activités de concession de licences semble aller de pair avec une hausse générale des investissements des entreprises dans des projets de R&D. Les dépenses de R&D varient considérablement d'un secteur de l'industrie à l'autre. Pour la plupart des entreprises qui ont répondu au questionnaire, elles représentent entre 5% et 10% du chiffre d'affaires annuel total. Dans certains secteurs (par exemple, industrie pharmaceutique, soins de santé), elles tendent à être beaucoup plus élevées. Bien que le revenu des redevances ne représente généralement qu'une fraction du chiffre d'affaires annuel total des entreprises (1% ou moins), il n'en contribue pas moins significativement à la récupération des montants investis dans la R&D.

³¹ Sur 150 questionnaires envoyés, la Commission a reçu des réponses d'environ un quart des destinataires, soit directement, soit indirectement par le biais d'associations professionnelles. Bien que les réponses ne constituent pas nécessairement un échantillon représentatif, les informations reçues ont fourni des indications utiles pour l'élaboration du présent rapport et la consultation publique qui aura lieu après sa publication.

(64) En outre, il convient de noter que certaines entreprises ont récemment mis en place des stratégies de brevetage plus structurées, en réaction à l'importance croissante de la possession et de la concession de licences de DPI pour le maintien d'une position sur le marché. Si, dans le passé, les DPI étaient utilisés pour empêcher les concurrents de se servir d'une innovation exclusive, leur utilisation s'est entre-temps développée sous la forme de stratégies commerciales plus diverses, dont celles consistant à fermer des domaines entiers à la concurrence (stratégies de blocage) et à utiliser les brevets pour créer des standards industriels. Comme de nombreuses entreprises considèrent de plus en plus leurs DPI comme des éléments d'actif négociables, la gestion des DPI et des portefeuilles de brevets tend à constituer une part importante des stratégies commerciales. À cet égard, certains commentateurs considèrent que la connaissance tend à se trouver de moins en moins dans le domaine public et à être davantage protégée par des DPI.

(65) Une organisation fait état, au contraire, d'une diminution générale des activités de concession de licences dans la Communauté, malgré le développement de celles des établissements d'enseignement. Ce recul refléterait des changements tels que la délocalisation des activités de fabrication et de recherche. D'autre part, les organismes publics de recherche et les établissements d'enseignement supérieur semblent prendre conscience du fait que les informations qu'ils mettaient autrefois dans le domaine public peuvent avoir de la valeur et ils cherchent donc à les protéger dans la mesure du possible et à gérer la propriété intellectuelle qui en découle par le biais d'entreprises issues de la recherche universitaire.

(66) Il ressort de la quasi-totalité des observations que, par rapport à la concession de licence, la vente pure et simple des DPI reste une option pour les titulaires de DPI. Certains observateurs estiment que les cessions représenteraient en gros 20% de l'ensemble des transactions portant sur des DPI, les concessions de licence représentant les 80% restants. Une redevance dont le revenu est inférieur au coût de conservation et de protection des DPI, une faible probabilité de succès commercial et la sortie du marché du titulaire de DPI sont les principales raisons qui conduiraient les entreprises à céder leurs DPI plutôt qu'à les concéder sous licence.

(67) D'un point de vue qualitatif, la plupart des commentateurs indiquent que la nature et le type des accords de concession de licence ont considérablement évolué ces dernières années. Ils soulignent, en particulier, que la complexité accrue des nouvelles technologies suppose une collaboration plus poussée et des accords de concession de licence plus complexes. Ces technologies résultent souvent d'une connaissance et d'approches multidisciplinaires, qui obligent les entreprises à collaborer pour tirer parti des compétences complémentaires détenues par d'autres entreprises ou par des organismes de recherche publics. Ainsi, les programmes de concession de licences groupées, les pools technologiques et les concessions de licences croisées sont devenus plus fréquents, notamment dans le contexte de la prolifération des brevets de blocage se trouvant entre les mains de nombreux titulaires au niveau international.

(68) En outre, les activités de concession de licences semblent s'être mondialisées au cours des dernières années. De fait, la tendance à la globalisation et les changements qui en résultent pour la stratégie commerciale des entreprises ont aussi eu une incidence sur le domaine de la R&D. Les grandes entreprises qui disposaient déjà d'installations de production dans plusieurs pays depuis de nombreuses années tendent maintenant de plus en plus à internationaliser leurs activités de recherche. De plus, certains "projets

mondiaux" importants (tels que la station spatiale internationale, le projet du génome humain, la recherche médicale, l'énergie et les télécommunications) supposent tous un degré élevé de collaboration internationale.

(69) En ce qui concerne le type de DPI faisant l'objet des accords de concession de licence, les brevets et le savoir-faire sont généralement considérés comme les plus importants. Les licences de droit d'auteur sont souvent considérées comme importantes, en particulier pour les logiciels et les inventions mises en œuvre par ordinateur. Les licences de dessins et modèles sont considérées comme importantes pour certains secteurs, moins pour d'autres. Les marques ne sont souvent qu'accessoires par rapport aux licences de savoir-faire ou aux accords de distribution ou de fabrication.

(70) Les réponses reçues par la Commission révèlent également une certaine évolution du côté des motivations susceptibles de conduire un titulaire de DPI à concéder une licence ou un fabricant à en obtenir une. Pour ce qui est des titulaires de DPI, on retrouve les justifications classiques de la concession de licence, telles que l'entrée sur un nouveau marché de produits ou la possibilité de combiner des compétences complémentaires en matière de production, en particulier lorsque le donneur de licence ne dispose pas des biens de production nécessaires. En outre, les donneurs de licence accordent de plus en plus d'importance à la possibilité qu'ils ont, par la concession de licence, de créer un nouveau standard industriel, de mettre en place un pool technologique ou des licences groupées, de sortir de situations de blocage ou de régler des différends résultant de chevauchements de brevets. Une connaissance insuffisante des conditions du marché local ou le défaut de capacités de distribution ou de commercialisation sont apparemment considérés comme des facteurs moins importants pour la concession de licences. Certaines observations indiquent également que les activités de concession de licences sont liées à des objectifs tels que la réalisation d'économies d'échelle ou de champ, le maintien de la position sur le marché d'une technologie propre, ou le partage des risques liés à son exploitation.

(71) En ce qui concerne les licenciés, l'incitation la plus forte à prendre une licence semble tenir au partage de compétences complémentaires avec un titulaire de DPI dont la technologie est susceptible de permettre au licencié d'entrer sur un nouveau marché de produit ou de maintenir une position concurrentielle tout en réduisant ses coûts. Cela vaut plus particulièrement lorsque le licencié voit ses propres activités de développement bloquées par les DPI de tiers ou constate qu'il est plus coûteux de réaliser soi-même le développement que de se procurer la technologie auprès de tiers. L'existence ou le risque de litiges concernant des revendications de brevet qui se chevauchent et la possibilité de sortir de situations de blocage sont souvent cités comme des facteurs importants³². Certaines observations indiquent que les activités de prise de licence peuvent également être liées à la création d'un nouveau standard industriel, à l'organisation d'une communauté de brevets ou à la réalisation d'économies d'échelle ou de champ.

³²

Les DPI sont considérés comme étant en situation de blocage mutuel si les titulaires ne peuvent exploiter leurs propres droits sans porter atteinte à ceux des autres.

(72) En outre, les titulaires de DPI semblent généralement plus enclins à concéder des licences à des entreprises non concurrentes, pour éviter de renforcer leurs rivaux, sauf lorsque la concession de licence est destinée à régler ou à prévenir des différends concernant des revendications de brevet conflictuelles. Pour les licenciés, au contraire, le type de partenaire semble moins important, leurs motivations tenant davantage à la nature de la technologie concédée qu'à la position concurrentielle du donneur.

(73) Enfin, en ce qui concerne la nature des investissements nécessités par les contrats de licence, il ressort des observations reçues que les coûts supportés par les donneurs de licence dans le contexte spécifique de la concession de licence (c'est-à-dire à l'exclusion des coûts de R&D encourus) se rapportent principalement à la protection de la technologie concédée (actions en contrefaçon, etc.) ainsi qu'à ses améliorations successives et à la formation du personnel. Les coûts supportés par les licenciés incluent les redevances et les investissements destinés à améliorer la technologie concédée, à commercialiser et à promouvoir les produits sous licence et, dans une moindre mesure, à assurer le service client, à former les distributeurs ou à remplacer l'outil de production.

4.1.2 Observations concernant le règlement ECTT

(74) Les parties intéressées ont également été invitées à présenter des observations concernant le fonctionnement du règlement ECTT. Les questions étaient de caractère général et visaient essentiellement à:

- déterminer les difficultés et les avantages rencontrés par les entreprises dans l'application du règlement ECTT;
- vérifier si les objectifs stratégiques qui sous-tendent le règlement ECTT (à savoir assurer le développement et la diffusion à grande échelle de l'innovation dans l'ensemble de la Communauté tout en protégeant une concurrence effective dans le domaine des produits techniquement nouveaux ou améliorés) ont été atteints dans la pratique et
- établir s'il y a lieu de revoir l'approche actuelle de la Commission en matière de concession de licences de technologies.

Le questionnaire portait aussi sur certaines dispositions du règlement ECTT en particulier. Les vues exprimées en réponse à ces questions particulières sont prises en considération à la section 5 du présent rapport. D'une manière générale, les observations indiquent, dans leur grande majorité, qu'en dépit de certains avantages, le règlement ECTT comporte un certain nombre d'insuffisances graves.

(75) Tous les commentateurs reconnaissent, par ailleurs, que le règlement ECTT présente l'avantage d'être de portée plus large et d'application plus aisée que les règlements d'exemption par catégorie antérieurs concernant les licences de savoir-faire et de brevets. Certains considèrent également qu'en étant très explicite sur ce qui n'est pas autorisé (c'est-à-dire en fournissant une liste noire exhaustive), le règlement ECTT a le mérite d'assurer la sécurité juridique. D'autres soulignent aussi que l'absence de seuils de parts de marché facilite l'application de l'exemption par catégorie. Enfin, il a également été signalé que le règlement ECTT servait parfois de ligne directrice.

(76) D'autre part, les critiques formulées à l'encontre de l'approche actuelle portent principalement sur les aspects suivants.

- Le règlement ECTT est perçu comme étant trop formaliste et trop rigide. Ce défaut est devenu particulièrement apparent par comparaison avec la nouvelle génération d'exemptions par catégorie dans le domaine des restrictions verticales et des accords de coopération horizontale. La structure du règlement ECTT, en particulier, est jugée trop complexe. En outre, les listes de clauses exemptées, les listes blanches, les listes noires et les exclusions ont pour effet d'enfermer les entreprises dans une camisole de force, au risque de décourager la diffusion des technologies et la réalisation de transactions plus efficaces. La relation entre le champ d'application du règlement ECTT et les règlements 2658/2000 sur les accords de spécialisation, 2659/2000 sur les accords de R&D et 2790/1999 sur les accords verticaux n'apparaît pas non plus clairement.

- Certaines dispositions sont jugées trop détaillées et souvent confuses, ce qui a parfois pour résultat de semer des doutes sur l'applicabilité de l'exemption. L'interprétation de certaines notions de base, en particulier, ne semble pas claire. Par exemple, le règlement ECTT ne fait pas clairement la distinction entre "amélioration" de la technologie concédée et "nouvelle" technologie représentant un bond en avant essentiel, ce qui rend difficilement applicable les limitations de durée imposées par le règlement ECTT aux accords de licence. Un autre exemple est la définition du savoir-faire, qui n'est pas la même que dans les nouvelles exemptions par catégorie des restrictions verticales et horizontales. Cela vaut aussi pour la définition du terme "concurrent", qui ne correspond pas à celle donnée dans des textes législatifs plus récents.

- Le champ d'application du règlement ECTT est trop étroit et ne couvre pas certaines pratiques courantes de concession de licences, de sorte que de nombreux accords doivent être notifiés à la Commission. En particulier, comme le règlement ne couvre pas les accords de licence auxquels plus de deux entreprises sont parties, les pools technologiques multilatéraux et les licences groupées multipartites associant des entreprises titulaires de DPI complémentaires sont exclus du bénéfice de l'exemption par catégorie. En outre, le fait que le règlement ne couvre les DPI autres que les brevets, tels que le droit d'auteur, les droits sur les dessins et modèles et les marques, que lorsqu'ils font l'objet de clauses accessoires de la licence de brevet crée une situation d'insécurité juridique pour de nombreux accords, en particulier des accords de licence de droits d'auteur sur des logiciels. À cet égard, certains commentateurs indiquent qu'ils utilisent souvent le règlement ECTT comme ligne directrice pour l'appréciation des accords de licence portant sur d'autres DPI que les brevets au regard de l'article 81.

- Les règles actuelles sont trop centrées sur les clauses d'exclusivité territoriale. En outre, elles excluent certains arrangements courants en matière de concession de licences du bénéfice de l'exemption par catégorie sans justification économique fondée. En particulier, certains commentateurs font valoir que le règlement ECTT contient une liste trop longue de restrictions (par exemple, obligations de non-concurrence, subordination, restrictions quantitatives, dont les licences de site, et certaines formes de clauses de rétrocession) qui sont présumées illégales ou sont considérées comme extrêmement suspectes, même quand les parties ne détiennent pas de pouvoir de marché et se trouvent dans une relation verticale.

- L'utilité de la procédure d'opposition en application de l'article 4 du règlement ECTT est douteuse. En général, les entreprises semblent hésiter à recourir à cette possibilité car elles préfèrent ne pas divulguer leurs accords, parce que les situations auxquelles cette procédure est applicable ne sont pas toujours clairement spécifiées, ou pour éviter la charge administrative d'une notification.

(77) Dans la logique de ce précède, les commentateurs estiment, dans leur majorité, que le règlement ECTT ne remplit les objectifs qu'il est censé poursuivre que dans une mesure limitée.

(78) Lorsque les parties arrivent à modeler leurs accords de manière à les faire entrer dans le cadre de l'exemption par catégorie, la sécurité juridique que le règlement leur confère a une incidence positive sur le développement et la diffusion des technologies. Toutefois, étant donné le caractère formaliste et normatif du règlement, les règles actuelles n'encourageraient pas de nouvelles formes de concession de licences (par exemple, licences groupées multipartites, concession de licences à des entreprises communes) ni de nouvelles approches en matière de transfert de technologies (par exemple, obligations de non-concurrence pour protéger le savoir-faire transféré au licencié, subordination de la concession d'une licence de DPI à la fourniture de produits non brevetés). Le manque de clarté du règlement a également pour effet de décourager la concession de licences. Certains commentateurs font observer que la longue liste de restrictions flagrantes contenues dans le règlement ECTT résulte d'une approche qui ne tient pas suffisamment compte du pouvoir de marché des parties et de la concurrence inter-marques. Ils font valoir qu'une approche d'inspiration plus économique pourrait conduire à un régime moins rigide pour les accords de concession de licences et, par voie de conséquence, à une diffusion plus large des technologies.

(79) Si l'approche normative du règlement ECTT était clairement destinée à protéger une concurrence effective, il n'est pas certain qu'elle ait pleinement atteint cet objectif. D'une part, il ressort des observations que le respect des conditions du règlement ECTT a pour effet d'enfermer les parties contractantes dans une camisole de force et de décourager la diffusion des nouvelles technologies. Il peut, de ce fait, entraver ou retarder l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents. D'autre part, certains commentateurs considèrent que, comme le règlement ECTT ne tient pas compte du pouvoir de marché des parties ni de la relation de concurrence entre le donneur de licence et le licencié, il peut couvrir des restrictions qui profitent à des entreprises puissantes, voire dominantes, au détriment des clients et des petites et moyennes entreprises.

(80) En conclusion, les réponses envoyées en réponse au questionnaire de la Commission sont généralement favorables à une révision approfondie du règlement ECTT.

(81) À cet égard, la plupart des commentateurs insistent sur la nécessité de simplifier radicalement et de clarifier les règles actuelles selon le modèle des nouvelles exemptions par catégorie en faveur des restrictions verticales et des accords de coopération horizontale. Cela supposerait, en particulier, l'adoption d'une nouvelle exemption par catégorie couvrant un éventail plus large d'accords de licence, le rejet de l'approche axée sur les listes blanches et grises (ainsi que de la procédure d'opposition qui y est liée) et le raccourcissement de la liste actuelle des restrictions flagrantes. En outre, l'adoption de lignes directrices spécifiques clarifiant certains aspects essentiels serait vue d'un bon œil.

(82) De nombreux commentateurs font cependant observer que l'introduction d'un seuil de parts de marché affecterait l'innovation et la concession de licences étant donné que la sphère de sécurité ne jouerait plus à partir du moment où l'invention concédée se traduirait par un succès commercial. Cela vaudrait d'autant plus si un seuil de parts de marché devait être appliqué à des marchés de technologies plutôt qu'à des marchés de produits réels. La définition des marchés en cause et le calcul des parts de marché soulèveraient des difficultés particulières dans le domaine de la concession de licences de technologies. Les mêmes commentateurs ajoutent que les problèmes de pouvoir de marché sont traités à suffisance en application de l'article 82 et par la jurisprudence de la Cour de justice en la matière. Ils se réfèrent en particulier à l'arrêt *Tetrapak*.³³ Par contraste, d'autres commentateurs considèrent que l'approche suivie actuellement par la Commission en matière de concession de licences de technologies ne tient pas suffisamment compte des questions de pouvoir de marché et de concurrence inter-marques et soulignent que ces deux aspects sont fondamentaux pour apprécier correctement l'incidence de ces accords sur la concurrence.

(83) Enfin, il a été suggéré que les DPI, y compris les droits d'auteur, les droits sur les dessins et modèles et les marques, soient couverts par une seule exemption par catégorie générale, pour autant qu'une approche plus souple soit adoptée. Une telle extension du champ d'application de l'exemption serait dans l'intérêt de la sécurité juridique et améliorerait la cohérence globale dans le domaine de la concession de licences de DPI. Ce point de vue n'est pas partagé par d'autres commentateurs, qui considèrent que les questions de pratique commerciale et de politique publique liées à la concession de licences portant sur des œuvres littéraires non logicielles, des œuvres artistiques, des marques et des bases de données sont très différentes de celles que soulève le transfert de technologies.

4.2 Mise en œuvre par la Commission

4.2.1 Statistiques

(84) Entre 1996 et 2000, la Commission a enregistré environ 140 nouvelles affaires relatives à l'application de l'article 81 et/ou de l'article 82 à des pratiques se rapportant à l'exercice de DPI.

(85) Ce chiffre inclut toutes les affaires au cœur desquelles se trouvait soit la concession de licences de DPI entre entreprises aux fins de la production de biens ou de la fourniture de services, soit un comportement abusif présumé du titulaire des DPI ou de ses licenciés. Il n'inclut pas, en revanche, les affaires dans lesquelles la concession de licences de DPI ne constituait pas l'objet principal de la pratique (c'est-à-dire certains accords verticaux tels que les accords de franchise et de spécialisation) ou concernait le développement et l'exploitation en commun de DPI résultant d'accords de R&D.

(86) Par rapport à la période de cinq ans allant de 1991 à 1995, au cours de laquelle le nombre de nouvelles affaires de DPI n'a pas dépassé 120, la charge de travail de la Commission dans ce domaine a augmenté d'environ 16%.

³³ *Tetra Pak/Commission*, Recueil 1990, p. II-309.

(87) Si l'on considère que quelque 2 020 nouvelles procédures d'application des articles 81 et 82 ont été ouvertes au cours de la période 1996-2000, la catégorie susmentionnée des affaires de DPI a représenté environ 7% de la charge de travail totale de la Commission dans le domaine de la législation antitrust.

(88) La ventilation par types de DPI indique que la majeure partie des affaires ouvertes au cours des cinq dernières années concernaient des licences de brevet et/ou de savoir-faire (56%), la part des affaires ayant pour objet essentiel l'exercice ou la concession de droits d'auteur étant d'environ 22%. Cette dernière catégorie inclut les procédures relatives aux licences de contenu (par exemple, reproduction mécanique d'œuvres musicales), aux droits d'exécution (par exemple, licences de radiodiffusion, accords conclus par des sociétés de gestion collective) et aux transferts de technologie basés sur le droit d'auteur (par exemple, licences de logiciels, inventions mises en œuvre par ordinateur). Les licences de marque à des fins de fabrication représentaient environ 19% de l'ensemble des affaires de DPI. À l'intérieur de ce groupe, environ la moitié des procédures concernaient des licences de marque pures et l'autre moitié des transactions dans lesquelles la concession d'une marque était liée à celle d'un savoir-faire. Enfin, les 3% restants étaient constitués d'affaires portant sur d'autres types de DPI (en particulier, des licences de droits sur des dessins ou modèles et l'accès à des bases de données protégées).

(89) En ce qui concerne l'origine des procédures, celles-ci se fondaient, dans leur grande majorité, sur des notifications concernant l'application de l'article 81 (75%), la part restante (25%) résultant de plaintes ou de procédures d'office concernant l'application des articles 81 et 82.

(90) Rares ont été les cas où les parties notifiantes ont eu recours à la procédure d'opposition prévue à l'article 4 du règlement ECTT. En fait, l'application de cette procédure n'a été demandée que dans 5% de toutes les notifications concernant des licences de brevet et/ou de savoir-faire. En outre, la Commission n'a jamais appliqué la procédure de retrait prévue à l'article 7 du règlement ECTT.

4.2.2 *Questions soulevées dans les notifications*

(91) L'examen des raisons qui ont amené les parties à notifier leurs accords appelle les observations suivantes.

(92) *Premièrement*, un grand nombre de notifications concernaient des accords de licence qui, pour des raisons diverses, ne relevaient pas du champ d'application du règlement ECTT. Tel était notamment le cas lorsque:

• la licence avait pour objet principal des DPI autres qu'un brevet ou un savoir-faire,

ou

• le nombre de parties à l'accord était supérieur à deux (par exemple, accords de mise en commun, licences groupées, programmes de concession de licences multipartites),

ou

• l'accord ne correspondait pas, dans sa structure, à la forme définie à l'article 1er du règlement ECTT (par exemple, licences non exclusives), ou

- les parties convenaient de formes plus complexes de coopération (par exemple, licences de DPI dans le contexte de la création d'une entreprise commune, concession de licence liée à des activités de commercialisation en commun).

(93) *Deuxièmement*, les parties ont souvent notifié leur accord parce qu'elles avaient des doutes sur l'applicabilité de l'exemption par catégorie ou l'interprétation de ses conditions. Elles ont éprouvé des difficultés, par exemple, à apprécier si des dispositions concernant les marques contenues dans des accords de fabrication impliquant un transfert de savoir-faire sont ou non accessoires. Des questions ont également été soulevées concernant la couverture par le règlement ECTT d'accords limitant l'activité du licencié au développement d'un produit et excluant les activités de fabrication. Les règles actuelles ont également soulevé des problèmes d'interprétation dans le cas d'accords contenant des clauses de rétrocession, des interdictions d'exporter ou des restrictions limitant l'exploitation de la technologie concédée à des unités de production données (licences dites "de site"). En outre, dans le cas de certains accords conclus pour régler des différends concernant des atteintes présumées à un brevet, les parties ont choisi de notifier l'accord pour lever tout doute possible sur la légalité de leur transaction.

(94) *Troisièmement*, une proportion significative des notifications concernait des accords contenant des clauses non expressément exemptées (clauses grises). Citons, à titre d'exemples, des accords contenant des conditions relatives au paiement de redevances ou des restrictions du champ d'exploitation qui ne correspondaient pas au libellé du règlement ECTT, ainsi que des clauses de répartition de la clientèle, de non-contestation ou de subordination.

(95) *Quatrièmement*, dans certains cas, les parties ont cherché à obtenir une exemption individuelle pour des accords contenant des clauses expressément exclues de l'exemption par catégorie (par exemple, des clauses noires telles que des obligations de non-concurrence, l'imposition du prix de revente du produit sous licence, une exclusivité territoriale d'une durée excédant les limites prévues à l'article 1er du règlement ECTT).

(96) Une analyse des notifications traitées par la Commission pendant la période considérée montre qu'elles ont, dans leur grande majorité, abouti à l'autorisation de l'accord par lettre de classement administratif. Des décisions formelles n'ont été prises que dans de très rares cas, qui concernaient des licences non-exclusives imposant aux licenciés des interdictions d'exportation³⁴, des accords de concession de licences faisant partie d'accords d'entreprise commune³⁵ et des licences exclusives de droits de radiodiffusion³⁶.

³⁴ Décision du 14 décembre 1998 dans l'affaire *Sicasov*, JO L 4 du 8.1.1999.

³⁵ Décision du 14 septembre 1999 dans l'affaire *General Electric Aircraft Engines/Pratt & Whitney*, JO L 58 du 3.3.2000; décision du 17 juillet 1996 dans l'affaire *Phoenix/Global One*, JO L 239 du 19.9.1996 et décision du 15 septembre 1999 dans l'affaire *British Interactive Broadcasting/Open*, JO L 312 du 6.12.1999.

³⁶ Décision du 3 mars 1999 dans l'affaire *Télévision par satellite*, JO L 90 du 2.4.1999.

(97) Certaines affaires ont donné lieu à publicité soit par la publication d'une communication en application de l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17, soit par un communiqué de presse, cela en raison de leur importance économique ou de leur signification pour la politique de concurrence³⁷. Seul un nombre limité d'accords notifiés soulevaient des problèmes de concurrence et ont été autorisés par la Commission après avoir été modifiés³⁸.

4.2.3 Questions soulevées dans le cadre de plaintes et de procédures d'office

(98) Si l'on examine les problèmes de concurrence soulevés dans le cadre des plaintes traitées et des procédures engagées d'office par la Commission au cours de la période considérée, on observe ce qui suit.

(99) En ce qui concerne l'application de l'article 81, les problèmes les plus fréquemment rencontrés sont les suivants:

- arrangements restreignant la concurrence horizontale entre concurrents réels ou potentiels; ces situations couvrent en particulier le partage présumé du marché entre titulaires de DPI concurrents par le biais d'accords de licence réciproque ou de programmes de concession de licences multipartites;
- accords restreignant la capacité du licencié de livrer concurrence au donneur de licence dans des domaines qui ne sont pas directement liés aux DPI concédés (par exemple, paiement de redevances s'étendant à des produits fabriqués par le licencié sur la base de sa propre technologie);
- accords évinçant les titulaires de DPI concurrents du marché des produits sous licence, y compris les tentatives de monopoliser un secteur par des accords instituant un nouveau standard industriel;
- licences exclusives évinçant les fournisseurs concurrents du licencié du marché des produits sous licence;

³⁷ Voir, en particulier, les affaires suivantes: *MPEG-2*, qui concernait un programme de concession de licences de brevets essentiels pour la mise en œuvre d'un standard industriel pour la transmission et le stockage de signaux vidéo (IP/98/1155 du 18.12.1998); *DVD*, qui concernait la création d'une licence de portefeuille de brevets donnant accès aux brevets essentiels concernant la technologie du DVD (IP/00/1135 du 9.10.2000); *IBOS*, concernant une licence multipartite pour l'utilisation d'une technologie reliant les systèmes informatiques de plusieurs banques (Rapport de concurrence de 1996, p. 143); *Michelin/Continental*, concernant une licence de marque liée à la création d'une entreprise commune (Rapport de concurrence 1997, p. 140).

³⁸ Voir, en particulier, les affaires suivantes: *Canon/Kodak*, concernant une coopération entre concurrents pour la création d'un standard industriel basé sur une nouvelle technique photographique de pointe (JO C 330 du 1.11.1997 et Rapport de concurrence 1998, p. 162); *Sony*, concernant un réseau d'accords de licence permettant au donneur de licences de restreindre la capacité des licenciés à livrer concurrence sur le marché des produits (jeux vidéo) compatibles avec ses équipements (consoles de jeux vidéo) (Rapport de concurrence 1998, p. 175); *Hydro Texaco Holdings/Preem*, concernant un accord de licence portant sur une technologie de production de lubrifiants conclu dans le contexte (mais pas en tant que disposition accessoire) de la création d'une entreprise commune (Rapport de concurrence 1997, p. 141); *Pripps/Tuborg*, concernant un accord de licence de marque et de savoir faire pour la production de bière entre deux concurrents (Rapport de concurrence 1998, p. 163).

- accords fixant des quotas de production ou limitant l'exploitation de la technologie sous licence à un site de production donné;
- accords restreignant les activités d'importation et/ou d'exportation du licencié ou entravant le commerce parallèle;
- pools de brevets ou formes similaires de licences de DPI groupées, en particulier en ce qui concerne les pools couvrant des brevets non essentiels ou imposant aux membres de lourdes obligations de rétrocession.

(100) En ce qui concerne l'application de l'article 82³⁹, les problèmes les plus fréquemment rencontrés sont les suivants:

- refus unilatéraux de concéder une licence afin d'exclure des concurrents de marchés en aval ou voisins ou d'empêcher des concurrents de fabriquer des produits compatibles avec le produit ou l'équipement dominant du titulaire de DPI;
- tentatives d'une entreprise dominante d'étendre sa domination à des marchés en aval ou voisins par des pratiques abusives en matière de concession de licences (par exemple, exercice d'un pouvoir de marché, subordination);
- licences de DPI prévoyant des prix excessifs ou des conditions discriminatoires;
- manipulation du processus d'adoption de standards industriels par la revendication après-coup de DPI essentiels;
- imposition de clauses de non-contestation visant à empêcher les licenciés de faire valoir leurs propres DPI;
- dépôt systématique de brevets de blocage;
- actions en contrefaçon abusives;
- abus de droits destinés à entraver ou à retarder l'entrée sur le marché de fabricants de produits génériques (secteur pharmaceutique).

³⁹ Le présent rapport ne traite que les questions relatives à l'application de l'article 81 aux licences de DPI. Il est fait référence à l'article 82 car les plaintes et les procédures d'office impliquent souvent l'application des deux dispositions.

(101) L'analyse des plaintes et des procédures d'office closes pendant la période considérée montre que, dans un certain nombre de cas, elles ont conduit à des enquêtes approfondies en application de l'article 81, suivies de la modification des accords concernés⁴⁰ ou de l'application de mesures correctives en application de l'article 82⁴¹. Dans d'autres cas, les procédures d'office ont simplement été abandonnées ou les plaintes retirées au terme d'une enquête préliminaire. D'autres affaires ont conduit à l'adoption de décisions de rejet de la plainte⁴².

4.2.4 Remarques finales

(102) Plusieurs indications qui se dégagent de l'analyse de la pratique de la Commission rejoignent les observations faites par les parties intéressées dans le cadre de l'enquête.

(103) Malgré l'amélioration qu'il représente par rapport aux exemptions par catégorie antérieures concernant les licences de brevet et de savoir-faire, le règlement ECTT n'a pas réussi à faire baisser le nombre de notifications ayant trait aux DPI. Le fait que, dans leur grande majorité, les notifications ne soulevaient pas de problèmes graves de concurrence implique que la Commission a été amenée à consacrer davantage ses activités de mise en œuvre et les ressources disponibles à cet effet à garantir la sécurité juridique pour les entreprises qu'à protéger la concurrence. Cela s'explique en partie par l'étroitesse du champ d'application du règlement ECTT actuel, qui semble de moins en moins adapté à la complexité des systèmes modernes de concession de licences (par exemple les accords de mise en commun), ainsi que par l'incertitude et les ambiguïtés qui entourent l'interprétation de certaines dispositions. En outre, l'approche fondée sur les clauses blanches et grises qui

⁴⁰ Voir, en particulier, les affaires suivantes: *Microsoft Internet Explorer Licensing*, dans laquelle se posait un problème de fermeture du marché des navigateurs Internet aux concurrents du fait de l'imposition aux licenciés d'obligations de non-concurrence et de volumes minimaux (Rapport de concurrence 1999, p. 181); *Sega et Nintendo*, où des mesures correctives ont été imposées pour garantir la concurrence dans la fourniture de produits compatibles avec l'équipement du donneur de licence (Rapport de concurrence 1997, p. 160); *Microsoft/Santa Cruz Operation*, dans laquelle des griefs ont été formulés contre les obligations restreignant la capacité du licencié d'exploiter sa propre technologie pour concurrencer le donneur de licence pour la fourniture de systèmes d'exploitation pour postes de travail et serveurs (Rapport de concurrence 1997, p. 151).

⁴¹ Voir, en particulier, les affaires suivantes: décision du 3 juillet 2001 dans l'affaire *NDC/IMS* (mesures provisoires) concernant un refus de concéder une licence portant sur une carte d'Allemagne protégée par le droit d'auteur qui était utilisée pour présenter les données sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques et était considérée comme modèle par l'industrie pharmaceutique (non encore publiée, par ordonnance du 26 octobre 2001, le président du Tribunal de première instance a suspendu l'exécution de cette décision jusqu'à ce que le tribunal ait statué dans l'affaire au principal); *ITT/Belgacom*, concernant l'application de prix excessifs et de conditions discriminatoires pour l'accès aux données protégées (Rapport de concurrence 1997, p. 164).

⁴² Voir, en particulier, les affaires suivantes: *Microleader/Microsoft*, qui soulève la question du non-épuisement d'un droit d'auteur sur des logiciels importés de pays tiers (Rapport de concurrence 1998, p. 183); *Info-Lab/Ricoh*, dans laquelle l'existence d'une position dominante détenue par le titulaire de DPI sur un marché d'après-vente a été considérée comme n'étant pas prouvée (Rapport de concurrence 1999, p. 188); *M6/Union européenne de radiodiffusion et Canal Satellite*, dans lesquelles les plaignants contestaient certaines licences exclusives de droits de radiodiffusion en application de l'article 81 (Rapport de concurrence 1999, p. 186); *Vickers/Rolls-Royce*, concernant des restrictions à l'octroi de sous-licences dans le cadre d'une licence de marque (Rapport de concurrence 1998, p. 185).

sous-tend le règlement ECTT, ainsi que la camisole de force qu'elle impose aux entreprises, peuvent avoir eu pour effet soit de contraindre les parties à adopter des dispositions contractuelles moins adaptées à leur situation et peut-être moins efficaces soit de les obliger à supporter les coûts administratifs d'une notification. En outre, la Commission a autorisé un certain nombre d'accords contenant des restrictions figurant sur la liste noire ou la liste grise (par exemple, obligation de non-concurrence, subordination), principalement en raison de la présence relativement faible des parties sur le marché. Cela semble indiquer que le règlement ECTT n'est pas suffisamment précis dans la définition des restrictions qui doivent être considérées comme flagrantes, risquant ainsi d'amener les parties à renoncer à des accords de licence efficaces.

(104) D'un autre côté, l'analyse qui précède montre aussi que certains cas, le plus souvent portés à l'attention de la Commission par des plaintes, ont mis en lumière des situations problématiques, en particulier lorsque les accords de licence étaient conclus entre des concurrents jouissant d'un pouvoir de marché ou lorsque des donneurs de licence ou des licenciés puissants imposaient des restrictions sans rapport avec les DPI concédés. En outre, dans des cas exceptionnels, l'exclusivité attachée à un DPI a dû céder le pas aux règles de concurrence pour prévenir des abus de position dominante. Cela tend à indiquer que toute révision éventuelle du règlement ECTT doit prendre dûment en considération l'existence de tels risques pour la concurrence.

4.3 Politique de concurrence des États membres dans le domaine des DPI

(105) Comme indiqué précédemment, la Commission a invité les autorités de concurrence des États membres à lui communiquer des informations concernant leur pratique actuelle dans le domaine du transfert de technologie et des accords de concession de licences de propriété intellectuelle.

(106) En réponse à cette demande, certaines autorités nationales de concurrence ont signalé l'existence, dans leur État membre, de règles nationales de concurrence applicables spécifiquement aux accords de transfert de technologie, notamment des exemptions par catégorie similaires à celles prévues par le règlement ECTT. D'autres États membres n'ont pas adopté de législation particulière et appliquent une méthode au cas par cas.

(107) Malgré la spécificité des différentes législations nationales, la plupart des autorités de concurrence ont souligné qu'en général, l'appréciation des accords de concession de licence de DPI au regard des règles nationales de concurrence s'harmonisait avec les règles de concurrence de la Communauté et avec la pratique décisionnelle de la Commission. Plusieurs traits caractéristiques ont cependant été mis en évidence.

(108) L'une des différences tient à ce que l'objectif du marché unique, qui doit être pris en considération dans le cadre des règles de concurrence de la Communauté, est normalement dénué de pertinence dans le cadre national.

(109) Certaines autorités nationales de concurrence ont également souligné que leur analyse des accords de transfert de technologie tenait compte de facteurs économiques tels que le pouvoir de marché des parties. Bien que cette analyse ne se fonde pas sur le postulat selon lequel la propriété d'un DPI crée nécessairement un pouvoir de marché, la part de marché détenue par les parties sur le marché des produits sous licence est toutefois dûment prise en compte, ainsi que le niveau existant de concurrence inter-marques.

(110) Le fait d'adopter une approche différente selon que l'accord est conclu entre non-concurrents (accords verticaux) ou entre concurrents (accords horizontaux) constitue une autre caractéristique importante de la législation et de la pratique de certains États membres. Dans les États membres en question, l'exclusivité territoriale et les clauses de non-contestation sont généralement autorisées si elles sont prévues dans des accords de transfert de technologie conclus entre non-concurrents.

(111) D'autres États membres ont indiqué que les accords de transfert de technologie ne revêtent qu'une importance marginale dans leur pratique décisionnelle.

5. QUESTIONS A REEXAMINER

(112) L'enquête de la Commission a fait apparaître que les acteurs économiques étaient insatisfaits de la manière dont le règlement ECTT a fonctionné dans la pratique. Le champ d'application du règlement s'avère trop étroit, ses dispositions, parfois obscures, et son approche, trop normative et formaliste. Pour fournir aux entreprises un cadre juridique réellement amélioré et garantir parallèlement un niveau suffisant de protection de la concurrence, il convient de réexaminer de manière complète et équilibrée les principales questions de concurrence que soulèvent les accords de transfert de technologie. La présente section vise à réévaluer les aspects principaux du règlement ECTT et à inviter les intéressés à formuler leurs observations en la matière. Comme dans la section 2 ci-dessus, l'analyse qui suit établit une distinction entre les questions relatives au champ d'application du règlement ECTT (section 5.1) et celles ayant trait aux restrictions spécifiques (section 5.2).

5.1 Le champ d'application du règlement ECTT

(113) Ainsi que la Commission l'a déjà signalé, le règlement ECTT ne couvre qu'un type particulier de licence, à savoir les accords exclusifs, purs ou mixtes, de licence de brevet et de savoir-faire conclus entre deux entreprises. Le champ d'application du règlement est donc défini à la fois par le type de DPI et par la forme de l'accord.

5.1.1 Types de DPI

(114) Le fait que des DPI autres que des brevets, à savoir le droit d'auteur, les dessins et modèles et les marques ne soient couverts par le règlement ECTT que lorsqu'ils sont accessoires à des licences de brevet et de savoir-faire semble avoir créé une incertitude et des doutes quant à l'approche de la Commission. D'aucuns ont notamment relevé qu'il pouvait s'avérer difficile, dans la pratique, de discerner l'élément prépondérant d'une licence, car une seule licence englobe souvent un ensemble complexe de DPI⁴³. Certains ont également observé que, bien que la Commission soit généralement encline à traiter les licences de droit d'auteur de la même manière que les licences de brevet⁴⁴, elle n'a jamais clairement affirmé que tous les principes applicables aux brevets l'étaient également au droit d'auteur.

⁴³ Ainsi, dans plusieurs accords notifiés, des licences de savoir-faire et de marque étaient étroitement liées et revêtaient une importance égale pour les parties à l'accord.

⁴⁴ Voir le douzième rapport sur la politique de concurrence, point 88.

(115) Cette question revêt une importance particulière pour le secteur des logiciels, qui, comme de nombreux autres secteurs, dépend d'une chaîne de licences de droit d'auteur pour la fabrication et la distribution. Il convient, à cet égard, de rappeler que les accords en vertu desquels, d'une part, les copies papier de logiciels sont fournies en vue de la revente et, d'autre part, le revendeur n'acquiert pas de licence relative aux droits du logiciel et détient uniquement le droit de revendre les copies papier relèvent du champ d'application du règlement n° 2790/1999. Au titre de ces accords de distribution, la licence relative au logiciel ne lie que le titulaire du droit d'auteur et l'utilisateur du logiciel. Cela peut prendre la forme d'une licence "d'emballage" ("shrink-wrap"), c'est-à-dire une série de conditions se trouvant dans l'emballage de la copie papier et que l'utilisateur final est censé accepter en déballant le produit. Les autres formules ne sont cependant couverts par aucune exemption par catégorie. Elles peuvent comprendre des licences de distribution au titre desquelles le distributeur reproduit le logiciel et fournit le support physique sur lequel le programme est stocké, ainsi que les licences "à valeur ajoutée" dans le cadre desquelles le producteur du logiciel autorise le licencié à modifier le logiciel à des fins particulières (par exemple, création d'une version linguistique locale). Certains commentateurs ont critiqué cette situation, relevant que l'absence de cohérence dans ce domaine était regrettable étant donné l'importance économique des logiciels.

5.1.2 Licences non exclusives

(116) Des accords qui ne posent pas de problèmes doivent parfois se soumettre à la formalité d'une notification simplement parce qu'ils ne correspondent pas aux modèles prévus à l'article 1er du règlement ECTT. Même des licences non exclusives peuvent devoir être notifiées et ne bénéficier de l'application de l'article 81, paragraphe 3, que sur examen individuel, comme dans la décision *Sicasov*⁴⁵.

5.1.3 Licences exclusives

(117) Conformément à son article 1er, le règlement ECTT ne couvre qu'un type de licence exclusive, à savoir une licence au titre de laquelle le licencié se voit accorder une exclusivité territoriale. Le donneur de licence accorde ainsi à une seule entreprise le droit exclusif d'utiliser sa technologie pendant une période déterminée sur un territoire donné, ce qui, normalement, entraîne aussi que le donneur de licence n'exploite pas lui-même la technologie en question sur le territoire concédé. Le règlement ECTT ne couvre pas les licences exclusives dans lesquelles l'exclusivité n'est pas liée à un territoire mais à un domaine d'utilisation ou à un groupe de clients déterminé. En fait, les conditions de la licence qui limitent l'activité du licencié à un domaine d'utilisation particulier sont exemptées conformément à l'article 2 uniquement si elles sont contenues dans des accords qui respectent les conditions de l'article 1er (donc dans des licences prévoyant une exclusivité territoriale). De plus, l'exclusivité accordée pour un groupe de clients est interdite par l'article 3 si elle fait l'objet d'un accord entre concurrents, et elle est traitée comme une clause grise si elle est convenue entre non-concurrents (considérant 23). On peut, à cet égard, faire les remarques suivantes.

(118) En général, les dispositions d'exclusivité dans les accords de licence sont utilisés pour définir la portée de l'exploitation, entre les parties, du DPI concédé. Ces dispositions

⁴⁵

Décision du 14 décembre 1998 dans l'affaire *Sicasov*, JO L 4 du 8.1.1999.

ont deux finalités. D'une part, elles confèrent au licencié le droit d'exclusivité pour l'exploitation de la technologie concédée en excluant une exploitation parallèle par le donneur de licence ou par des tiers. D'autre part, elle permettent au donneur de licence de conserver des droits d'exclusivité résiduels en interdisant au licencié d'exploiter son DPI au delà du champ d'application de la licence. Celui-ci peut être défini par référence à un territoire, un groupe de clients (par exemple, les licences "second fournisseur", etc.) ou un domaine d'utilisation. Cette dernière possibilité peut englober plusieurs notions, notamment un domaine d'application technique particulier de la technologie (par exemple, une exploitation limitée à un produit spécifique), un marché de produits ou une activité spécifique du licencié (par exemple, une exploitation limitée à une production destinée à la consommation interne).

(119) Généralement, les dispositions d'exclusivité ont des effets positifs et négatifs similaires sur la concurrence, qu'elles soient liées à un territoire ou à un groupe de clients. En toute hypothèse, ces dispositions ont en commun de restreindre à la fois la possibilité pour le licencié d'exploiter la technologie au delà du champ d'application de la licence et la possibilité pour le donneur de licence d'exploiter son DPI à l'intérieur dudit champ d'exploitation.

(120) Dans la mesure où la licence ne contient pas de restrictions sans lien avec l'exploitation du DPI concédé, les licences exclusives produisent généralement des gains d'efficience. Si le titulaire du DPI ne possède pas les actifs nécessaires à la fabrication ou à la distribution des produits concédés, il est plus efficace pour lui d'accorder une licence à quelqu'un possédant les actifs requis. De plus, l'exclusivité peut se révéler nécessaire pour protéger contre le paratisme les investissements spécifiques que doit réaliser le licencié et pour résoudre un éventuel problème de renonciation à des investissements. Il convient également de relever que la concession de droits exclusifs incite généralement les deux parties à investir dans de nouveaux perfectionnements, ce qui garantit une poursuite de l'innovation.

(121) En ce qui concerne les effets négatifs potentiels sur la concurrence, il y a lieu de distinguer entre les accords dans lesquels les parties se trouvent dans une relation verticale et ceux conclus entre concurrents.

(122) Si les parties à l'accord ne se trouvent pas dans une situation de concurrence, les licences exclusives telles qu'elles ont été définies ci-dessus n'ont généralement pas, en l'absence d'autres restrictions de concurrence, un effet négatif important, et ne tombent pas sous le coup de l'article 81, paragraphe 1⁴⁶. Dans un tel cas, l'absence de licence (c'est-à-dire l'absence d'exploitation ou l'exploitation de la technologie par le donneur de licence lui-même) serait, en réalité, pire pour la concurrence que la situation qui résulte de la concession d'une licence exclusive. Les dispositions d'exclusivité dans des accords de licence conclus entre non-concurrents peuvent soulever des problèmes de concurrence dans deux cas.

⁴⁶ Cette constatation est conforme à la jurisprudence de la Cour de justice, qui a établi qu'en principe, les licences exclusives ouvertes entre non-concurrents ne relevaient pas de l'article 81, paragraphe 1. Voir l'arrêt *L. C. Nungesser KG et Kurt Eisele/Commission*, Recueil 1982, p. 2015.

(123) Premièrement, lorsque la licence fausse la concurrence entre licenciés. Il convient de rappeler, à cet égard, que dans l'arrêt *Nungesser*⁴⁷, qui portait sur la concession d'une licence d'obtenteur exclusive entre non-concurrents, la Cour a considéré que "la concession d'une licence exclusive ouverte, c'est-à-dire d'une licence *qui ne vise pas la situation des tiers, tels les importateurs parallèles et les licenciés pour d'autres territoires*, n'est pas, en soi, incompatible avec l'article 85, paragraphe 1 [désormais article 81, paragraphe 1], du traité" (c'est la Commission qui souligne). *A contrario*, les restrictions entre licenciés qui portent sur un territoire ou sur un groupe de clients peuvent donc tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1 (voir le point 5.2.1 ci-après).

(124) Deuxièmement, lorsque le licencié détient un pouvoir de marché important sur le marché du produit en question et que les dispositions d'exclusivité renforcent sa position. Ce sera le cas, notamment, lorsqu'une entreprise est en position dominante sur un marché de produits et acquiert une licence exclusive pour une technologie donnée, avec le résultat que d'autres entreprises sont empêchées de s'implanter sur le même marché. Le Tribunal de première instance a reconnu l'existence de ce risque de verrouillage dans son arrêt *Tetra Pak I*⁴⁸. La décision de principe prise dans le règlement ECTT a consisté à exempter les licences exclusives indépendamment des parts de marché détenues par les parties. Par conséquent, conformément aux règles en vigueur, ce problème de verrouillage du marché ne peut être réglé au regard de l'article 81 que par le retrait de l'exemption par catégorie.

(125) Il est important, dans ce contexte, de préciser dans quelles circonstances les parties à un accord de licence peuvent être considérées comme se trouvant dans une relation verticale. On distingue, à cet égard, quatre situations:

- le donneur de licence n'exploite pas la technologie elle-même: il est présent uniquement sur le marché de la technologie en cause, et le licencié n'est pas fournisseur sur ce marché; dans une telle situation, les parties opèrent, aux fins de l'accord, à des niveaux différents du circuit économique et se trouvent par conséquent dans une relation purement verticale;

- le donneur de licence exploite sa technologie: il est présent à la fois sur le marché de la technologie et sur celui du produit en cause, alors que le licencié n'est présent sur aucun de ces deux marchés; dans cette situation non plus, la licence n'annule aucune concurrence qui aurait eu lieu entre le donneur de licence et le licencié en l'absence de licence;

- le donneur de licence et le licencié fabriquaient des produits concurrents avant l'innovation, mais le processus de fabrication concédé ou le produit breveté représentent

⁴⁷ Voir l'arrêt *L.C. Nungesser KG et Kurt Eisele/Commission*, Recueil 1982, p. 2015.

⁴⁸ *Tetra Pak/Commission*, Recueil 1990, p. II-309. Dans cette affaire, Tetra Pak se trouvait en fait dans une relation de concurrence avec son donneur de licence (BTG) sur le marché de la technologie de l'emballage stérile de denrées alimentaires, car avant l'octroi de la licence, elle était déjà propriétaire d'une technologie concurrente. Cependant, malgré cette différence, le problème de verrouillage du marché qui était au cœur de l'arrêt du Tribunal peut également se poser si le licencié ne possède pas de technologie propre (et ne se trouve donc pas dans une relation de concurrence avec son donneur de licence), mais conclut des accords de licence exclusive couvrant des technologies pouvant se substituer à la sienne.

une telle rupture qu'en l'absence de licence, toute concurrence serait annulée; cette situation peut également être considérée comme verticale en soi;

- les DPI respectifs du donneur de licence et du licencié se bloquent mutuellement.

(126) Comme la Commission l'a exposé à la section 3 ci-dessus, la définition des fabricants concurrents figurant dans le règlement ECTT prend en considération la première et de la deuxième situation, mais traite la troisième et la quatrième comme horizontales en soi.

(127) Si les parties se trouvent dans une relation horizontale, c'est-à-dire si la licence empêche de s'exercer une concurrence qui aurait eu lieu entre le donneur de licence et le licencié en l'absence de licence, les licences exclusives entre concurrents peuvent créer plusieurs situations particulières au delà des problèmes de concurrence évoqués ci-dessus.

(128) D'une part, l'exclusivité conduira souvent à la répartition des marchés ou des clients, particulièrement lorsque le l'octroi de licences exclusives est réciproque ou que l'exclusivité s'étend également à des produits concurrents qui ne se trouvent pas sous licence. Une répartition du marché de cette nature est normalement interdit.

(129) D'autre part, dans certaines conditions, notamment en cas de concession d'une licence à une entreprise commune et d'octroi non réciproque de licences, l'exclusivité peut aboutir à une perte de concurrence inter-marques et peut, en particulier, restreindre la concurrence sur les marchés de l'innovation en réduisant l'intérêt, pour le licencié, d'investir encore dans la recherche-développement pour sa propre technologie. De tels accords peuvent cependant aussi déboucher sur un gain d'efficacité. Pour déterminer si l'incidence négative sur la concurrence peut être compensée par les gains d'efficacité, il convient de prendre en considération le pouvoir de marché des parties et la structure des marchés concernés par l'accord.

(130) Bien que l'analyse ci-dessus concernant l'octroi de licences entre non-concurrents et entre concurrents cadre avec l'approche économique adoptée par la Commission dans le domaine des restrictions verticales et des accords de coopération horizontale, elle ne concorde pas avec l'approche plus formaliste qui sous-tend le règlement ECTT. On peut, à cet égard, faire les observations suivantes:

a) le règlement ECTT ne couvre, à son article 1er, que l'exclusivité territoriale et n'accorde pas d'exemption par catégorie aux licences en vertu desquelles des droits exclusifs sont conférés au licencié pour un groupe de clients ou un domaine d'utilisation particuliers. Ce champ d'application étroit peut, pour les entreprises, constituer un motif d'insécurité juridique et, si l'accord est conclu entre non-concurrents, être considéré comme incompatible avec une approche de principe plus économique et fondée sur les effets. Cependant, si l'accord est conclu entre concurrents, l'exemption par catégorie actuellement octroyée à l'exclusivité territoriale peut ne pas suffisamment prendre en considération les risques de répartition du marché;

b) le règlement ECTT ne couvre les licences exclusives de savoir-faire que pour une période maximale de dix ans "à compter de la date à laquelle le produit sous licence est mis pour la première fois dans le commerce [...] par un des licenciés" (article 1er, paragraphe 3). En outre, il interdit toute clause d'exclusivité dont la durée est supérieure à

dix ans, même si le savoir-faire original a été perfectionné au cours de cette période [article 3, point 7)]. Cette approche peut sembler empreinte d'une trop grande prudence si on la compare à celle retenue dans le règlement n° 2790, où les licences accessoires de savoir-faire dans le cadre d'accords de distribution exclusive sont exemptées sans limite de temps. De plus, le fait de considérer les licences exclusives de savoir-faire à long terme comme des restrictions de concurrence flagrantes peut effectivement dissuader les entreprises de s'engager dans des transactions utiles qui auraient pu favoriser la diffusion de nouvelles technologies;

c) le règlement ECTT est appliqué en recourant à une définition large de la notion de "fabricants concurrents". Une définition plus réaliste permettrait de réduire sensiblement le nombre d'accords de licence ne pouvant pas bénéficier d'une exemption par catégorie en raison des seuils de parts de marché de 10 % et de 20 % prévus à l'article 5. De plus, l'article 5, paragraphe 1, point 3), exclut de l'exemption par catégorie certains accords de concession réciproque de licences exclusives même lorsqu'un tel accord est nécessaire pour mettre fin à une situation de blocage résultant du chevauchement de prétentions de brevet. De même, certains accords portant sur l'introduction de technologies de rupture sont traités comme des accords entre concurrents alors qu'en adoptant une définition plus étroite de la notion de "concurrents", ces accords pourraient être considérés comme verticaux par nature et bénéficier davantage de l'exemption par catégorie;

d) le règlement ECTT ne prend pas en considération tous les marchés qui peuvent être concernés par des licences exclusives. Il ne permet pas de régler efficacement les problèmes de verrouillage du marché et de concurrence inter-marques qui résultent de la concession de licences exclusives entre concurrents.

(131) En conclusion, l'analyse qui précède pose la question de savoir si le règlement n° 240/96 doit être adapté ou remplacé de manière à mieux prendre en compte tous les facteurs économiques pertinents et atteindre un meilleur équilibre entre les effets des accords de licence exclusive qui sont favorables à la concurrence et ceux qui lui sont néfastes.

5.1.4 *Licences multipartites*

(132) Le règlement ECTT ne couvrant que les accords de licence bilatéraux, un grand nombre d'accords plus complexes, tels que les programmes de concession de licences, les pools multilatéraux et les paquets de licences ne relèvent pas de son champ d'application. De plus, ainsi que la Commission l'a signalé dans la section 4 ci-dessus, les accords de ce type ont pris une importance croissante pour les entreprises, en raison de la complexité accrue des nouvelles technologies. La Commission a par conséquent reçu de nombreuses notifications concernant ce type d'accords.

(133) On peut relever, à cet égard, que les licences multipartites, notamment les pools multilatéraux, peuvent avoir des effets bénéfiques pour la concurrence lorsqu'elles rassemblent des entreprises non concurrentes. Elles peuvent notamment permettre aux parties de mettre en commun des apports complémentaires, de réduire les coûts de transaction (par exemple en créant un guichet unique pour un ensemble de technologies), de résoudre les situations de blocage et d'éviter les coûteux litiges pour atteinte à des DPI. De tels effets bénéfiques pour l'efficacité et la concurrence se manifesteront le plus probablement lorsque le pool couvre uniquement des DPI essentiels, c'est-à-dire lorsque

chaque brevet mis en commun est nécessaire à la réalisation de la nouvelle technologie. La concession de licences multipartites entre non-concurrents peut cependant exercer aussi des effets anticoncurrentiels, en particulier le verrouillage des marchés de l'innovation ou des marchés de produits. De plus, lorsqu'un accord suppose que les membres se concèdent mutuellement des licences pour des technologies actuelles et futures à un coût minimale ou sur une base d'exclusivité, les parties seront moins incitées à s'engager dans des activités de recherche-développement, chacune pouvant profiter gratuitement des progrès des autres membres du pool.

(134) Les licences multipartites peuvent avoir une incidence anticoncurrentielle grave lorsqu'elles couvrent essentiellement des technologies concurrentes, c'est-à-dire lorsque l'accord est conclu entre des entreprises qui se seraient trouvées en situation de concurrence sur les marchés de la technologie ou du produit en question en l'absence de l'accord de mise en commun. Ainsi, une commercialisation commune des DPI mis en commun peut permettre aux concurrents de fixer de manière concertée les prix de leurs produits ou de leurs technologies vis-à-vis de tiers et de dissuader les nouvelles implantations sur le marché. Elle peut également inciter les membres du pool à ne pas s'engager dans des activités de recherche-développement, ce qui retardera l'innovation.

(135) Compte tenu des facteurs de gain d'efficacité et de l'incidence anticoncurrentielle potentielle, on peut se demander si les accords de licence multipartites doivent être couverts par une version révisée de l'exemption par catégorie, et dans quelle mesure. Il y a lieu de faire remarquer que, le règlement n° 19/65 du Conseil n'autorisant pas la Commission à appliquer une exemption par catégorie à des accords de licence liant plus de deux parties, une extension de cette nature du champ d'application du règlement ECTT supposerait que le règlement n° 19/65 soit modifié. Une autre possibilité consisterait à ne traiter ces accords que dans le cadre de futures lignes directrices de la Commission.

5.1.5 Licences réciproques et pools bilatéraux

(136) On peut formuler deux remarques à cet égard. D'une part, des critiques ont été émises à l'encontre du règlement ECTT parce qu'il prévoit des règles différentes pour ces deux régimes similaires. De fait, le règlement ECTT couvre les pools de technologie bilatéraux entre non-concurrents uniquement si les parties ne sont pas soumises à des restrictions territoriales, alors que la concession réciproque de licences entre non-concurrents est exemptée même si les parties se concèdent mutuellement des territoires exclusifs. Les accords de mise en commun bilatéraux et de licences réciproques entre non-concurrents étant généralement conclus pour des raisons similaires et produisant pour l'essentiel les mêmes gains d'efficacité, le traitement moins favorable réservé aux pools bilatéraux dans le règlement en vigueur a été considéré comme injustifié.

(137) D'autre part, les licences réciproques et les accords de mise en commun entre concurrents sont couverts par le règlement ECTT si les parties ne sont pas soumises à des restrictions territoriales en ce qui concerne la fabrication, l'utilisation ou la mise sur le marché des produits sous licence ou des technologies mises en commun. D'aucuns ont cependant relevé qu'en établissant cette règle, le règlement mettait l'accent sur une préoccupation particulière (la répartition de marchés géographiques) tout en négligeant d'autres effets anticoncurrentiels possibles (par exemple, la coordination de décisions en matière de prix ou de production), ainsi que les synergies potentielles (par exemple, la résolution de positions de blocage).

5.1.6 *Entreprises communes entre concurrents*

(138) Les accords de licence concernant les activités d'une entreprise commune constituée entre concurrents sont couverts par le règlement ECTT à concurrence d'un seuil de 20 % de parts de marché si la licence se limite à la fabrication ou de 10 % si la licence porte également sur la distribution. Ces seuils ont été fixés par symétrie avec ceux prévus dans les règlements n° 417 sur les accords de spécialisation et n° 418 sur les accords de recherche-développement. À la suite des modifications introduites par l'adoption des deux nouveaux règlements d'exemption par catégorie n° 2658/2000 et n° 2659/2000, qui ont notamment porté les plafonds d'exemption à, respectivement, 20 % et 25 %, il convient de réexaminer les dispositions en question du règlement ECTT.

5.2 **Restrictions spécifiques**

5.2.1 *Restrictions en matière de territoire et de clientèle*

(139) Dans l'arrêt *Nungesser*, la Cour a établi que l'article 81, paragraphe 1, était applicable aux "licences fermées", c'est-à-dire les licences comportant des restrictions territoriales qui affectent la situation des tiers. La notion de licence fermée couvre à la fois les accords interdisant à un licencié de vendre à des clients qui exporteraient le produit sous licence dans un territoire exclusivement attribué à d'autres licenciés ou réservé au donneur de licence, et les accords qui restreignent le droit de chaque licencié de vendre sur le territoire des autres.

(140) L'article 3, paragraphe 3, du règlement ECTT interdit la première catégorie de restrictions (interdiction de vendre sur le territoire en vue de l'exportation), alors que son article 1er, paragraphe 1, points 4), 5) et 6), exempte la seconde catégorie (restriction des ventes actives et passives de chaque licencié sur le territoire des autres). En ce qui concerne la restriction des ventes passives effectuées par un licencié sur le territoire concédé à d'autres licenciés, le règlement limite l'exemption à "une période qui n'excède pas cinq ans à compter de la date à laquelle le produit sous licence est mis pour la première fois dans le commerce à l'intérieur du marché commun *par un des licenciés* (article 1er, paragraphes 2 et 3; c'est la Commission qui souligne).

(141) Il convient de souligner que cette exemption de la restriction des ventes passives ne concorde pas avec la politique appliquée par la Commission dans le domaine des restrictions verticales. En fait, l'article 4, point b), du règlement n° 2790 classe parmi les restrictions flagrantes toute restriction des ventes passives dans le cadre d'accords de distribution exclusive. Il convient également de relever que l'application de l'article 81, paragraphe 1, à la restriction des ventes passives dans le cadre d'accords de licence portant sur des DPI ne peut être écartée en invoquant la "théorie de l'épuisement". En fait, les ventes effectuées en réponse à des demandes non sollicitées de livraison supposent que l'acheteur recherche et achète le produit sur le territoire du licencié, ce qui aboutit à l'épuisement du DPI concédé, même si la propriété intellectuelle en question est protégée par le droit interne. De plus, du point de vue économique, on peut se demander si les investissements généralement réalisés par les licenciés pour utiliser la technologie concédée sont d'une nature et d'une ampleur telles qu'ils justifient une protection plus étendue contre l'utilisation indue par d'autres licenciés que pour les distributeurs en général. La Commission invite les intéressés à lui fournir des informations et à lui

présenter leurs observations en la matière, pour lui permettre d'apprécier si la solution adoptée dans le règlement ECTT doit être réexaminée.

(142) Contrairement aux restrictions territoriales, les restrictions en matière de clientèle sont exclues du bénéfice de l'exemption au titre du règlement ECTT. En fait, la répartition de la clientèle est interdite si elle fait l'objet d'un accord entre concurrents [article 3, point 4)], et elle est classée en clause grise si elle est convenue entre non-concurrents.

(143) Comme indiqué précédemment, lorsque les parties se trouvent dans une relation verticale, l'exclusivité territoriale et l'exclusivité de clientèle produisent des effets similaires, positifs (elles permettent de régler les problèmes de parasitisme et de renonciation à certains investissements), ou, généralement, néfastes (verrouillage et facilitation de la répartition du marché). Il semblerait donc que les restrictions territoriales et de clientèle doivent être soumises à des règles analogues. Le règlement ECTT n'applique pas une approche systématique et cohérente sur ce plan.

(144) La politique suivie par la Commission dans le domaine des accords (de distribution) verticaux se fonde sur le postulat selon lequel il n'existe pas de différence fondamentale dans les effets que les restrictions territoriales et de clientèle peuvent avoir sur la concurrence. Aussi, le règlement n° 2790 soumet les deux catégories de restrictions au même ensemble de règles et accorde l'exemption par catégorie à certaines restrictions de cette nature si l'accord est conclu entre entreprises non concurrentes.

(145) Il découle de ces observations que si la licence lie des non-concurrents, l'exclusion des restrictions en matière de clientèle du champ d'application du règlement ECTT peut apparaître trop prudente et peut en faire dévier l'application vers une dissuasion excessive.

5.2.2 *Restrictions en matière de production et licences de site*

(146) Le règlement ECTT part du principe que le donneur de licence a le droit de ne transférer sa technologie "qu'à des fins limitées" sans enfreindre l'article 81, paragraphe 1 (considérant 22). Ce principe forme le corollaire des droits exclusifs du donneur de licence qui sont protégés par le droit de la propriété intellectuelle. Le règlement ECTT ne reconnaît cependant ce principe que pour certaines dispositions, telles que celles qui limitent la licence à un domaine d'utilisation technologique ou à un marché de produits particulier, ainsi que pour certaines restrictions quantitatives si elles sont prévues dans des licences d'utilisation ou dans des licences "second fournisseur". Il n'étend toutefois pas son application aux restrictions quantitatives en général, qui sont interdites conformément à l'article 3, point 4).

(147) Or, si le donneur de licence peut légitimement ne concéder une licence qu'à des fins limitées, on peut avancer que les restrictions quantitatives peuvent généralement constituer une manière légitime de limiter la finalité de la licence. De telles restrictions peuvent être matériellement justifiées sur le plan économique. Par exemple, si la capacité de production courante du donneur de licence est inférieure à la demande, il peut se révéler plus efficace pour lui de concéder sa technologie à une autre entreprise plutôt que de créer lui-même la capacité de production supplémentaire requise. Il ne choisira cependant cette solution que s'il peut être sûr que la production totale du produit en question n'est pas supérieure à son niveau de maximisation des bénéfices. Dans un tel cas, les restrictions quantitatives peuvent constituer une condition essentielle à la concession

d'une licence et peuvent, en fin de compte, faciliter (et non entraver) un accroissement de la production totale.

(148) Un gain d'efficience est plus probable lorsque les parties ne sont pas concurrentes. En effet, les limitations quantitatives ne peuvent alors restreindre la concurrence entre les parties, puisque, en l'absence de licence, le licencié ne serait pas présent sur le marché. Par conséquent, des limitations de cette nature ne débouchent pas sur une diminution de la production totale et ne restreignent pas la concurrence inter-marques.

(149) Les restrictions quantitatives convenues entre non-concurrents peuvent en revanche restreindre la concurrence en réduisant l'intérêt pour les licenciés de se concurrencer mutuellement. Au regard du règlement ECTT, les restrictions quantitatives peuvent également avoir le même effet que les interdictions d'exporter (considérant 24), bien que certains commentateurs aient contesté la probabilité d'un tel effet, l'accord n'empêchant par le licencié de vendre dans un autre pays.

(150) Par ailleurs, lorsque l'accord de licence est conclu entre concurrents, les restrictions quantitatives peuvent avoir des effets anticoncurrentiels graves, car le passage à la nouvelle technologie incite généralement le licencié soit à abandonner son propre procédé de production, soit à ne plus investir dans une capacité supplémentaire des installations de production recourant à sa propre technologie. Les quotas de production prévus dans les accords de licence entre concurrents peuvent donc aisément déboucher sur une limitation directe de la production. En outre, si les restrictions quantitatives couvrent également d'autres produits de substitution fabriqués par le licencié au moyen de sa propre technologie, l'accord équivaut à une entente cachée.

(151) À la lumière de ce qui précède, les intéressés sont invités à formuler leurs observations sur la question de savoir si les restrictions quantitatives doivent continuer d'être considérées comme des restrictions flagrantes dans le cadre d'une approche plus économique, ou dans quelle mesure elles doivent l'être.

(152) Les *licences de site*⁴⁹ posent un problème particulier. En vertu d'une licence de site, le donneur de licence concède au licencié toute la technologie nécessaire pour construire, exploiter et entretenir une installation de production sur un site particulier. Dans certains cas, le licencié a le droit d'accroître la capacité de l'installation sous licence ou d'obtenir à des conditions commerciales normales une licence pour une installation supplémentaire, et dans ces cas la licence de site ne donne pas lieu à une restriction de la production. Dans d'autres cas cependant, la licence est limitée à une usine pour une capacité donnée, ce qui équivaut à une limitation de la production.

(153) La question est de savoir si la distinction établie ci-dessus entre, d'une part, les accords conclus entre concurrents et, d'autre part, ceux conclus entre non-concurrents doit s'appliquer également aux licences de site qui sont équivalentes à une restriction de la production.

⁴⁹ Les licences de site ont notamment fait parler d'elles lorsque, en avril 1997, à la suite d'une plainte déposée par Repsol Quimica, la Commission a adopté une communication des griefs concernant un accord conclu entre Arco Chemical et Repsol qui empêchait cette dernière d'accroître ses capacités existantes en créant un nouveau site de production en Espagne.

5.2.3 Obligations de non-concurrence

(154) L'article 3, point 2), du règlement ECTT interdit toutes les obligations qui empêchent une des parties "d'entrer en concurrence avec l'autre partie, avec des entreprises liées à celle-ci ou avec d'autres entreprises dans les domaines de la recherche et du développement, de la fabrication ou de l'utilisation des produits concurrents et de leur distribution". Le règlement traite par conséquent tous les types d'obligations de non-concurrence comme des restrictions flagrantes, indépendamment des liens de concurrence existant entre les parties et de leur position sur les marchés en cause. De plus, il n'établit pas de distinction entre les restrictions qui affectent la possibilité pour le licencié d'effectuer des activités de recherche-développement indépendantes, de recourir à sa propre technologie ou à la technologie concurrente de tiers, ou de distribuer des produits concurrents.

(155) Un examen de la pratique antérieure de la Commission dans les affaires de DPI montre que les obligations de non-concurrence ont généralement été interdites⁵⁰. La jurisprudence de la Cour de justice est cependant plus nuancée. Ainsi, dans l'affaire *Kai Ottung contre Klee & Weilbach*, la Cour a considéré que les obligations de non-concurrence "[pouvaient], en fonction du contexte juridique et économique dans lequel l'accord a été conclu, restreindre la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1" (c'est la Commission qui souligne)⁵¹.

(156) Il convient tout d'abord de distinguer si l'accord de licence est conclu entre concurrents ou entre non-concurrents. Les obligations de non-concurrence prévues dans les accords de licence conclus entre concurrents risquent de renforcer la collusion, par exemple en fermant le marché aux technologies de tiers, en limitant les activités de recherche-développement indépendantes des parties ou en accroissant la similarité entre les parties qui adoptent la même technologie.

(157) Dans la pratique, il arrivera cependant plus souvent que des obligations de non-concurrence figurent dans des accords de licence conclus entre non-concurrents. Le principal effet néfaste qui peut alors se manifester est le verrouillage du marché pour les technologies ou les produits de tiers. Cette conséquence dépend, notamment, du pouvoir de marché du donneur de licence, de l'existence d'autres obstacles à l'entrée sur le marché, de la durée de l'accord et de l'éventuel effet cumulatif d'accords analogues. L'effet positif le plus important des obligations de non-concurrence est qu'elles peuvent contribuer à résoudre les problèmes de parasitisme. Ainsi, un donneur de licence pourrait s'abstenir de concéder une licence s'il craint que son savoir-faire ou sa technologie puissent être utilisés pour la production et la commercialisation de produits concurrents.

(158) On pourrait considérer, par analogie avec le règlement n° 2790, qui couvre la concession de licences de DPI accessoires à la distribution (par exemple, les franchises), que, dans des accords de licence entre non-concurrents, lorsque la part de marché du donneur de licence ne dépasse pas un certain seuil, les restrictions imposées au licencié de ne pas recourir à une technologie concurrente ou de ne pas utiliser ou vendre des produits concurrents ne sont pas susceptibles d'avoir un effet de verrouillage important soit pour la

⁵⁰ Voir les décisions *AOIP/Beyrard* du 2 décembre 1975 et *Vassen/Morris* du 10 janvier 1979.

⁵¹ Affaire 320/87, Recueil 1989, p. 1177.

technologie en question, soit sur le marché de produits en cause. Par conséquent, à l'inverse de la situation actuelle, elles pourraient bénéficier d'une manière générale de l'exemption par catégorie.

(159) Lorsque le donneur de licence empêche le licencié d'effectuer des activités de recherche-développement concurrentes, le fait que l'accord de licence soit conclu entre non-concurrents apparaît moins évident. De même, la justification de l'accord par la recherche d'un gain d'efficacité peut être moins bien établie et le risque de retarder l'innovation peut s'accroître. C'est le cas lorsque l'obligation de non-concurrence concernant la recherche-développement couvre ou affecte des domaines technologiques étrangers à la licence.

(160) Ces questions sont étroitement liées au débat concernant l'utilisation de seuils de parts de marché dans le cadre du transfert de technologie. Les intéressés sont invités à formuler leurs observations sur la mesure dans laquelle les obligations de non-concurrence doivent bénéficier d'une exemption par catégorie.

5.2.4 Subordination

(161) Jusqu'à présent, la Commission a généralement adopté une attitude négative vis-à-vis de la subordination lorsqu'elle concernait des produits non brevetés fournis directement par le donneur de licence⁵² ou par des entreprises désignées par lui⁵³. Dans son arrêt *Windsurfing*⁵⁴, la Cour de justice a confirmé une décision de la Commission condamnant un accord de licence au titre duquel le donneur de licence faisait dépendre la concession d'une licence de brevet (gréements pour planches à voile) de l'acceptation, par le licencié, de l'obligation d'acheter, d'utiliser et de vendre exclusivement des planches préalablement agréées par le donneur de licence. Dans cette affaire, le champ d'application du brevet du donneur de licence ne couvrait pas les produits liés (à savoir, les planches qui devaient être utilisées avec les gréements). Dans les circonstances de l'affaire, la Cour a considéré que "l'obligation faite arbitrairement au licencié de ne vendre le produit breveté qu'associé à un produit étranger au brevet [n'était pas] indispensable à l'exploitation du brevet" et qu'elle tombait, par conséquent, sous le coup de l'article 81, paragraphe 1. La Cour n'a cependant pas abordé la question de savoir si l'article 81, paragraphe 3, était applicable à une obligation de cette nature. La jurisprudence de la Cour n'exclut donc pas la possibilité de prendre en considération, conformément à l'article 81, paragraphe 3, les gains d'efficacité pouvant éventuellement résulter de la subordination.

(162) L'incidence concurrentielle effective de la subordination dépend généralement du degré de pouvoir de marché que détient le donneur de licence sur les marchés de la technologie et du produit concernés. Ainsi, la subordination peut s'avérer néfaste lorsqu'un donneur de licence disposant d'un pouvoir de marché fait usage de cette restriction pour étendre ce pouvoir du marché des produits subordonnants au marché des produits subordonnés, de manière à fermer ce second marché à ses concurrents ou à obtenir des prix supérieurs à la concurrence. On peut tenir un raisonnement analogue si la subordination est utilisée pour obliger le licencié à accepter d'autres licences.

⁵² Voir, par exemple, la décision de la Commission du 10 janvier 1979 dans l'affaire *Vassen/Morris*.

⁵³ Voir, par exemple, la décision de la Commission du 26 juillet 1988 dans l'affaire *Velcro/Aplix*.

⁵⁴ Affaire 193/83, Recueil 1986, p. 611.

(163) Bien que le règlement ECTT ne dise rien des gains d'efficience qui peuvent résulter d'une production ou d'une distribution conjointes, ou encore d'une standardisation de la qualité, il convient de rappeler que l'attitude de la Commission vis-à-vis de la subordination a considérablement changé à la suite de la nouvelle politique qu'elle a adoptée en matière de restrictions verticales. Le règlement n° 2790 exempté notamment la subordination entre non-concurrents à concurrence d'une part de marché de 30 %.

(164) Il convient donc de déterminer si le règlement ECTT doit être révisé en vue de ne plus faire figurer la subordination entre non-concurrents parmi ses clauses grises et de lui accorder le bénéfice de l'exemption par catégorie jusqu'à un certain plafond de parts de marché, sur le modèle des règles applicables aux restrictions verticales. Les intéressés sont invités à formuler leurs observations à ce sujet.

5.2.5 *Clauses de rétrocession*

(165) Comme indiqué à la section 2.2, les obligations non exclusives de rétrocession réciproque entre donneur de licence et licencié sont couvertes par le règlement ECTT, alors que les obligations non réciproques de rétrocession imposées au licencié ou la rétrocession exclusive pour des perfectionnements dissociables ne peuvent pas bénéficier d'une exemption au titre du règlement et sont traitées comme des clauses grises.

(166) Du point de vue économique, les clauses de rétrocession permettent aux parties de partager les risques et les coûts d'une poursuite de l'innovation sur la base de la technologie concédée, ce qui peut promouvoir l'innovation et la concession ultérieure de licences portant sur les résultats de celle-ci. En revanche, les clauses de rétrocession peuvent avoir un effet néfaste sur la concurrence si elles réduisent fortement l'intérêt pour le licencié d'investir dans un perfectionnement de la technologie concédée. Contrairement à la rétrocession exclusive, le régime de non exclusivité ne produit généralement pas d'effets anticoncurrentiels. L'exclusivité appliquée aux clauses de rétrocession peut, à l'inverse, réduire l'intérêt préalable du licencié à innover au départ de la technologie concédée.

(167) On peut se demander dans quelle mesure l'exclusion des obligations non réciproques du bénéfice de l'exemption par catégorie est indispensable pour protéger ledit intérêt préalable.

(168) Il convient par conséquent de réexaminer le règlement ECTT en vue de déterminer si les clauses de rétrocession non réciproques et, dans certains cas, exclusives, peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie.

5.2.6 *Clauses de non-contestation*

(169) Dans la perspective de la suppression du système de notification, le traitement juridique des dispositions de non-contestation, que le règlement ECTT classe actuellement parmi les clauses grises, doit être réexaminé.

(170) Pour justifier une extension possible de l'exemption par catégorie à ce type de restriction, on peut avancer que les clauses de non-contestation peuvent, dans certains cas, faciliter la concession de licences et la diffusion de la technologie. On peut citer à titre d'exemple la concession prospective d'une licence par une petite entreprise technologique

à une entreprise plus grande, lorsque la PME est fondée à craindre que le licencié s'approprie le savoir-faire et conteste ensuite la validité du brevet. On peut également considérer, à l'inverse, que si le brevet faisant l'objet d'une licence n'est effectivement pas valable, ou si le savoir-faire concédé n'est pas substantiel et secret, les clauses de non-contestation peuvent avoir des effets anticoncurrentiels considérables sans apporter aucun avantage. Elles peuvent faire grimper les prix du produit sous licence, le licencié demeurant tenu au paiement de redevances. Elles peuvent également empêcher le licencié de livrer une concurrence au donneur de licence. Cela peut notamment être le cas lorsque le licencié n'est pas autorisé à contester la validité de DPI étrangers à la licence.

(171) Il apparaît que la jurisprudence de la Cour de justice n'est pas encore complète sur ce point. Dans son arrêt *Bayer/Süllhöfer*, la Cour a établi qu' "une clause de non-contestation insérée dans un accord de licence de brevet *peut* avoir, eu égard au contexte juridique et économique, un caractère restrictif de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité" (c'est la Commission qui souligne)⁵⁵. La Cour a ajouté qu'il convenait notamment "de vérifier si, compte tenu de la position qu'occupent les entreprises concernées sur le marché des produits en cause, elle est de nature à restreindre la concurrence de manière sensible"⁵⁶. Toutefois, dans son arrêt *Windsurfing* antérieur, la Cour a déclaré qu' "une telle clause ne [relevait] manifestement pas de l'objet spécifique du brevet" et violait l'article 85, paragraphe 1⁵⁷.

(172) Il convient encore de rappeler que le règlement n° 2659/2000 de la Commission ne couvre pas les accords de recherche-développement dans lesquels les parties ne sont pas autorisées à contester la validité des DPI en cause, sans préjudice toutefois "de la possibilité de mettre fin à l'accord de recherche et de développement au cas où l'une des parties contesterait la validité de pareils droits de propriété intellectuelle"⁵⁸.

(173) Les intéressés sont invités à formuler leurs observations sur l'opportunité d'appliquer, dans un futur règlement d'exemption par catégorie sur les accords de licence, une approche similaire à celle retenue dans le règlement n° 2659/2000.

6. CONCLUSIONS ET OPTIONS POUR L'AVENIR

(174) Il ressort de l'examen préliminaire que contient le présent rapport qu'il existe des raisons fondées d'entreprendre une révision approfondie du règlement ECTT.

(175) D'une part, le règlement, outre qu'il lui est reproché d'avoir un champ d'application trop étroit, est considéré, d'une manière générale, comme trop formaliste et trop complexe. Il ne s'applique pas à plusieurs régimes de licence qui ne présentent pas de grands risques pour la concurrence, et il semble que ce problème s'accroisse avec les nouvelles tendances observées en matière de concession de licences. Dans certains cas, en imposant aux entreprises le respect de règles superflues et en les faisant rentrer de force dans un corset juridique, le règlement ECTT peut faire dévier l'application de ses

⁵⁵ Affaire 65/86, arrêt du 27 septembre 1988, Recueil 1988, p. 5249, point 16.

⁵⁶ *Id.*, point 19.

⁵⁷ Affaire 193/83, arrêt du 25 février 1986, Recueil 1986, p. 611, points 92 et 93.

⁵⁸ Règlement n° 2659/2000, article 5.

dispositions vers une dissuasion excessive, ce qui peut avoir une incidence négative sur l'efficacité dynamique.

(176) D'autre part, il semble ne pas accorder une importance suffisante à la concurrence inter-marques et n'applique pas une approche cohérente en ce qui concerne le lien concurrentiel entre les donneurs de licence et les licenciés. Il peut ainsi s'appliquer à certains régimes de licence qui ne devraient pas être couverts parce qu'ils peuvent s'avérer néfastes pour la concurrence et aboutir à une réduction de l'efficacité dynamique et de la répartition efficace des ressources.

(177) Enfin, le règlement ECTT n'est pas conciliable avec les récentes réformes touchant les accords verticaux et horizontaux, ce qui nuit à la cohérence de la politique de concurrence de la Communauté et à la prévisibilité des règles.

(178) Il est peut-être utile, par conséquent, que la Commission conçoive de nouvelles règles de concurrence applicable aux accords de licence. Elles pourraient prendre la forme d'un règlement-cadre d'exemption par catégorie, à la portée très vaste, associé à des lignes directrices. Le champ d'application du nouveau règlement devra couvrir une gamme d'accords de brevets et de savoir-faire plus étendue que celle couverte par le règlement ECTT, mais il conviendra également d'évaluer l'opportunité d'y inclure d'autres accords portant sur des DPI, en particulier les accords de licence en matière de droits d'auteur. La Commission s'efforcera d'aligner le nouveau texte sur les règlements d'exemption par catégorie récemment adoptés en limitant son caractère normatif et en s'attachant à définir une liste limitée de restrictions flagrantes.

(179) Il conviendra également d'examiner dans quelle mesure l'étendue d'une exemption aussi vaste doit être limitée par le recours à des seuils de parts de marché ou à d'autres critères en vue de sauvegarder efficacement la concurrence et l'innovation. À cet égard, la Commission considérera qu'une part de marché élevée ou un pouvoir de marché important ne doivent pas forcément être perçus négativement, car ils expriment souvent la réussite d'une activité innovante, et c'est précisément cette activité qui doit être protégée. Il n'en reste pas moins que la plupart des effets négatifs sur la concurrence apparaissent dans des situations où le donneur de licence ou les licenciés disposent d'un certain pouvoir de marché et où, par conséquent, une exemption générale par catégorie peut s'avérer moins indiquée. On peut, en outre, faire les observations suivantes:

- il est plus opportun d'utiliser des seuils de parts de marché dans le cas de restrictions qui ne sont pas liées à l'exploitation du DPI concédé que dans le cas contraire;
- en ce qui concerne les restrictions qui sont liées au DPI concédé, il est plus opportun de recourir à des seuils de parts de marché pour la concession de licences entre concurrents qu'entre non-concurrents;
- il est inopportun d'ouvrir l'exemption par catégorie à la concession de licences par des entreprises dominantes, les accords anticoncurrentiels de ce type d'entreprise ne pouvant, en principe, bénéficier d'une exemption. La Commission pourrait cependant expliquer dans des lignes directrices dans quels cas des restrictions applicables à la concession de licences ne tombent pas sous le coup de l'article 81, paragraphe 1.

(180) Pour certains types de licence, il peut s'avérer plus difficile de définir les marchés et d'établir les parts de marché. Ce ne sera généralement pas le cas lorsque le DPI ne porte que sur un perfectionnement peu important de technologies ou de produits existants, auquel cas les marchés du produit ou de la technologie affectés par l'accord de licence seront les marchés en cause. Cette difficulté peut cependant se manifester lorsque le DPI porte sur une amélioration majeure ou une rupture par rapport à des technologies ou des produits existants. Il convient alors de vérifier si l'analyse nécessite la définition de marchés de recherche et de développement (marché de l'innovation) et si d'autres indicateurs du pouvoir de marché peuvent être utilisés.

(181) La Commission devra tenir compte de l'éventuelle nécessité de couvrir également, avec le futur règlement d'exemption par catégorie, la concession de licences multipartites. Le cas échéant, il conviendra de modifier le règlement n° 19/65 du Conseil, qui ne permet de couvrir, actuellement, que les accords de licence conclus entre deux parties.

(182) Sans exclure d'autres possibilités qui devraient également faire l'objet d'une discussion, la Commission soumet à consultation publique le cadre suivant en vue d'un nouveau régime.

(183) La première et principale distinction doit d'établir entre les accords de licence conclus entre concurrents et ceux conclus entre non-concurrents. La Commission devra déterminer comment cette distinction peut et doit être établie dans la pratique. Elle renvoie, pour lancer la discussion, aux considérations des points 125 et 126 ci-dessus.

(184) En ce qui concerne la concession de licences *entre non-concurrents*, la future exemption par catégorie

- pourrait traiter les restrictions qui ne sont pas liées à l'exploitation du DPI concédé, comme les clauses de non-concurrence et la subordination, de la même manière que le règlement n° 2790/99 (seuil de 30 % de parts de marché, exclusion de certaines restrictions flagrantes et application de certaines conditions);

- pourrait limiter son application à certaines restrictions liées à l'exploitation du DPI concédé, telles que les restrictions territoriales, en matière de clientèle et de domaine d'utilisation, au moyen d'un seuil lié à la position dominante. L'exemption par catégorie prévoirait une liste limitée de restrictions flagrantes concernant en particulier les restrictions en matière de prix et, éventuellement, certaines restrictions territoriales. Elle peut également comporter des conditions excluant certaines restrictions (caractère dissociable);

- prévoirait qu'au-dessous du seuil de parts de marché et du seuil de position dominante, le mécanisme de retrait soit maintenu.

(185) Un tel traitement instituerait, pour les restrictions qui ne sont pas liées à l'exploitation du DPI concédé, une cohérence avec le règlement d'exemption par catégorie n° 2790/99. Par rapport au règlement ECTT, cela signifierait que certaines restrictions qui figurent actuellement sur les listes noire ou grise seraient exemptées à concurrence d'un certain seuil de parts de marché. L'autre possibilité consiste à ne pas couvrir les restrictions de cette nature, comme c'est actuellement le cas dans le règlement ECTT.

(186) Pour les restrictions qui sont liées à l'exploitation du DPI concédé, comme les exclusivités territoriales, en matière de clientèle et en matière de domaine d'utilisation, le seuil lié à la position dominante sera non seulement nécessaire en raison de la dernière condition énoncée à l'article 81, paragraphe 3, mais également utile pour prendre en considération d'éventuels risques de verrouillage du marché. Un tel seuil ne serait applicable que si l'accord relève de l'article 81, paragraphe 1, par exemple en cas de verrouillage du marché. Un ensemble de lignes directrices accompagnant le futur règlement pourraient décrire les situations dans lesquelles des licences exclusives ne sont pas susceptibles de tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, en tenant compte, notamment, de la situation qui régnerait sur le marché en l'absence de la licence en question. Une liste de restrictions flagrantes plus limitée serait également appliquée, de sorte que certaines restrictions ne seraient plus illicites en soi: il pourrait s'agir, notamment, de restrictions liées à la quantité, de certaines restrictions liées à la répartition de la clientèle et de l'instauration de prix maximums et de prix recommandés. Les restrictions territoriales requerraient une approche plus nuancée. La liste des restrictions flagrantes, tout en étant fondée sur le règlement d'exemption par catégorie n° 2790/99, doit prendre en considération les caractéristiques spécifiques des accords de licence.

(187) En ce qui concerne la concession de licences *entre concurrents*, la future exemption par catégorie

- pourrait être limitée par un seuil de parts de marché pouvant aller jusqu'à 25 %;
- contiendrait une liste de restrictions flagrantes qui, directement ou indirectement,
 - fixent les prix,
 - limitent la production ou les ventes,
 - répartissent des territoires ou des clients;
- pourrait devoir comporter une liste de conditions excluant certaines restrictions (caractère dissociable).

(188) Il en résulterait une cohérence avec le règlement d'exemption par catégorie n° 2659/2000. Par rapport au règlement ECTT, il s'agirait donc d'une approche plus nuancée en ce qui concerne les accords de mise en commun, les accords de concession réciproque de licences, les accords de licence portant sur des entreprises communes et les restrictions qui ne concernent pas l'exploitation du DPI lui-même, telles que les clauses de non-concurrence et la subordination. Ces restrictions sont actuellement soit exclues du règlement ECTT, soit inscrites sur la liste noire. Cette approche fournirait, de manière légitime, une protection moins importante aux restrictions territoriales convenues entre concurrents dans le cadre d'accords de licence exclusive.

(189) Au-delà des seuils mentionnés, les lignes directrices devraient préciser quelles règles de concurrence sont applicables, en se référant si nécessaire aux lignes directrices en vigueur concernant la coopération horizontale et les restrictions verticales.

(190) Il convient de tenir compte, dans le réexamen des règles en vigueur et la conception d'un nouveau régime, du fait que l'innovation dans les produits et les

technologies est, à longue échéance, la source ultime d'une concurrence vive et véritable. Le fait de mettre excessivement l'accent sur une répartition efficace des ressources à court terme peut par conséquent aboutir, sur le plan social, à un mauvais compromis entre efficacité statique et efficacité dynamique.

(191) En ce qui concerne le calendrier du présent réexamen, il est à noter que, bien que la validité du règlement ECTT s'étende jusqu'au 31 mars 2006, il sera peut-être nécessaire de le modifier ou de le remplacer avant cette date. Vu, notamment, les propositions de la Commission concernant la modernisation du règlement n° 17, la méthode de la liste grise et la procédure d'opposition connexe que prévoit le règlement ECTT risquent d'être dépassées. Les règles applicables aux accords de transfert de technologie devront alors être adaptées au nouveau cadre juridique, de manière à garantir la plus grande transparence possible de la politique en la matière et la cohérence entre les divers instruments du droit de la concurrence applicables aux DPI.

(192) En vue de déterminer la meilleure solution pour la définition d'un nouveau régime en la matière, la Commission invite les tiers à formuler leurs observations, notamment sur le cadre ci-dessus. Toutes les observations doivent être adressées avant le 26.04.2002:

Par courrier à l'adresse suivante

Commission européenne
Bureau: J 70 - 5/93
Direction générale de la Concurrence
B-1049 Bruxelles
Belgique

Par courrier électronique

comp-technology-transfer@cec.eu.int

Le présent Rapport est également disponible dans toutes les langues de la Communauté sur le World Wide Web à l'adresse suivante :

http://comm/competition/antitrust/technology_transfer/

Confidentialité: prière d'indiquer clairement si vos observations ne peuvent pas être communiquées à des tiers.



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 20.02.2002

COM(2002) 92 final

2002/0047 (COD)

Proposition de

DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL

concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur

(présentée par la Commission)

EXPOSÉ DES MOTIFS

OBJECTIF DE L'INITIATIVE COMMUNAUTAIRE

La création de logiciels connaît une croissance régulière depuis quelques années. Par l'influence majeure qu'elle exerce sur l'ensemble de l'industrie européenne, elle apporte une contribution substantielle au PIB et à l'emploi. En 1998, la valeur du marché du progiciel en Europe était de 39 milliards d'euros¹. Selon une étude récente conduite par Datamonitor², le nombre de personnes associées à la création de logiciels dans les pays d'Europe occidentale devrait croître de 24 % à 71 % entre 1999 à 2003, avec une moyenne de 47 %. Par ailleurs, chaque emploi lié aux progiciels est à l'origine de deux à quatre emplois dans les secteurs en aval et d'un emploi dans les secteurs en amont.

Son potentiel de croissance futur et, partant, son incidence sur l'économie, se trouvent encore renforcés par l'accélération de l'importance acquise par le commerce électronique dans la société de l'information basée sur Internet. En raison du degré de maturité atteint par l'industrie des logiciels, il est de plus en plus difficile et coûteux de leur apporter des améliorations; dans le même temps, ils peuvent être facilement copiés.

Les brevets jouent un rôle essentiel en assurant la protection des inventions techniques en général. Le principe de base sur lequel repose le système des brevets a démontré son efficacité pour toutes sortes d'inventions auxquelles la protection par brevet a été accordée dans les États membres de la Communauté européenne. Les brevets représentent une incitation à investir dans le temps et le capital nécessaires et elle stimule l'emploi. La société en général tire également profit de la divulgation de l'invention, laquelle engendre un progrès technique dont d'autres inventeurs peuvent tirer parti.

La situation juridique actuelle concernant la protection par brevet des inventions mises en œuvre par ordinateur³ est ambiguë, ce qui entraîne une insécurité juridique. En fait, les programmes d'ordinateurs "en tant que tels" sont exclus de la brevetabilité par le droit des brevets des États membres et la Convention sur le brevet européen (CBE)⁴ mais des milliers de brevets concernant des inventions mises en œuvre par ordinateur ont été délivrés par l'Office européen des brevets (OEB) et les offices nationaux des brevets. L'OEB en a délivré à lui seul plus de 20.000. Nombre de ces brevets sont déposés dans les secteurs essentiels de la technologie de l'information comme le traitement des données numériques, la reconnaissance, la représentation et le stockage de données. D'autres sont délivrés dans des secteurs techniques tels que l'automobile et la construction mécanique, par exemple pour les processeurs commandés par programme.

Bien que les dispositions statutaires fixant les conditions de délivrance de ce type de brevets soient les mêmes pour les offices nationaux des brevets et pour l'OEB, leur mise en application dans la jurisprudence et les pratiques administratives de chaque État membre diffère. Il existe des différences, notamment, entre la jurisprudence des chambres de recours

¹ Cf. l'étude de Booz Allen & Hamilton menée pour le compte du ministère néerlandais des affaires économiques, "The Competitiveness of Europe's ICT Markets", mars 2000, p. 10.

² "Packaged software in Western Europe: The economic impact of the packaged software industry on the combined economies of sixteen European countries", septembre 2000, Datamonitor, Londres

³ Pour une définition du terme, voir article 1.

⁴ La "Convention de Munich" est entrée en vigueur le 7 octobre 1977. Les 15 États membres de la CE ainsi que Chypre, le Liechtenstein, Monaco, la Suisse et la Turquie sont parties contractantes.

de l'Office européen des brevets et les tribunaux des États membres. Une invention mise en œuvre par ordinateur peut être protégée dans un État membre mais pas dans un autre, ce qui produit des effets directs négatifs sur le bon fonctionnement du marché intérieur⁵.

La présente directive s'emploie à apporter une réponse à cette situation en harmonisant les droits nationaux des brevets en ce qui concerne la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur et en rendant les conditions de brevetabilité plus transparentes.

FONDEMENT DE L'INITIATIVE: LA CONSULTATION DE LA COMMISSION

À la suite de la consultation organisée autour du Livre vert sur le brevet communautaire et le système des brevets en Europe⁶ en 1997, la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur a été identifiée au début de 1999 comme l'une des priorités pour lesquelles la Commission européenne devait prendre rapidement des mesures⁷. Une directive harmonisant le droit des États membres sur la question lèverait l'ambiguïté et l'incertitude juridique entourant cette question. Il a également été déclaré que parallèlement à cette action menée au niveau communautaire, les États signataires de la Convention sur le brevet européen devraient prendre les mesures nécessaires pour modifier l'article 52, paragraphe 2, point c de la Convention, notamment en supprimant les "programmes d'ordinateur" de la liste des inventions non brevetables.

À partir de 1999, le débat public sur la question s'est fait plus intense. Certaines branches de l'industrie européenne ont demandé à plusieurs reprises que l'on agisse rapidement pour lever l'ambiguïté actuelle et l'insécurité juridique entourant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur tandis que les concepteurs et utilisateurs de logiciels libres ainsi qu'un nombre substantiel de petites et moyennes entreprises qui les soutiennent se déclaraient de plus en plus préoccupés par les brevets de logiciel.

Le 19 octobre 2000, la Commission européenne a lancé une dernière série de consultations dans lesquelles le grand public et les États membres étaient invités à formuler des commentaires sur la base d'un document disponible sur Internet⁸.

La consultation a adopté une approche à deux volets. Il s'agissait d'abord de répondre à la question de savoir si, d'une manière générale, des mesures d'harmonisation étaient vraiment nécessaires au niveau communautaire et en cas de réponse affirmative, quel devait être ce niveau d'harmonisation. La jurisprudence établie au sein de l'OEB était ensuite exposée d'une manière relativement détaillée et un certain nombre d'éléments très spécifiques pouvant figurer dans un exercice d'harmonisation basé plus ou moins sur ce *statu quo* étaient proposés.

Les quelque 1.450 réponses reçues ont été analysées par un contractant qui a produit un rapport⁹.

⁵ Pour plus de détails sur les divergences, voir ci-après.

⁶ Promouvoir l'innovation par le brevet: Livre vert sur le brevet communautaire et le système des brevets en Europe COM(1997) 314 final du 24 juin 1997.

⁷ Promouvoir l'innovation par le brevet: les suites à donner au Livre vert sur le brevet communautaire et le système des brevets en Europe COM (1999) 42 final du 5 février 1999.

⁸ La brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur: document de consultation établi par les services de la Direction générale "Marché intérieur"(19 Octobre 2000). Document pouvant être téléchargé à l'adresse: http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/indprop/indprop/softpaten.htm

⁹ http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/indprop/softpatanalyse.htm

Ces réponses font clairement apparaître un besoin d'agir. Les imprécisions sur les limites de la brevetabilité ont des effets très négatifs sur l'industrie. Toutefois, les avis diffèrent largement sur la question des mesures à prendre: certains souhaitent voir imposer des limites strictes aux brevets liés aux logiciels (ou même une interdiction totale), d'autres sont partisans d'une harmonisation à un niveau plus ou moins proche du *statu quo* défini par la pratique actuelle et la jurisprudence de l'OEB.

Les réponses individuelles émanaient principalement des partisans des logiciels libres dont les points de vue allaient de l'interdiction totale des brevets de logiciel à la position "officielle" de l'Alliance Eurolinux opposée au dépôt de brevet sur les logiciels destinés aux ordinateurs standards. En revanche, les propositions qui reprenaient d'une manière générale l'approche adoptée par le document de consultation émanaient le plus souvent d'organisations régionales ou sectorielles représentant de nombreuses entreprises de toutes tailles, telles que l'Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe (UNICE), l'Association des industries européennes des technologies de l'information et des communications (EICTA) et la European IT Services Association. Des réponses ont également été reçues de diverses grandes organisations, d'autres associations industrielles et des professionnels de la propriété intellectuelle. Ainsi, même si les réponses dans cette catégorie ont été beaucoup moins nombreuses que celles en faveur de l'approche "libre", il semble évident que le poids économique mesuré par le nombre d'emplois concernés et l'importance des investissements nécessaires, fait pencher la balance en faveur de l'harmonisation au sens du document de consultation.

La direction générale "Entreprises" de la Commission a également commandé une étude concernant plus particulièrement les petites et moyennes entreprises (PME)¹⁰. Cette étude visait à étudier la façon dont les PME engagées dans le développement de logiciels protègent leur propriété intellectuelle. L'objectif était de mettre à leur disposition une brochure les sensibilisant aux diverses méthodes de protection de la propriété intellectuelle et les informant de ces formes de protection. L'étude, largement basée sur un travail documentaire, a été complétée par un questionnaire d'enquête adressé à des PME de l'industrie européenne du logiciel sélectionnées à partir d'un certain nombre de sources. Douze PME ont répondu au questionnaire. Un nombre limité de grandes entreprises de logiciel européennes ont également été interrogées ainsi que diverses organisations de recherche publique.

Parmi les PME qui ont répondu, beaucoup n'étaient guère conscientes du fait que les brevets pouvaient protéger leurs produits. Les brevets étaient considérés par les petites entreprises comme un moyen complexe, coûteux et difficile à mettre en œuvre et donc de moindre utilité que le droit d'auteur ou des moyens de protection informels. Il ne semblait guère évident non plus que les brevets pouvaient constituer une source d'information technique. Ces résultats mettent en lumière la nécessité de sensibiliser davantage les PME et posent un défi particulier aux praticiens et aux administrateurs des différents systèmes.

La Commission a étudié la question de savoir dans quelle mesure les législations nationales appliquées aux inventions mises en œuvre par ordinateur devaient être harmonisées, compte tenu de l'incidence probable de la proposition sur l'innovation et la compétitivité en Europe et

¹⁰ "Patent protection of computer programmes" (Contrat n°. INNO-99-04). Rapport disponible sur le site <ftp://ftp.ipr-helpdesk.org/softstudy.pdf>. Un guide complémentaire de la protection des logiciels pour les petites et moyennes entreprises peut être également téléchargé du site suivant: <ftp://ftp.ipr-helpdesk.org/software.pdf>

dans le reste du monde ainsi que sur les entreprises européennes et le commerce électronique. Elle a également examiné l'incidence sur les petites et moyennes entreprises et sur la création et la diffusion de logiciels libres. Dans ce but précis, il a été tenu compte des résultats d'une étude sur l'incidence économique de la brevetabilité des programmes d'ordinateur ainsi que d'autres études économiques pertinentes¹¹. Pour déterminer les conditions de brevetabilité, la Commission s'est penchée tout particulièrement sur les pratiques de ses principaux partenaires commerciaux, notamment les Etats-Unis et le Japon. Dans ce contexte, on s'est intéressé à la délivrance de brevets concernant des méthodes pour l'exercice d'activités économiques ("Business methods"), mises en œuvre par ordinateur, aux Etats-Unis et plus spécifiquement aux brevets ayant des applications dans le commerce électronique. Les brevets concernant des méthodes pour l'exercice d'activités économiques suscitent un débat considérable dans les pays industrialisés.

CONCURRENCE INTERNATIONALE: LA SITUATION JURIDIQUE AUX ETATS-UNIS ET AU JAPON

Pour créer des conditions égales en matière de protection des inventions mises en œuvre par ordinateur entre l'Europe et les Etats-Unis, il aurait pu être jugé souhaitable d'élargir le champ de protection et de mettre le droit européen des brevets en conformité avec le droit américain. On aurait pu imaginer, en particulier, d'autoriser la brevetabilité des méthodes pour l'exercice d'activités économiques (business methods) mises en œuvre par ordinateur.

En Europe, l'invention doit offrir une *contribution technique*, ce qui n'est pas le cas aux Etats-Unis. Au Japon, on applique traditionnellement une doctrine équivalente: l'invention doit être une conversion hautement perfectionnée de concepts techniques mettant en œuvre une loi de la nature. Aux Etats-Unis, l'invention doit simplement appartenir à un domaine technique et aucune contribution technique n'est nécessaire. Le simple fait que l'invention utilise un ordinateur ou un logiciel l'intègre à la dimension technique si elle fournit également un "résultat tangible utile et concret". Comme les Etats-Unis n'exigent pas que l'invention fournisse une contribution technique, il n'est guère imposé de restrictions à la demande de brevets pour des "business methods" (en dehors des exigences de nouveauté et de degré d'inventivité)¹².

L'INCIDENCE DE LA BREVETABILITÉ DES INVENTIONS LIÉES AUX LOGICIELS SUR L'INNOVATION, LA CONCURRENCE ET LES ENTREPRISES

L'étude mentionnée ci-dessus (cf. note 11) estime que l'expérience acquise par les Etats-Unis a valeur de test. Elle constate que "la brevetabilité des inventions associées à un programme

¹¹ "The Economic Impact of Patentability of Computer Programs" (document pouvant être téléchargé du site http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/indprop/studyintro.htm). L'étude a été menée par le Intellectual Property Institute, Londres, pour le compte de la Commission et présenté dans sa forme définitive en mars 2000. D'autres études économiques pertinentes ont été prises en considération. Elles concernent la situation aux Etats-Unis qui est différente: Cohen, Wesley M., Nelson, Richard R., and Walsh, John P., Protecting their Intellectual Assets: Appropriability Conditions and why U.S. Manufacturing Firms Patent (or not), Working Paper 7552, National Bureau of Economic Research, February 2000; Bessen, James and Maskin, Eric, Sequential Innovation, Patents, and Imitation, Working Paper, Department of Economics, Massachusetts Institute of Technology, January 2000; Jaffe, Adam B., The U.S. Patent System in Transition: Policy Innovation and the Innovation Process, Working Paper 7280, National Bureau of Economic Research, August 1999.

¹² Cf la décision de la Cour d'appel des Etats-Unis pour la sûreté fédérale du 23 juillet 1998, dans l'affaire *State Street State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.*, 149 F.3d 1368, les demandes de brevets pour des "business methods" sont montées en flèche.

d'ordinateur a contribué à la croissance de l'industrie du logiciel aux Etats-Unis, et surtout au fait que des PME et des concepteurs de logiciels indépendants sont devenus des entreprises importantes, voire des leaders du marché¹³. En Europe aussi, on observe un nombre croissant mais encore limité de concepteurs de logiciels indépendants qui utilisent les brevets pour mobiliser des capitaux ou accorder des licences¹⁴. La législation sur le droit d'auteur est la principale source de protection qui a favorisé la croissance de l'industrie du logiciel.

Toutefois l'étude montre aussi clairement que la brevetabilité d'inventions mises en œuvre par ordinateur suscite des préoccupations aux Etats-Unis. Celles-ci concernent en premier lieu la délivrance de brevets jugés "clairement non valables" (notamment dans le domaine du commerce électronique), c'est-à-dire de brevets qui sont accordés pour des inventions qui ne sont pas nouvelles ou qui, a priori, n'ont pas fait l'objet d'une activité inventive. En second lieu, les brevets délivrés pour des inventions mises en œuvre par ordinateur risquent de renforcer la position des principaux acteurs sur le marché. En troisième lieu, les brevets délivrés pour l'innovation progressive qui caractérise l'industrie du logiciel, engendrent des coûts économiques liés à l'identification des titulaires des brevets et à la négociation des licences nécessaires. L'étude reconnaît cependant que ces réserves ne semblent pas l'emporter sur les effets positifs de la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur aux Etats-Unis. Pour montrer brièvement comment l'Europe pourrait mieux éviter ces effets négatifs que les Etats-Unis, l'étude fait remarquer que "notre force réside dans l'application de procédures d'opposition parallèlement à la possibilité de soumettre des observations sur la brevetabilité des inventions à l'OEB sans devoir recourir à des procédures d'opposition". Ces moyens juridiques importants permettant de garantir la qualité des brevets n'existent pas aux Etats-Unis.

L'étude fait aussi remarquer qu'en Europe, nous devons veiller à l'application de normes d'examens adéquates, notamment de l'activité inventive, pour prévenir la délivrance de brevets invalides¹⁵. Il convient d'ajouter que la qualité de l'examen effectué notamment par l'OEB est largement reconnue. Enfin, rien n'indique, selon l'étude, que les positions des grandes entreprises en matière de brevets ou d'autres concepteurs de logiciels aient injustement porté préjudice aux droits des concepteurs de logiciels indépendants européens¹⁶.

L'étude identifie comme option possible pour l'harmonisation "le maintien du *statu quo*" (tel que défini par la jurisprudence de l'OEB) sous réserve de la suppression de l'exclusion des "programmes d'ordinateur" "en tant que tels". Selon les auteurs, celle-ci n'aurait qu'une conséquence importante, à savoir que les PME et les concepteurs de logiciels indépendants seraient moins enclins à considérer les inventions liées à des programmes d'ordinateur comme ne pouvant faire l'objet de brevet¹⁷. "En revanche, il n'existe pas de preuves économiques irréfutables attestant d'une éventuelle amélioration de la protection de la propriété intellectuelle dans l'industrie du logiciel"¹⁸.

¹³ Voir étude, p. 5.

¹⁴ Idem., p. 3.

¹⁵ Idem, p. 5 et suivante

¹⁶ Idem, p. 3.

¹⁷ Idem, p. 8.

¹⁸ Idem, p. 36.

LA SITUATION JURIDIQUE ACTUELLE CONCERNANT L'ARTICLE 52, PARAGRAPHES 1 ET 2 DE LA CONVENTION SUR LE BREVET EUROPÉEN

LA CONDITION FONDAMENTALE DU "CARACTÈRE TECHNIQUE"

Conformément aux dispositions générales, cf article 52, paragraphes 1 à 3 de la CBE que reprend pour l'essentiel le droit des brevets des États membres, les brevets européens sont délivrés pour les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle, cf article 52, paragraphe 1.

Les programmes d'ordinateur "en tant que tels" sont exclus de la brevetabilité par les dispositions de l'article 52 de la Convention sur le brevet européen (CBE). Les chambres de recours de l'OEB jugent fondamental que toutes les inventions aient un *caractère technique*. De même, l'article 27, premier paragraphe, de l'accord sur les ATPIC confirme que toute invention peut faire l'objet d'un brevet dans tous les domaines *techniques*. En conséquence, les chambres de recours de l'OEB et les tribunaux des États membres ont jugé que les inventions mises en œuvre par ordinateur peuvent être considérées comme brevetables lorsqu'elles présentent un caractère technique, c'est-à-dire lorsqu'elles appartiennent à un domaine technique. Les inventions mises en œuvre par ordinateur qui répondent à cette condition ne sont pas exclues au sens de l'article 52, paragraphe 2 car elles ne sont pas considérées comme étant liées aux programmes d'ordinateur "en tant que tels". En fait, les chambres de recours de l'OEB considèrent que les inventions mises en œuvre par ordinateur qui ne présentent aucun caractère technique doivent être exclues¹⁹.

En ce qui concerne la question de savoir quelles inventions mises en œuvre par ordinateur présentent "un caractère technique", la conclusion à tirer de l'affaire récente *Controlling pension benefits system*²⁰, est que tous les programmes exécutés sur un ordinateur sont par définition techniques (parce qu'un ordinateur est une machine). Ils répondent donc à cette première condition d'être une "invention").

Les mêmes considérations ont été appliquées par les chambres de recours de l'OEB aux autres éléments visés par l'article 52, paragraphe 2, de la CBE qui sont exclus de la brevetabilité "en tant que tels", par exemple les "méthodes pour l'exercice d'activités économiques", les "présentations d'informations", ou les "créations esthétiques". Cela signifie que les inventions relatives à ces éléments sont également à considérer comme brevetables si elles présentent un caractère technique.

En ce qui concerne la représentation de l'invention dans les revendications de brevet, la chambre a jugé dans les affaires *Computer program product I & II*²¹, que si un programme sur un support de données a la *capacité* de produire un effet technique lorsqu'il est exécuté sur un ordinateur ce programme revendiqué en tant que tel ne doit pas être exclu de la brevetabilité. Cela a été interprété comme signifiant qu'il devrait être autorisé de revendiquer ce programme en tant que tel, en tant qu'enregistrement sur un support de données ou sous forme de signal (par exemple en tant que fichier sur disque ou transmis via Internet).

¹⁹ *Computer program product I et II*, T1173/97 du 1.7.1998, 1999 JO OEB [609] et T0935/97 du 4.2.1999, [1999] R.P.C. 861. Dans les deux cas, les motifs d'exclusion sont largement similaires

²⁰ *Controlling pension benefits system/PBS* décision T-0931/1995 du 8.09.2000

²¹ Cf. supra. Voir également l'affaire T1002/92 où la chambre de recours de l'OEB a émis cette critique pour la première fois.

Le rôle de l'algorithme

Le terme "algorithme" peut être considéré dans son sens le plus large comme toute séquence d'actions détaillée visant à exécuter une tâche spécifique. Dans ce contexte, il peut englober les processus techniques comme les processus non techniques.

La simple existence d'un algorithme ne constitue pas un critère exploitable permettant de distinguer les objets brevetables des objets non brevetables. Un algorithme peut être à la base d'une invention mise en œuvre par ordinateur ou d'une invention concernant une machine conventionnelle (mécanique, installation électrique, etc.) ou le processus exécuté par cette machine. La seule différence est qu'un programme d'ordinateur est exécuté par des instructions délivrées directement à l'ordinateur tandis qu'une machine conventionnelle est actionnée par ses composants (mécanique, électrique, etc.).

Un algorithme abstrait peut être défini en termes de logique pure, sans qu'il y ait référence physique. Il est possible qu'un tel algorithme soit mis en pratique dans un grand nombre de fonctions différentes et dans des domaines apparemment sans rapport entre eux et qu'il puisse y produire différents effets. Ainsi, un algorithme qui est considéré comme une entité théorique isolée de son environnement physique et dont il n'est en conséquence pas possible de déduire les effets, revêt un caractère intrinsèquement non technique et ne peut donc être considéré comme une invention brevetable.

Une conséquence de ce qui précède est qu'un algorithme abstrait en tant que tel ne peut faire l'objet d'un monopole. D'après les règles normales de brevetabilité, une revendication de brevet pour une invention reposant sur un algorithme particulier, ne peut s'étendre à d'autres applications de cet algorithme.

La protection par brevet et la protection par droit d'auteur sont complémentaires

Un *brevet* protège une invention dans les limites des revendications de brevet qui déterminent l'étendue de la protection conférée²². Ainsi, le titulaire d'un brevet pour une invention mise en œuvre par ordinateur peut empêcher des tiers d'utiliser des programmes mettant en œuvre son invention. Ce principe s'applique même si l'on peut trouver diverses façons d'y parvenir en utilisant des programmes dont les codes-source ou les codes-objet diffèrent et qui dans le même temps, peuvent être protégés par des droits d'auteur indépendants qui ne se portent pas mutuellement atteinte²³.

Par ailleurs, la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur²⁴, dispose que la protection par le *droit d'auteur* s'applique à toute forme d'expression d'un programme d'ordinateur, tandis que les idées et principes sous-jacents à quelque élément que ce soit d'un programme d'ordinateur, y compris ceux à la base de ses interfaces, ne sont pas protégés. Un programme d'ordinateur est protégé s'il est original au

²² Les revendications doivent être interprétées à la lumière de la description de l'invention et des schémas associés. Cf, par exemple, l'article 69, premier paragraphe de la CBE.

²³ Une telle expression à elle seule ne peut servir pour la divulgation d'une invention; voir par exemple, les lignes directrices de l'OEB pour un examen de fond, partie C, chapitre-II, point 4.14a.

²⁴ La législation relative aux droits d'auteur appliqués aux programmes d'ordinateur a été harmonisée au niveau communautaire avec l'introduction de cette directive: directive du Conseil du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (91/250/CEE), [17.5.1991] JO L 122, p. 42. Voir le rapport de la Commission sur la mise en œuvre et les effets de la directive 91/250/CEE, COM(2000) 199 final du 10.4.2000.

sens où il est la création intellectuelle de son auteur. Dans la pratique, cela signifie que le droit d'auteur subsiste dans l'expression d'une forme quelconque du code-source ou du code-objet d'un programme mais pas dans les idées et principes sous-jacents au code-source ou au code-objet de ce programme. Le droit d'auteur interdit la copie substantielle du code-source ou du code-objet mais n'interdit pas les nombreuses autres possibilités d'exprimer les mêmes idées et principes dans différents codes-source ou codes objet. Il ne protège pas non plus de la mise au point d'un programme identique ou substantiellement identique sans qu'il y ait connaissance d'un droit d'auteur existant.

En conséquence, la protection juridique peut être assurée pour le même programme par les législations en matière de brevet ou de droits d'auteur. La protection peut être cumulative au sens où un acte impliquant l'exploitation d'un programme particulier peut porter atteinte aux droits d'auteur protégeant le code du programme et à un brevet protégeant les idées et principes sous-jacents à ce programme.

La directive 91/250/CEE inclut des dispositions spécifiques (articles 5 et 6) suivant lesquelles le droit d'auteur sur un programme d'ordinateur n'est pas violé par l'accomplissement, dans certaines circonstances, d'actes qui constituent en fait une atteinte au droit d'auteur. Ces exceptions incluent les actes accomplis aux fins d'étudier les idées et principes à la base d'un programme et la reproduction ou la traduction d'un code nécessaire à l'interopérabilité d'un programme d'ordinateur créé de façon indépendante. Il est également spécifié qu'une personne habilitée à utiliser le programme d'ordinateur ne peut être empêchée d'en faire une copie de sauvegarde.

Ces dispositions sont justifiées et nécessaires dans le contexte de la législation sur le droit d'auteur car celui-ci confère le droit absolu d'empêcher la réalisation de copies d'une œuvre protégée. Tous les actes mentionnés impliquent la réalisation de copies et porteraient donc atteinte au droit d'auteur, en l'absence d'exception. En revanche, bien qu'elles ne soient pas totalement harmonisées, les législations des États membres en matière de brevet ne s'étendent généralement pas aux actes accomplis en privé et à des fins non-commerciales ou aux actes accomplis à des fins expérimentales liées à l'objet de l'invention. Il est probable que la réalisation d'une copie de sauvegarde dans le cadre de l'exploitation autorisée d'un brevet couvrant un ordinateur programmé ou l'exécution d'un programme, ne peut non plus être considérée comme portant atteinte au droit d'auteur. Ainsi, en raison des différences entre l'objet de la protection par brevet et par la législation sur le droit d'auteur, et de la nature des exceptions autorisées, l'exercice d'un brevet s'appliquant à une invention mise en œuvre par ordinateur ne doit pas interférer avec les exceptions accordées en vertu de la législation sur le droit d'auteur aux concepteurs de logiciels par les dispositions de la directive 91/250/CEE. En ce qui concerne le développement de logiciels interopérables, l'exigence selon laquelle chaque demande de brevet doit exposer l'invention de façon suffisamment claire et complète devrait faciliter la tâche de la personne cherchant à adapter un programme à un autre programme existant qui intègre des caractéristiques brevetées (l'exigence de la divulgation n'a pas d'équivalent dans la législation sur le droit d'auteur). Enfin, lorsque des droits de brevet sont exercés de manière abusive, des licences obligatoires peuvent être accordées, de même qu'il est possible de recourir au droit de la concurrence. Le considérant 18 et l'article 6 font spécifiquement référence, *entre autres*, aux dispositions de la directive 91/250/CEE en matière de décompilation et d'interopérabilité

NÉCESSITÉ D'UNE MESURE COMMUNAUTAIRE HARMONISANT LES DROITS INTERNES ET FONDAMENT JURIDIQUE D'UNE TELLE MESURE

Le brevet européen est délivré par l'Office européen des brevets; une procédure centralisée réunit un ensemble uniforme de règles en application desquelles le brevet européen, une fois délivré, est soumis au droit des brevets de chaque pays pour lequel il entre en vigueur. Par ailleurs, les législations nationales de base en matière de brevet sont en principe uniformes et comparables entre elles et avec les dispositions de la Convention sur le brevet européen mais leur interprétation détaillée - en ce qui concerne l'effet d'un brevet européen ainsi que d'un brevet national est du ressort exclusif des tribunaux. Bien que les tribunaux nationaux puissent accorder du poids aux décisions des chambres de recours de l'OEB (et aux décisions des tribunaux d'autres États membres), ils ne sont pas tenus de les appliquer et, dans le cas d'un conflit direct, ils peuvent n'avoir d'autre choix que de respecter des précédents contraignants conformément à leur propre tradition juridique. Cela peut conduire et cela a conduit, dans la pratique, à des divergences d'interprétation de la Convention sur le brevet européen et, par conséquent, de l'étendue de la protection accordée à certaines catégories d'invention.

La jurisprudence au niveau national dans le domaine des inventions mises en œuvre par ordinateur s'est surtout développée dans les tribunaux de deux États membres: l'Allemagne et le Royaume-Uni. Il est intéressant de noter que ces pays ont quand même pris des décisions différentes concernant d'importantes questions liées aux critères d'obtention d'un brevet (définition de l'objet brevetable). Cela dénote clairement que les tribunaux d'autres États membres, en l'absence de mesures d'harmonisation, pourraient parfaitement adopter des positions largement divergentes si et lorsqu'ils sont confrontés à la nécessité de prendre une décision dans ce domaine. Les titulaires de brevet et le grand public qui peuvent être des utilisateurs d'objets brevetables n'ont actuellement aucune certitude quant à la question de savoir si, en cas de litige, les brevets qui ont été accordés dans ce domaine seront confirmés.

Par ailleurs, l'existence dans la protection juridique d'une telle incertitude et de telles divergences peut avoir un effet négatif sur les décisions en matière d'investissement et la libre circulation des marchandises dans le marché intérieur. L'exemple le plus évident est peut être celui où un produit est considéré comme brevetable dans la juridiction d'un État membre mais pas dans celle d'un autre État membre. Dans une telle situation, l'environnement concurrentiel des produits innovateurs sera radicalement différent selon qu'ils sont protégés ou non tandis que des copies non agréées ne pourront franchir les frontières intérieures de la Communauté en provenance d'États membres où la protection, lorsqu'elle existe, leur a été refusée. Les entreprises qui envisagent l'implantation d'installations de développement ou la pénétration de nouveaux marchés risquent d'être influencées dans leurs décisions par le degré de certitude sur la protection accordée par les tribunaux locaux aux inventions mises en œuvre par ordinateur.

Il convient également de rappeler que des brevets peuvent être obtenus par des canaux purement nationaux sans la participation de l'Office européen des brevets. Les arguments susmentionnés concernant les divergences entre les législations nationales s'appliquent également dans de telles situations mais il faut y ajouter le facteur supplémentaire qu'est le fait que les demandes de brevets seront pleinement traitées et satisfaites exclusivement en application des droits nationaux. Ainsi, même le facteur unificateur que représente l'OEB en tant qu'autorité responsable unique sera absent avec la conséquence que les éléments de la même "famille" de brevets de différents pays (c'est-à-dire tous les brevets concernant la même

invention ou issus d'une demande originale unique) pourraient être d'emblée accordés avec des domaines de protection très différents.

En ce qui concerne les différences spécifiques entre la jurisprudence des tribunaux du Royaume-Uni et celle de la chambre de recours de l'OEB, celles-ci ont trait à la manière dont le droit est interprété en ce qui concerne les objets exclus en général. Selon la jurisprudence du Royaume-Uni (et contrairement à celle de l'OEB), une invention liée à un programme d'ordinateur qui consiste, par exemple, en une méthode pour l'exercice d'activités économiques ou d'activités intellectuelles, ne peut faire l'objet d'un brevet même si une contribution technique est constatée (dans les termes définis par la présente directive). C'est ce qu'illustrent les affaires *Merrill Lynch*²⁵, en ce qui concerne les méthodes pour l'exercice d'activités économiques et *Raytheon Co's Application*²⁶, pour les activités intellectuelles.

En revanche, il a été estimé que la jurisprudence allemande n'excluait pas la possibilité que les méthodes pour l'exercice d'activités économiques revêtant un caractère technique, pouvaient faire l'objet de brevet même si la seule contribution faite par l'invention est de nature non technique²⁷. Cette interprétation renforcerait la brevetabilité de manière significative dans ce domaine. Parmi les affaires pertinentes, citons "Automatische Absatzsteuerung"²⁸ et *Sprachanalyseeinrichtung*²⁹. Bien que la *Bundesgerichtshof* ait récemment clarifié sa position³⁰ en affirmant que la démarche correcte est celle adoptée par la chambre de recours de l'OEB et la présente directive, à savoir qu'une contribution technique inventive est une condition préalable essentielle pour déterminer le degré d'inventivité, cet exemple illustre clairement le fait que l'interprétation jurisprudentielle est susceptible de faire évoluer le droit de manière à entraîner des modifications notables des critères de brevetabilité au niveau national.

Outre les différences d'évaluation des critères de brevetabilité, il existe une incertitude quant à la forme des revendications possibles admissibles. Bien que le Royaume-Uni ait agi rapidement pour annoncer³¹, que son office des brevets autoriserait les revendications de progiciel sous la forme approuvée dans les deux décisions de la chambre de recours de l'OEB *computer program product i and ii*, et que cette démarche a récemment été confirmée par la cour fédérale de justice³², les autres Etats membres ne se sont pas encore clairement manifestés en ce sens.

²⁵ [1989] RPC 569.

²⁶ [1993] RPC 427, confirme à cet égard *Wang Laboratories Inc's Application* [1991] RPC 463.

²⁷ Cf., en ce sens Nack, Ralph, Sind jetzt computerimplementierte Geschäftsmethoden patentfähig? – Analyse der Bundesgerichtshofs-Entscheidung "Sprachanalyseeinrichtung", [2000] GRUR Int. 853.

²⁸ [1999] GRUR 1078.

²⁹ [2000] GRUR 930

³⁰ Affaire X ZB 16/00 (décision de la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof* (BGH) publiée le 17 octobre 2001.

³¹ Voir "U.K. Patent Office practice notice" du 19.4.1999 de l'office des brevets du Royaume-Uni (disponible sur le site Web de l'office des brevets à l'adresse:

<http://www.patent.gov.uk/patent/notices/practice/computer.htm>).

³² Affaire X ZB 16/00 (*Supra*). la BGH a contesté un jugement antérieur de la cour fédérale allemande des brevets (*Bundespatentgericht*) qui soutenait qu'une revendication pour un support ne contenant qu'un programme d'ordinateur n'était pas admissible. La cour semble ainsi avoir manifesté indirectement son approbation de la pratique de l'OEB consistant à autoriser les revendications de programmes d'ordinateur en tant que tels à condition que, dans les cas où ils sont associés à des appareils informatique, il y ait contribution technique.

LA DÉMARCHE ADOPTÉE

Les conclusions tirées par la Commission de l'incidence des brevets délivrés pour des inventions mises en œuvre par ordinateur, sur l'innovation et la concurrence et les entreprises européennes, conduisent à penser que la directive devrait harmoniser la protection des inventions mises en œuvre par ordinateur en évitant tout changement soudain de la situation juridique et notamment toute extension de la brevetabilité des programmes d'ordinateur en tant que tels. Une clause de sauvegarde importante est représentée par l'article 5 qui fait obligation à la Commission de rendre compte au Parlement européen et au Conseil dans un délai de trois ans suivant l'entrée en vigueur de la directive concernant l'incidence des inventions mises en œuvre par ordinateur sur l'innovation. Compte tenu de l'expérience acquise dans la mise en œuvre de la directive et des rapports du panel spécial, la Commission pourrait envisager de proposer des modifications de la directive.

Bien que le système de brevet doive être adapté le cas échéant pour répondre au besoin de protection des inventions dans de nouveaux domaines techniques, de tels développements devraient reposer sur les principes généraux du droit européen des brevets, tels qu'ils ont évolué dans l'histoire. Ces principes sont exprimés en particulier dans la règle selon laquelle une invention, pour être brevetable, doit apporter une *contribution technique* à l'état de la technique.

La Commission estime que la Communauté devrait, au moins provisoirement, en rester à ce stade et éviter d'étendre la protection par brevet conférée aux inventions mises en œuvre par ordinateur, en supprimant par exemple le critère de la contribution technique. Une telle ligne de conduite permettrait de breveter les méthodes pour l'exercice d'activités économiques mises en œuvre par ordinateur. L'expérience américaine dans ce domaine est encore trop récente et les effets des brevets appliqués à des méthodes pour l'exercice d'activités économiques sur l'économie en général et sur le commerce électronique en particulier, ne peuvent encore être pleinement mesurés. Ce thème suscite par ailleurs un débat considérable aux Etats-Unis où certains estiment que de tels brevets peuvent ralentir le développement du commerce électronique. Il convient également de noter qu'une harmonisation en ce sens ne signifierait rien d'autre que l'établissement d'un ensemble de règles applicables aux inventions mises en œuvre par ordinateur se distinguant des principes plus généraux du droit européen des brevets qui ont toujours requis une contribution technique.

En codifiant l'exigence d'une contribution technique, la directive devrait assurer qu'il ne sera pas délivré de brevets concernant des méthodes "pures" pour l'exercice d'activités économiques ou plus généralement, pour des processus sociaux.

Il devrait être ainsi assuré que les brevets délivrés pour des inventions mises en œuvre par ordinateur dans la Communauté ont une incidence positive sur l'innovation et sur les entreprises européennes et n'entravent pas la concurrence de manière déloyale.

Les brevets délivrés pour les inventions mises en œuvre par ordinateur revêtent de l'importance pour toutes les entreprises du secteur du logiciel, y compris les PME. Toutefois, celles-ci n'ont souvent guère voire aucune expérience du système des brevets. Elles préfèrent donc souvent se reposer uniquement sur le droit d'auteur qui accorde une protection aux programmes d'ordinateur en tant qu'œuvres littéraires. Pour permettre aux PME de tirer pleinement parti des différentes possibilités offertes par le système des brevets, il leur faut pouvoir accéder facilement aux informations sur les moyens d'obtenir la protection par brevet, les avantages conférés par cette protection et les conditions d'obtention des brevets pour leurs propres inventions, d'octroi de licences pour ces inventions et de protection de licences de brevets d'autres titulaires de brevets. Il revient aux États membres de déterminer si leurs services (et plus précisément leurs offices des brevets) doivent mener des campagnes d'information particulières concernant les inventions mises en œuvre par ordinateur.

La proposition d'action communautaire satisfait aux critères de subsidiarité étant donné que ses objectifs ne peuvent être réalisés au niveau national. En fait, la jurisprudence et les pratiques administratives des États membres concernant les inventions mises en œuvre par ordinateur diffèrent depuis de nombreuses années et rien n'indique que ces pratiques convergeront si aucune mesure législative n'est prise. En raison de l'incidence transfrontalière de ces pratiques, les objectifs ne peuvent être réalisés que par une action communautaire.

Les moyens de l'action communautaire sont également proportionnels à ses objectifs. La directive est strictement limitée à la définition des règles de base concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur. Dans toute la mesure du possible, le droit général des brevets en ce qui concerne particulièrement les procédures et la substance ainsi que l'interprétation qui en est faite par les juridictions nationales, continuera de s'appliquer et de compléter la directive pour autant qu'il n'est pas en contradiction avec celle-ci.

L'harmonisation et une plus grande transparence devraient inciter les entreprises européennes et en particulier les PME à utiliser les brevets pour pleinement exploiter leurs inventions mises en œuvre par ordinateur.

BASE JURIDIQUE DE L'HARMONISATION

La mesure ayant pour objet la réalisation du marché intérieur par le rapprochement des dispositions définies par le droit, la réglementation ou l'action administrative des États membres concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur, la Commission propose de retenir l'article 95 du traité CE comme base juridique de l'harmonisation. Cela a été le cas pour d'autres directives rapprochant les législations nationales en matière de propriété intellectuelle³³ et surtout dans la récente directive 98/44/CE relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques. Le bien-fondé de cette base juridique dans les circonstances entourant la brevetabilité a été reconnu par la Cour de

³³ Cf. p. ex. la directive 89/104/CEE rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO L 40 du 11 février 1989, p. 1); la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (JO L 122 du 17 mai 1991, p. 42); la directive 93/98/CEE relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (JO L 290 du 24 novembre 1993, p. 9); et la directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données (JO L 77 du 27 mars 1996, p. 20).

justice à plusieurs reprises³⁴. et notamment en ce qui concerne la directive 98/44/CE susmentionnée, dans un récent arrêt de la Cour de justice³⁵ qui examine la base juridique de façon approfondie.

EXPLICATION DE LA DIRECTIVE ARTICLE PAR ARTICLE

Article 1

Disposition classique définissant le champs d'application de la directive qui fixe les règles relatives à la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur. L'expression d'"invention mise en œuvre par ordinateur" est définie à l'article 2.

Article 2

Suivant cet article, on entend par "invention mise en œuvre par ordinateur" toute invention mise en œuvre sur un ordinateur ou un appareil similaire, réalisée par l'exécution d'un programme d'ordinateur. Il résulte de cette définition que le caractère de "nouveau" d'une invention quelconque au sens de la présente directive ne réside pas nécessairement en une caractéristique technique. L'emploi de l'expression "à première vue" pour qualifier des "caractéristiques nouvelles" signifie qu'il n'est pas nécessaire d'établir la nouveauté effective (en menant par exemple une recherche) afin de déterminer si une invention alléguée est couverte par cette définition. Comme l'indiquent le considérant 11 et l'article 4, la présence d'une "contribution technique" doit être évaluée non pas en relation avec la nouveauté mais en tant qu'activité inventive. L'expérience montre que cette démarche est plus simple à appliquer en pratique.

"La contribution technique" se définit comme une contribution à l'état de la technique dans un domaine technique qui n'est pas évidente pour un homme du métier.

³⁴ Cf. avis 1/94, compétences de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle, 15.11.1994, p. 1-5267, et aff. C-350/92 *Royaume d'Espagne/Conseil* [13.7.1995] p. 1-1985.

³⁵ C-377/98 *Pays-Bas contre Parlement et Conseil*. Il a été conclu que (§ 18-20):
"D'autre part, en obligeant les États membres à protéger les inventions biotechnologiques au moyen de leur droit national des brevets, la directive a effectivement pour objet de prévenir des atteintes à l'unicité du marché intérieur qui pourraient résulter du fait que les États membres décident unilatéralement d'accorder ou de refuser une telle protection.
Le requérant soutient toutefois, en second lieu, que, si l'application par les États membres des dispositions pertinentes du droit international laissait place à des incertitudes juridiques, celles-ci auraient dû être levées non par une mesure communautaire d'harmonisation, mais par une renégociation des instruments juridiques internationaux comme la CBE, afin de parvenir à une clarification de leurs règles.
Cet argument n'est pas fondé. En effet, l'objet d'une mesure d'harmonisation est de réduire les obstacles au fonctionnement du marché intérieur que constituent des différences de situation entre les États membres, d'où que celles-ci proviennent. Si les divergences résultent d'une interprétation non concordante, ou risquant de le devenir, de notions figurant dans des instruments juridiques internationaux auxquels sont parties les États membres, rien n'interdit en principe de recourir à l'adoption d'une directive comme moyen d'assurer une interprétation commune aux États membres de pareilles notions"

Article 3

L'article 3, dans le contexte du considérant 6, reflète l'article 27, premier paragraphe de l'accord sur les ADPIC, selon lequel un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines techniques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle. Une invention mise en œuvre par ordinateur est définie comme appartenant à un domaine technique. Toutefois, un algorithme défini sans référence à un environnement physique ne correspond pas à la définition d'une "invention mise en œuvre par ordinateur" et ne relève pas d'un domaine de la technique.

Article 4

L'article 4, premier paragraphe, fait obligation aux États membres de protéger les inventions mises en œuvre par ordinateur comme n'importe quelle autre invention soumise aux critères de base de la nouveauté, de l'activité inventive et de l'applicabilité industrielle, suivant les termes de l'article 52, paragraphe 1 de la Convention sur le brevet européen.

Le paragraphe 2 dispose que pour impliquer une activité inventive, une invention mise en œuvre par ordinateur doit apporter à l'état de la technique une contribution technique, c'est-à-dire une contribution à l'état de la technique dans un domaine technique qui n'est pas évidente pour un homme du métier (article 2). Celle-ci doit être considérée comme une qualification et non comme un substitut de la définition de l'activité inventive de l'article 56 de la CBE, qui dispose qu'une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique. Ce critère général s'applique déjà à toutes les inventions brevetables, bien qu'évidemment, lors de l'évaluation de l'activité inventive des inventions dans des domaines où il est rarement question d'exception (par exemple dans le domaine de la construction mécanique), il n'est normalement pas nécessaire de déterminer si une contribution est technique ou non.

Ainsi, une invention mise en œuvre par ordinateur dans laquelle la contribution à l'état antérieur de la technique ne présente pas de caractère technique, sera considérée comme n'impliquant pas une activité inventive *même si la contribution (non technique) à l'état de la technique n'est pas évidente*. Lorsque l'on évalue une activité inventive, il convient de déterminer ce qui doit être inclus dans l'état de la technique et les connaissances de la personne compétente, conformément aux critères appliqués lors de l'évaluation de l'activité inventive en général (voir par exemple la seconde phrase de l'article 56 de la CBE).

L'article 4, paragraphe 3, dispose que l'invention doit être évaluée dans sa totalité pour déterminer la contribution technique. Cette disposition est conforme aux décisions des chambres de recours de l'OEB dans les affaires *Controlling Pension Benefits*³⁶ et *Koch & Sterzel*³⁷ selon lesquelles il ne doit pas y avoir de "pondération" entre les caractéristiques techniques et non techniques pour essayer de déterminer les aspects contribuant le plus au succès de l'invention.

³⁶

Voir note 20

³⁷

T26/86 (21.5.87) [1988] JO OEB 19

Il résulte de ce qui précède qu'une invention qui présente des aspects exclus en vertu de l'article 52, paragraphe 2 de la CBE (par exemple une méthode pour l'exercice d'activités économiques) peut quand même faire l'objet d'un brevet **si elle apporte une contribution technique non évidente**. Toutefois, en l'absence de contribution technique, *par exemple*, lorsque la contribution à l'état de la technique réside totalement dans des aspects non techniques comme ce serait le cas si la contribution ne consistait qu'en une méthode pour l'exercice d'activités économiques, il n'y aura pas d'objet brevetable. Cette approche a une autre conséquence logique: bien qu'une revendication valable puisse comprendre des caractéristiques techniques et non techniques, les caractéristiques purement non techniques ne peuvent être monopolisées isolément des caractéristiques techniques.

L'expression "contribution technique" est utilisée dans la jurisprudence des chambres de recours de l'OEB depuis de nombreuses années³⁸. Conformément à la jurisprudence de l'OEB, une contribution technique peut résulter :

- du problème sous-jacent et être résolu par l'invention revendiquée;
- des moyens, c'est-à-dire des caractéristiques techniques constituant la solution au problème sous-jacent;
- des effets obtenus dans la résolution du problème sous-jacent;
- de la nécessité de prendre en considération des aspects techniques pour aboutir à l'invention mise en œuvre par ordinateur telle que revendiquée.

Article 5

Conformément à l'article 27, premier paragraphe, de l'accord sur les ADPIC, un brevet peut être obtenu pour toute invention de produit ou de procédé. L'article 5 dispose qu'une invention mise en œuvre par ordinateur peut être revendiquée soit en tant qu'ordinateur programmé ou appareil similaire (*c'est-à-dire* en tant que produit) soit en tant que procédé exécuté par un tel appareil.

Il convient de noter que la proposition n'a pas suivi la pratique de l'OEB autorisant les revendications pour des logiciels en tant que tels ou sur un support, étant donné que cela pourrait être considéré comme autorisant la prise de brevet sur des programmes d'ordinateur "en tant que tels".

Article 6

L'article 6 préserve expressément l'application des dispositions de la directive 91/250/CEE en matière de décompilation et d'interopérabilité.

Article 7

L'article 7 fait obligation à la Commission de surveiller l'incidence des inventions mises en œuvre par ordinateur sur l'innovation et la concurrence, en Europe et dans le monde, ainsi que sur les entreprises européennes, y compris le commerce électronique.

³⁸ Cf. aff. *Vicom* T208/84 (15.7.1986) [1987] JO OEB 14

Article 8

Le présent article fait obligation à la Commission de rendre compte au Parlement et au Conseil de l'application de cette directive, dans les trois années suivant la date à laquelle les États membres devront avoir transposé ses dispositions dans le droit national. Ce cadre réglementaire offre une garantie importante qui devrait permettre de détecter et de signaler tout effet négatif de la directive.

Articles 9, 10 et 11

Ce sont des articles standards régissant l'entrée en vigueur de la directive et sa transposition par les États membres.

Pour mettre en œuvre cette directive, les États membres doivent appliquer de nouvelles dispositions dans leur droit des brevets, qui, en particulier, précisent que les critères de brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur sont fixés par les articles 1 à 5 de la directive. Celle-ci n'exige pas que les États membres modifient leur droit des brevets en ce qui concerne les autres exceptions à la brevetabilité visées à l'article 52, paragraphe 2 de la CBE.

Au-delà des dispositions de la présente directive, les prescriptions juridiques de forme et de fond des législations européennes sur les brevets et les accords internationaux contraignants continuent d'être la base de la protection juridique des inventions mises en œuvre par ordinateur.

Proposition de

DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL

concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité instituant la Communauté européenne et notamment son article 95,

vu la proposition de la Commission³⁹,

vu l'avis du Comité économique et social⁴⁰,

Statuant conformément à la procédure prévue à l'article 251 du traité⁴¹,

Considérant ce qui suit:

- (1) La réalisation du marché intérieur implique que l'on élimine les restrictions à la libre circulation et les distorsions à la concurrence, tout en créant un environnement favorable à l'innovation et à l'investissement. Dans ce contexte, la protection des inventions par brevet est un élément essentiel du succès du marché intérieur. Une protection effective et harmonisée des inventions mises en œuvre par ordinateur dans tous les États membres est essentielle pour maintenir et encourager les investissements dans ce domaine.
- (2) Des différences existent dans la protection des inventions mises en œuvre par ordinateur conférées par les pratiques administratives et la jurisprudence des États membres. Ces différences pourraient créer des entraves aux échanges et faire ainsi obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur.
- (3) De telles différences résultent du fait que les États membres adoptent de nouvelles pratiques administratives qui diffèrent les unes des autres ou que les jurisprudences nationales interprétant la législation actuelle évoluent différemment.
- (4) Ces différences pourraient prendre de l'ampleur avec le temps. La diffusion et l'utilisation croissantes de programmes d'ordinateurs dans tous les domaines de la technique et les moyens de diffusion mondiale via l'Internet sont un facteur critique de l'innovation technologique. Il convient donc de veiller à ce que les développeurs et les utilisateurs de programmes d'ordinateurs dans la Communauté bénéficient d'un environnement optimal.

³⁹ JO C, , p.

⁴⁰ JO C, , p.

⁴¹ JO C, , p.

- (5) En conséquence, les règles de droit telles qu'interprétées par les tribunaux des États membres doivent être harmonisées et les dispositions régissant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur doivent être rendues transparentes. La sécurité juridique qui en résulte devrait permettre aux entreprises de tirer le meilleur parti des brevets pour les inventions mises en œuvre par ordinateur et stimuler l'investissement et l'innovation.
- (6) La Communauté et ses États membres sont liés par l'accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), approuvé par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994)⁴². L'article 27, premier paragraphe, de l'accord sur les ADPIC dispose qu'un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines techniques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle. En outre, selon l'accord sur les ADPIC, des brevets peuvent être obtenus et des droits de brevets exercés sans discrimination quant au domaine technique. Ces principes devraient donc s'appliquer aux inventions mises en œuvre par ordinateur.
- (7) En vertu de la Convention sur la délivrance de brevets européens signée à Munich, le 5 octobre 1973, et du droit des brevets des États membres, les programmes d'ordinateurs ainsi que les découvertes, théories scientifiques, méthodes mathématiques, créations esthétiques, plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques et les présentations d'informations, ne sont pas considérés comme des inventions et sont donc exclus de la brevetabilité. Cette exception ne s'applique cependant et n'est justifiée que dans la mesure où la demande de brevet ou le brevet concerne ces objets ou ces activités en tant que tels parce que lesdits objets et activités en tant que tels n'appartiennent à aucun domaine technique.
- (8) La protection par brevet permet aux innovateurs de tirer profit de leur créativité. Les droits de brevet protègent l'innovation dans l'intérêt de la société dans son ensemble mais ils ne doivent pas être utilisés d'une manière anticoncurrentielle.
- (9) Conformément à la directive du Conseil 91/250/CEE du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs⁴³, toute expression d'un programme d'ordinateur original est protégée par un droit d'auteur en tant qu'œuvre littéraire. Toutefois, les idées et principes qui sont à la base de quelques éléments que ce soit d'un programme d'ordinateur ne sont pas protégés par le droit d'auteur.
- (10) Pour être considérée comme brevetable, une invention doit présenter un caractère technique et donc appartenir à un domaine technique.
- (11) Bien que les inventions mises en œuvre par ordinateur soient considérées comme appartenant à un domaine technique, elles devraient, comme toutes les inventions,

⁴² JO L 336, 23.12.1994, p. 1

⁴³ JO 122, 17.5.1991 p. 42- directive modifiée par la directive 93/98/CEE (JO L 290, 24.11.1993, p. 9).

apporter une contribution technique à l'état de la technique pour répondre au critère de l'activité inventive.

- (12) En conséquence, lorsqu'une invention n'apporte pas de contribution technique à l'état de la technique, parce que, par exemple, sa contribution spécifique ne revêt pas un caractère technique, elle ne répond pas au critère de l'activité inventive et ne peut donc faire l'objet d'un brevet.
- (13) Une procédure définie ou une séquence d'actions exécutées sur un appareil tel qu'un ordinateur, peut apporter une contribution technique à l'état de la technique et constituer ainsi une invention brevetable. Par contre, un algorithme défini sans référence à un environnement physique ne présente pas un caractère technique et ne peut donc constituer une invention brevetable.
- (14) La protection juridique des inventions mises en œuvre par ordinateur ne devrait pas nécessiter l'établissement d'une législation distincte en lieu et place des dispositions du droit national des brevets. Les règles du droit national des brevets doivent continuer de former la base de référence de la protection juridique des inventions mises en œuvre par ordinateur, même si elles doivent être adaptées ou ajoutées en fonction de certaines contraintes spécifiques définies dans la directive.
- (15) La présente directive devrait se borner à fixer certains principes s'appliquant à la brevetabilité de ce type d'inventions, ces principes ayant notamment pour but d'assurer que les inventions appartenant à un domaine technique et apportant une contribution technique peuvent faire l'objet d'une protection et inversement d'assurer que les inventions qui n'apportent pas de contribution technique ne peuvent bénéficier d'une protection.
- (16) La position concurrentielle de l'industrie européenne vis-à-vis de ses principaux partenaires commerciaux serait améliorée si les différences actuelles dans la protection juridique des inventions mises en œuvre par ordinateur étaient éliminées et si la situation juridique était transparente.
- (17) La présente directive ne préjuge pas de l'application des règles de concurrence, en particulier des articles 81 et 82 du traité.
- (18) Les actes permis en vertu de la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs par un droit d'auteur, notamment les dispositions particulières relatives à la décompilation et à l'interopérabilité ou les dispositions concernant les topographies des semi-conducteurs ou les marques, ne sont pas affectés par la protection octroyée par les brevets d'invention dans le cadre de la présente directive.
- (19) Dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire, la Communauté est en droit d'adopter des mesures conformément au principe de subsidiarité énoncé à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité, tel qu'énoncé dans cet article, la présente directive ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs fixés,

ONT ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

Article premier

Champ d'application

La présente directive établit des règles concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur.

Article 2

Définitions

Aux fins de la présente directive, les définitions suivantes s'appliquent:

- (a) "invention mise en œuvre par ordinateur" désigne toute invention dont l'exécution implique l'utilisation d'un ordinateur, d'un réseau informatique ou d'autre appareil programmable et présentant une ou plusieurs caractéristiques à première vue nouvelles qui sont réalisées totalement ou en partie par un ou plusieurs programmes d'ordinateurs ;
- (b) "contribution technique" désigne une contribution à l'état de la technique dans un domaine technique, qui n'est pas évidente pour une personne du métier.

Article 3

Domaine technique

Les États membres veillent à ce qu'une invention mise en œuvre par ordinateur soit considérée comme appartenant à un domaine technique.

Article 4

Conditions de brevetabilité

1. Les États membres veillent à ce qu'une invention mise en œuvre par ordinateur soit brevetable à la condition qu'elle soit susceptible d'application industrielle, qu'elle soit nouvelle et qu'elle implique une activité inventive.
2. Les États membres veillent à ce que pour impliquer une activité inventive, une invention mise en œuvre par ordinateur apporte une contribution technique.
3. La contribution technique est évaluée en prenant en considération la différence entre l'objet de la revendication de brevet considéré dans son ensemble, dont les éléments peuvent comprendre des caractéristiques techniques et non techniques, et l'état de la technique.

technologies est, à longue échéance, la source ultime d'une concurrence vive et véritable. Le fait de mettre excessivement l'accent sur une répartition efficace des ressources à court terme peut par conséquent aboutir, sur le plan social, à un mauvais compromis entre efficacité statique et efficacité dynamique.

(191) En ce qui concerne le calendrier du présent réexamen, il est à noter que, bien que la validité du règlement ECTT s'étende jusqu'au 31 mars 2006, il sera peut-être nécessaire de le modifier ou de le remplacer avant cette date. Vu, notamment, les propositions de la Commission concernant la modernisation du règlement n° 17, la méthode de la liste grise et la procédure d'opposition connexe que prévoit le règlement ECTT risquent d'être dépassées. Les règles applicables aux accords de transfert de technologie devront alors être adaptées au nouveau cadre juridique, de manière à garantir la plus grande transparence possible de la politique en la matière et la cohérence entre les divers instruments du droit de la concurrence applicables aux DPI.

(192) En vue de déterminer la meilleure solution pour la définition d'un nouveau régime en la matière, la Commission invite les tiers à formuler leurs observations, notamment sur le cadre ci-dessus. Toutes les observations doivent être adressées avant le 26.04.2002:

Par courrier à l'adresse suivante

Commission européenne
Bureau: J 70 - 5/93
Direction générale de la Concurrence
B-1049 Bruxelles
Belgique

Par courrier électronique

comp-technology-transfer@cec.eu.int

Le présent Rapport est également disponible dans toutes les langues de la Communauté sur le World Wide Web à l'adresse suivante :

http://comm/competition/antitrust/technology_transfer/

Confidentialité: prière d'indiquer clairement si vos observations ne peuvent pas être communiquées à des tiers.

Article 5

Forme des revendications

Les États membres veillent à ce qu'une invention mise en œuvre par ordinateur puisse être revendiquée en tant que produit, c'est-à-dire en tant qu'ordinateur programmé, réseau informatique programmé ou autre appareil programmé ou en tant que procédé, réalisé par un tel ordinateur, réseau d'ordinateur ou autre appareil à travers l'exécution d'un programme.

Article 6

Rapport avec la directive 91/250/CE

Les actes permis en vertu de la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur par un droit d'auteur, notamment les dispositions particulières relatives à la décompilation et à l'interopérabilité ou les dispositions concernant les topographies des semi-conducteurs ou les marques, ne sont pas affectés par la protection octroyée par les brevets d'invention dans le cadre de la présente directive.

Article 7

Suivi

La Commission surveille l'incidence des inventions mises en œuvre par ordinateur sur l'innovation et la concurrence en Europe et dans le monde entier ainsi que sur les entreprises européennes y compris le commerce électronique.

Article 8

Rapport sur les effets de la directive

La Commission soumet au Parlement européen et au Conseil, pour le [DATE (*trois ans à compter de la date spécifiée à l'article 9 (1)*)] au plus tard, un rapport indiquant :

- (a) l'incidence des brevets délivrés pour des inventions mises en œuvre par ordinateur sur les éléments mentionnés à l'article 7;
- (b) si les règles régissant la détermination des critères de brevetabilité en ce qui concerne plus précisément la nouveauté, l'activité inventive et la portée des revendications sont adéquates : et
- (c) si des difficultés sont apparues dans les États membres où les aspects de la nouveauté et de l'activité inventive des inventions ne sont pas examinés avant la délivrance d'un brevet et si des mesures doivent être prises, le cas échéant, pour y remédier.

Article 9

Mise en œuvre

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive, au plus tard le [DATE (*dernier jour d'un mois*)] et en informent immédiatement la Commission.

Lorsque les États membre adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les États membres déterminent la manière dont cette référence doit être faite.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine couvert par la présente directive.

Article 10

Entrée en vigueur

La présente directive entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel des Communautés européennes*.

Article 11

Destinataires

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles,

Par le Parlement européen
Le Président

Par le Conseil
Le Président

(180) Pour certains types de licence, il peut s'avérer plus difficile de définir les marchés et d'établir les parts de marché. Ce ne sera généralement pas le cas lorsque le DPI ne porte que sur un perfectionnement peu important de technologies ou de produits existants, auquel cas les marchés du produit ou de la technologie affectés par l'accord de licence seront les marchés en cause. Cette difficulté peut cependant se manifester lorsque le DPI porte sur une amélioration majeure ou une rupture par rapport à des technologies ou des produits existants. Il convient alors de vérifier si l'analyse nécessite la définition de marchés de recherche et de développement (marché de l'innovation) et si d'autres indicateurs du pouvoir de marché peuvent être utilisés.

(181) La Commission devra tenir compte de l'éventuelle nécessité de couvrir également, avec le futur règlement d'exemption par catégorie, la concession de licences multipartites. Le cas échéant, il conviendra de modifier le règlement n° 19/65 du Conseil, qui ne permet de couvrir, actuellement, que les accords de licence conclus entre deux parties.

(182) Sans exclure d'autres possibilités qui devraient également faire l'objet d'une discussion, la Commission soumet à consultation publique le cadre suivant en vue d'un nouveau régime.

(183) La première et principale distinction doit d'établir entre les accords de licence conclus entre concurrents et ceux conclus entre non-concurrents. La Commission devra déterminer comment cette distinction peut et doit être établie dans la pratique. Elle renvoie, pour lancer la discussion, aux considérations des points 125 et 126 ci-dessus.

(184) En ce qui concerne la concession de licences *entre non-concurrents*, la future exemption par catégorie

- pourrait traiter les restrictions qui ne sont pas liées à l'exploitation du DPI concédé, comme les clauses de non-concurrence et la subordination, de la même manière que le règlement n° 2790/99 (seuil de 30 % de parts de marché, exclusion de certaines restrictions flagrantes et application de certaines conditions);

- pourrait limiter son application à certaines restrictions liées à l'exploitation du DPI concédé, telles que les restrictions territoriales, en matière de clientèle et de domaine d'utilisation, au moyen d'un seuil lié à la position dominante. L'exemption par catégorie prévoirait une liste limitée de restrictions flagrantes concernant en particulier les restrictions en matière de prix et, éventuellement, certaines restrictions territoriales. Elle peut également comporter des conditions excluant certaines restrictions (caractère dissociable);

- prévoirait qu'au-dessous du seuil de parts de marché et du seuil de position dominante, le mécanisme de retrait soit maintenu.

(185) Un tel traitement instituerait, pour les restrictions qui ne sont pas liées à l'exploitation du DPI concédé, une cohérence avec le règlement d'exemption par catégorie n° 2790/99. Par rapport au règlement ECTT, cela signifierait que certaines restrictions qui figurent actuellement sur les listes noire ou grise seraient exemptées à concurrence d'un certain seuil de parts de marché. L'autre possibilité consiste à ne pas couvrir les restrictions de cette nature, comme c'est actuellement le cas dans le règlement ECTT.

(186) Pour les restrictions qui sont liées à l'exploitation du DPI concédé, comme les exclusivités territoriales, en matière de clientèle et en matière de domaine d'utilisation, le seuil lié à la position dominante sera non seulement nécessaire en raison de la dernière condition énoncée à l'article 81, paragraphe 3, mais également utile pour prendre en considération d'éventuels risques de verrouillage du marché. Un tel seuil ne serait applicable que si l'accord relève de l'article 81, paragraphe 1, par exemple en cas de verrouillage du marché. Un ensemble de lignes directrices accompagnant le futur règlement pourraient décrire les situations dans lesquelles des licences exclusives ne sont pas susceptibles de tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, en tenant compte, notamment, de la situation qui régnerait sur le marché en l'absence de la licence en question. Une liste de restrictions flagrantes plus limitée serait également appliquée, de sorte que certaines restrictions ne seraient plus illicites en soi: il pourrait s'agir, notamment, de restrictions liées à la quantité, de certaines restrictions liées à la répartition de la clientèle et de l'instauration de prix maximums et de prix recommandés. Les restrictions territoriales requerraient une approche plus nuancée. La liste des restrictions flagrantes, tout en étant fondée sur le règlement d'exemption par catégorie n° 2790/99, doit prendre en considération les caractéristiques spécifiques des accords de licence.

(187) En ce qui concerne la concession de licences *entre concurrents*, la future exemption par catégorie

- pourrait être limitée par un seuil de parts de marché pouvant aller jusqu'à 25 %;
- contiendrait une liste de restrictions flagrantes qui, directement ou indirectement,
 - fixent les prix,
 - limitent la production ou les ventes,
 - répartissent des territoires ou des clients;
- pourrait devoir comporter une liste de conditions excluant certaines restrictions (caractère dissociable).

(188) Il en résulterait une cohérence avec le règlement d'exemption par catégorie n° 2659/2000. Par rapport au règlement ECTT, il s'agirait donc d'une approche plus nuancée en ce qui concerne les accords de mise en commun, les accords de concession réciproque de licences, les accords de licence portant sur des entreprises communes et les restrictions qui ne concernent pas l'exploitation du DPI lui-même, telles que les clauses de non-concurrence et la subordination. Ces restrictions sont actuellement soit exclues du règlement ECTT, soit inscrites sur la liste noire. Cette approche fournirait, de manière légitime, une protection moins importante aux restrictions territoriales convenues entre concurrents dans le cadre d'accords de licence exclusive.

(189) Au-delà des seuils mentionnés, les lignes directrices devraient préciser quelles règles de concurrence sont applicables, en se référant si nécessaire aux lignes directrices en vigueur concernant la coopération horizontale et les restrictions verticales.

(190) Il convient de tenir compte, dans le réexamen des règles en vigueur et la conception d'un nouveau régime, du fait que l'innovation dans les produits et les