

Die Seite der ASAS / La page de l'ASAS

Dans quelle mesure et par quels moyens les droits de propriété intellectuelle devraient-ils pouvoir être soumis à des licences obligatoires pour des motifs tirés du droit de la concurrence?

CHRISTOPHE RAPIN* / NADINE MAIER VIÑAS**

- I. Introduction
- II. Faut-il pouvoir exiger des licences de droits de PI en application du droit de la concurrence?
- III. Les propositions du rapporteur international
- IV. Les conditions auxquelles l'exercice de la licence doit être concédé
- V. Conclusion

Cette année la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence a choisi de faire porter l'un des deux thèmes en discussion lors de son congrès international sur les rapports délicats entre le droit de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle, plus particulièrement la question des licences obligatoires. Le rapport international fut l'œuvre de notre confrère britannique, TONY WOODGATE, alors que le rapport suisse a été conjointement rédigé par les soussignés¹. La contribution helvétique à ce débat n'est pour l'heure que très modeste dans la mesure où il n'existe pour ainsi dire aucune pratique, mis à part un arrêt rendu par le tribunal de commerce de Berne qui évoque la problématique sans y apporter de réponse définitive². Ceci dit, on relèvera que le débat prend en Suisse une dimension sensiblement différente de celle qu'il revêt dans les pays européens qui nous entourent puisqu'il met en opposition des textes législatifs de rang équivalent là où la même question relève également, dans les pays membres de l'Union européenne, d'une opposition entre normes de rangs hiérarchiques différents. Cet aspect du problème qui n'est pas expressément abordé par le rapport national ressort cependant assez clairement de la synthèse proposée, notamment en regard des contributions extra communautaires telles que celle du Brésil ou du Japon.

I. Introduction

A titre liminaire, le rapporteur international rappelle que la question posée dans le cadre de ce débat consiste en définitive à cerner le juste équilibre entre deux systèmes juridiques fondés sur l'appréhension par le droit public de questions économiques³. Le rôle des droits de propriété intellectuelle (ci-après «droits de PI») consiste à fournir des incitations ou des récompenses à des activités tendant à réaliser des progrès techniques, artistiques ou économiques qui, dans bien des hypothèses, seraient copiées ou simplement spoliées sans autre compensation en faveur de celui à qui elles sont dues. A l'instar du système de protection des droits de propriété intellectuelle, le droit de la concurrence est également conçu afin de promouvoir le bien-être économique, tant au niveau du fonctionnement de l'économie en général que dans la perspective du consommateur.

D'une manière générale, il ressort des 12 rapports nationaux qu'au vu de l'importance fondamentale des régimes de propriété intellectuelle dans le contexte d'une économie de marché moderne, de leur nature élaborée mais également en raison des systèmes de contrôle et d'équilibre internes qui les caractérisent, des licences obligatoires de droits de PI ne peuvent intervenir que de manière strictement limitée et dans des circonstances exceptionnelles. Pour le rapporteur international, le caractère exclusif des droits de PI ne doit en principe pas être affaibli du fait de l'interférence du droit de la concurrence. Si une telle conséquence devait entrer en ligne de compte il serait essentiel de garder à l'esprit qu'une application bien comprise du droit de la concurrence ne devrait pas intervenir dans le

¹ Le rapport international est disponible sur le site www.ligue.org alors que le rapport national suisse est disponible sur le site www.plplaw.ch ainsi que sur le site de l'asas www.asas-concurrence.ch.

²
³ Les références au rapport international sont des traductions libres et il ne sera pas fait de renvoi plus précis que le renvoi générique de la note 1 au rapport complet.

but de protéger un concurrent du comportement d'un autre mais uniquement dans la perspective d'éviter que des accords ou des comportements ne portent une atteinte substantielle au processus de concurrence, au détriment du consommateur.

II. Faut-il pouvoir exiger des licences de droits de PI en application du droit de la concurrence?

Dans une première partie de sa démarche, le rapporteur international s'interroge sur la nécessité de prévoir des mécanismes d'octroi de licences obligatoires fondés sur le droit de la concurrence. La très grande majorité des rapports nationaux se réfère sur ce point aux principes et conditions posés par la jurisprudence communautaire en la matière, en particulier les arrêts Volvo v. Veng⁴, Magill⁵, Tiercé Ladbroke v. Commission⁶, Oscar Bronner⁷ ou encore IMS Health⁸.

Le rapport brésilien précise à cet égard que tant la législation brésilienne de droit de la concurrence que la loi sur les brevets prévoient la possibilité d'obtenir des licences obligatoires fondées sur le droit de la concurrence. En particulier, une licence obligatoire est envisageable en droit brésilien en cas d'exercice abusif d'un pouvoir économique sur un marché. Cette remarque génère à notre sens deux réflexions.

Premièrement, la situation brésilienne n'est pas sans rappeler la législation suisse puisqu'il existe, dans le même ordre juridique, une certaine tension entre le droit de la concurrence et les régimes de droits de propriété intellectuelle. En droit suisse, l'articulation se fait autour de l'art. 3 al. 2 LCart⁹. Cette disposition détermine les rapports entre droit de propriété intellectuelle et droit de la concurrence en prescrivant que la LCart «n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle».

Pendant longtemps, la règle posée à l'art. 3 al. 2 LCart a été interprétée comme établissant une séparation totale entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence. Cette interprétation avait pour conséquence d'immuniser le droit préférentiel conféré par une loi de propriété intellectuelle contre toute application du droit des cartels¹⁰.

Aujourd'hui, la doctrine majoritaire est d'avis que cette disposition ne revêt pas un caractère absolu, dans la mesure où l'applicabilité de la LCart ne doit finalement être exclue que si les effets sur la concurrence résultent «exclusivement» de la protection d'un droit de propriété intellectuelle, tel que l'art. 3 al. 2 LCart le prévoit au sens strict du terme¹¹. A cet égard, il y a eu lieu de rappeler que dans une célèbre affaire «Kodak», le Tribunal fédéral a estimé qu'il y avait un abus au sens de l'art. 7 LCart, lorsqu'une entreprise ayant une position dominante utilise son droit à l'importation «um den schweizerischen Markt abzuschotten und insbesondere unangemessene Preise oder sonst unangemessene Geschäftsbedingungen zu erzwingen»¹².

Cependant, il n'existe à ce jour pas de jurisprudence qui mette un terme à ce débat.

Deuxièmement, l'écrasante majorité des rapports nationaux traite d'un droit de la concurrence supranational dont l'application prend assurément aussi en compte l'absence d'un système complet, au niveau européen, de droits de propriété intellectuelle qui pourrait, par hypothèse, régler la question des licences obligatoires, à l'instar des droits nationaux. Sur 12 rapports nationaux, 10 en effet émanent d'Etats membres de l'Union européenne.

Selon la conception qui prévaut dans l'Union européenne, les licences obligatoires prévues par les différents régimes de droits de la propriété intellectuelle ne sont pas considérées comme relevant d'une forme de lex specialis par rapport au droit de la concurrence. En d'autres termes, la possibilité d'octroyer des licences obligatoires fondées sur le droit de la concurrence n'est pas d'emblée exclue

⁴ CJCE du 5 octobre 1988, affaire 238/87.

⁵ CJCE du 6 avril 1995, RTE and ITP v Commission, affaires C- 241/91P et C-242/91P.

⁶ TPICE du 12 juin 1997, affaire T-504/ 93.

⁷ CJCE du 26 novembre 1998, affaire C-7/97.

⁸ TPICE du 26 octobre 2001, affaire T-184/01 et CJCE du 11 avril 2002, affaire C- 481/01.

⁹ Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995, RS 251.

¹⁰ CR Concurrence – P. A. KILLIAS, LCart 3 II N 2: Il s'agit là de la «theorie des droits inhérents» («inherency doctrine», »Eigenständigkeitstheorie»).

¹¹ TH. CALAME, SIWR IV, 43 s.

¹² ATF 126 III 129; JT 2000 I 529. En revanche, le Tribunal avait peu avant cette décision refusé d'appliquer la LCart dans le cadre de l'importation parallèle d'œuvres protégées par le droit d'auteur (ATF 124 III 321).

par le fait que les lois de propriété intellectuelle contiennent des prescriptions spécifiques sur les licences obligatoires¹³.

En Suisse, le rapport entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence ne fait pas l'unanimité dans la doctrine. Il semble en tout cas exclu de s'appuyer sans autre sur la conception qui prévaut au sein de l'Union européenne. En effet, en Europe, la législation sur la propriété intellectuelle est du ressort des pays membres de l'Union, tandis que le droit de la concurrence est aussi régi par des dispositions communautaires, ce qui pourrait en partie expliquer les raisons pour lesquelles l'application parallèle des deux législations est favorisée.

Dans une perspective helvétique, cette question ramène naturellement à celle de la portée de l'art. 40 LBI¹⁴ et la notion de licence obligatoire fondée sur l'intérêt public.

L'art. 40 LBI prévoit la possibilité d'octroyer une licence justifiée par l'intérêt public¹⁵. A teneur de cette disposition, celui qui s'est vu refuser l'octroi d'une licence par le titulaire du brevet sans raisons suffisantes peut, lorsque l'intérêt public l'exige, demander que le juge lui accorde une licence obligatoire afin de pouvoir utiliser l'invention. L'intérêt public peut être justifié par des motifs techniques, économiques, sociopolitiques, écologiques ou médicaux¹⁶.

Le Tribunal de commerce du canton de Zurich a eu l'occasion de préciser les contours de la notion d'intérêt public au sens de cette disposition¹⁷. Il a en particulier considéré que lorsque des motifs d'intérêt public justifient qu'il soit fait usage d'une substance brevetée dans le cadre de recherches scientifiques, ces motifs ne justifient pas l'utilisation libre de la substance protégée, mais tout au plus une licence obligatoire. L'instance cantonale a précisé que même dans l'hypothèse où seul un petit nombre de patients peut être traité au moyen d'une substance thérapeutique qui entre en conflit avec un brevet existant, l'intérêt public à leur guérison l'emporte sur la protection conférée par le brevet et justifie l'octroi d'une licence obligatoire. Dans le cas d'espèce, le tribunal n'a toutefois pas fait usage de cette disposition.

La plupart des auteurs sont d'avis que la notion «d'intérêt public» au sens de l'art. 40 LBI comprend également l'objectif de concurrence efficace poursuivi par la loi sur les cartels¹⁸ de sorte que l'art. 40 LBI pourrait donc aussi s'appliquer en cas d'exploitation abusive d'un brevet par une entreprise ayant une position dominante ou d'accord entre entreprises portant refus d'octroyer une licence à un tiers par exemple. La question de savoir si, au-delà de cette disposition, il existe un intérêt à pouvoir octroyer des licences obligatoires directement sur la base de la LCart lorsque les mêmes licences pourraient être octroyées sur la base de la disposition spécifique de l'art. 40 LBI fait l'objet d'un débat animé, débat qui s'avère nécessairement tronqué au niveau communautaire, pour les motifs déjà évoqués.

STIEGER¹⁹ est d'avis que l'art. 40 LBI relatif à l'octroi de licences obligatoires justifiées par l'intérêt public prévaut sur les actions prévues aux articles 12 et 13 LCart en vertu desquels la victime d'une restriction illicite à la concurrence peut demander notamment la suppression de l'entrave à la concurrence, ce qui peut amener le juge à condamner le défendeur à une obligation de contracter²⁰.

CALAME et RAUBER, en revanche, soutiennent la thèse de l'application parallèle de la LCart par rapport à toutes les dispositions spécifiques de la LBI²¹.

HILTY opère une distinction entre les articles 40a LBI et 40c P-LBI, d'une part, et l'art. 40 LBI, d'autre part: il défend la thèse selon laquelle les dispositions 40a LBI et 40c P-LBI, qui mentionnent

¹³ A. HEINEMANN, Informatikrecht in der Praxis, Zwangslizenzen im Kartellrecht, document distribué aux participants lors du séminaire «Immaterialgüterrechte und Kartellrecht am Beispiel des Heilmittelmarkts» ayant eu lieu le 18 janvier 2007 et organisé par l'asas en collaboration avec l'Europa Institut de l'Université de Zurich, 2.

¹⁴ Loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention, RS 232.14.

¹⁵ C'est en outre en raison de l'intérêt public que le Conseil fédéral pourrait ordonner, en vertu de l'art. 32 LBI, l'expropriation partielle ou totale d'un brevet.

¹⁶ TH. CALAME, SIWR IV, 497 et ses références.

¹⁷ HGer Zürich du 2 juillet 1996, sic! 1997, 208.

¹⁸ W. STIEGER, Kodak – eine Momentaufnahme des Schnittbereichs von Immaterialgüter- und Kartellrecht aus helvetischer Sicht, sic! 2001, 100; TH. CALAME, SIWR IV, 498 et ses références.

¹⁹ STIEGER (n. 18), 102.

²⁰ Art. 13 let. b LCart.

²¹ CALAME (n. 11), 499; G. RAUBER, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, Stoffel / Zäch (Hg.), Kartellgesetzrevision 2003, 2004, 192 ss. Le premier auteur rajoute que si le demandeur conclut à l'octroi d'une licence obligatoire motivée par la LCart, il conviendrait de considérer l'application de l'art. 40b LBI par analogie.

expressément les effets anticoncurrentiels justifiant l'octroi d'une licence obligatoire, doivent être considérées en tant que *lex specialis* par rapport à l'art. 7 LCart. Pour ce qui est en revanche de l'art. 40 LBI, HILTY propose une application parallèle de la LCart, tout en soutenant que l'art. 40 LBI est doté d'un potentiel important dans la mesure où celui-ci permettrait de préserver la concurrence au-delà des limites de l'art. 7 LCart²².

L'assimilation de l'art. 40a LBI à l'art. 40c P-LBI nous semble discutable. La première des deux dispositions vise en effet à transposer en droit suisse une norme de droit international qui fixe une limite au droit interne s'agissant de l'octroi de licences légales.

Comme déjà évoqué, la jurisprudence ne traite pas de cette question. L'arrêt rendu par le Tribunal de commerce de Berne en 2005²³ fait mention de la problématique sans y apporter de solution définitive. L'état de fait du cas d'espèce a d'abord été traité sous l'angle de l'art. 36 LBI; puis, le tribunal cantonal s'est brièvement penché sur la question de l'application de la LCart. Il a admis le principe de son application lorsque le titulaire d'un droit exclusif conclut des accords illicites ou abuse de sa position dominante tout en rejetant l'idée d'une application parallèle de la LCart lorsque le titulaire du droit exclusif ne l'exploite pas ou pas suffisamment²⁴. Il a néanmoins admis que l'application parallèle de la LCart pourrait être exceptionnellement envisagée dans le cas de biens ou services répondant à la théorie dite des «essential facilities». Toutefois, lorsque le titulaire du droit exclusif est en mesure de couvrir la demande, le tribunal estime qu'il n'y a alors plus de place pour l'application du droit de la concurrence²⁵.

HEINEMANN considère, à juste titre selon nous, que le tribunal de commerce de Berne aurait dû procéder différemment en examinant tout d'abord si le détenteur du droit de propriété intellectuelle ne se trouvait pas en position dominante, puis en se demandant si, dans le cas particulier, le refus de l'octroi d'une licence pouvait être considéré comme un abus de cette position²⁶.

La différence fondamentale selon nous entre le droit des brevets et le droit de la concurrence tient au fait que le second peut être mis en œuvre par un juge ou par une autorité administrative. Cette distinction plaide à notre sens pour l'application parallèle de ces deux références juridiques afin que l'autorité puisse également intervenir d'office dans le cas d'une situation illicite, sans nécessairement attendre qu'un lésé n'actionne l'auteur.

Ceci étant dit, la question de l'éventuel manque d'expérience ou de compétence en matière de concurrence du juge civil saisi d'une action fondée sur l'article 40 LBI, trouve une réponse assez évidente avec l'article 15 LCart lequel permet une intervention de l'autorité ad hoc tout en proposant par la même occasion une solution équilibrée à la question de la superposition du cumul des actions lorsque l'initiative émane d'une entité ou d'un particulier et non d'une autorité.

Sur ces questions le rapport international se réfère à l'article 295 du Traité sur l'Union européenne, lequel prescrit que le traité ne peut en aucune manière porter préjudice aux règles étatiques réglant les régimes de propriété. Sur cette question, le rapporteur international se réfère à l'abondante jurisprudence de la Cour européenne de Justice en la matière, notamment la distinction entre l'interférence avec l'exercice d'un droit et son existence. Il relève à cet égard le caractère conjoncturel de cette délimitation, laquelle doit naturellement prendre en compte les objectifs de l'Union (libre circulation des marchandises par exemple) ainsi que les réglementations communautaires qui piment sur le droit national. Rappelant qu'en matière d'épuisement des droits de PI au niveau intra-communautaire, la Cour n'a pas hésité à limiter de manière stricte les droits de PI nationaux, le rapporteur suggère que la Cour ne devrait pas se sentir «inhibée» dans le débat actuel.

On le voit, dès lors qu'il intègre une dimension supranationale, le débat prend un tour bien différent d'un débat purement national sur le conflit entre ces deux régimes, au point que l'on peut s'interroger sur la portée de l'exercice comparatiste.

²² R. HILTY, *Schutzrechte und Kartellrecht: Rechtliche Standortbestimmung und Zukunftsperspektiven*, document distribué aux participants lors du séminaire «Immaterialgüterrechte und Kartellrecht am Beispiel des Heilmittelmarkts» ayant eu lieu le 18 janvier 2007 et organisé par l'asas en collaboration avec l'Europa Institut de l'Université de Zurich, 16 et 20.

²³ HGer Bern du 6 juillet 2005, sic! 2006, 348 ss, «Anschlaghalter III».

²⁴ Cette approche tranche notamment avec l'approche de la Commission européenne qui est habilitée dans les cas de crise, d'extrême urgence ou lorsqu'il s'agit de remédier à des effets anticoncurrentiels, à accorder des licences à des tiers lorsque le titulaire de la licence ne l'exploite pas ou insuffisamment.

²⁵ HGer Bern du 6 juillet 2005, sic! 2006, 354 s., «Anschlaghalter III».

²⁶ HEINEMANN (n. 13), 18 s.

III. Les propositions du rapporteur international

Une fois cette question de base épuisée, le rapporteur international envisage différentes hypothèses afin de déterminer si la question centrale de l'octroi de licences obligatoires doit ou peut trouver des réponses différentes en fonction des droits de PI concernés, ou parce que les droits envisagés ne font pas l'objet d'une protection légale spécifique de PI (le know-how par exemple) ou encore en raison du caractère immatériel du monopole qu'ils engendrent par opposition à un monopole physique. Le rapport international analyse également la nécessité de prendre en compte, dans le cadre de l'octroi d'une licence obligatoire, les relations antérieures entre le titulaire du droit et le demandeur de licence, la volonté de ce dernier de développer un nouveau produit, l'importance des investissements, recherches ou autres efforts consentis par le titulaire du droit de PI ou encore l'intégration verticale du potentiel donneur de licence en regard du marché sur lequel le droit concédé devrait être utilisé.

L'examen de ces hypothèses a amené le rapporteur international à formuler un certain nombre de propositions²⁷, dont les principales sont reprises ci-après:

- La possibilité d'octroyer des licences obligatoires doit être fonction du droit de PI concerné. En particulier, des licences de brevets devraient rarement être octroyées, compte notamment tenu de la courte durée de protection dont bénéficie le titulaire et qui est destinée à valoriser l'investissement consenti.
- Les relations antérieures entre le titulaire des droits de PI et le demandeur de licence, en particulier des licences antérieures, créent une présomption réfragable que le refus d'octroyer une licence est anticoncurrentiel.
- L'importance des efforts consentis en vue d'obtenir le droit de PI sujet à une licence obligatoire ne devrait pas entrer directement en ligne de compte quant à la question de l'octroi ou non d'une telle licence mais doit être prise en considération s'agissant des conditions auxquelles la licence obligatoire serait délivrée.
- Si le demandeur de licence a eu l'occasion d'investir dans le produit faisant l'objet du droit en question avant sa reconnaissance en tant que droit de PI, il ne devrait en principe pas pouvoir prétendre à une licence obligatoire.
- Si le demandeur de licence dispose d'une alternative, même à des coûts supérieurs ou dans un contexte technologiquement moins favorable, le droit de PI convoité ne devrait pas être considéré comme une facilité essentielle susceptible de justifier une licence obligatoire.
- Bien qu'une licence obligatoire puisse être obtenue aussi bien dans le contexte de rapports verticaux que de rapports horizontaux entre le titulaire et le preneur, il est essentiel de déterminer si le demandeur de licence entend concurrencer, dans un rapport horizontal, le titulaire du droit de PI. En matière de brevet et dans de telles circonstances, une licence ne devrait que rarement être octroyée.

IV. Les conditions auxquelles l'exercice de la licence doit être concédé

Dans cette dernière partie de son étude, le rapporteur international s'interroge sur les conditions dont doit être assortie une licence obligatoire une fois son principe admis. Dans la mesure où les solutions varient d'un rapport national à l'autre quant au point de savoir s'il incombe au juge ou à l'autorité de concurrence de se prononcer sur ces conditions, la question est laissée ouverte.

S'agissant des critères d'évaluation, le rapporteur international propose de prendre en compte les éléments suivants:

- les coûts de la recherche, y compris les recherches infructueuses;
- les risques du programme de recherche;
- la valeur économique de la technologie;
- les coûts liés à la mise à disposition de la technologie, y compris les coûts de transaction;

²⁷ La synthèse des discussions relatives à ces propositions n'est pas disponible à la date de l'élaboration du présent compte rendu mais sera prochainement disponible sur le site de la LIDC, www.ligue.org.

– la nécessité d'encourager les entreprises à développer leurs propres recherches plutôt que de se tourner vers les licences obligatoires.

V. Conclusion

Le débat relatif aux licences obligatoires de droits de PI fondées sur le droit de la concurrence peut aller bien au-delà des questions débattues en droit suisse sur les rapports entre droit de la concurrence et droits de PI. En particulier, les conditions d'octroi de telles licences ainsi que les conditions auxquelles une licence une fois octroyée peut être exercée peuvent faire l'objet d'une casuistique et de considérations extrêmement fines et détaillées qui toutes, sur le papier, semblent frappées au coin du bon sens. Elles semblent néanmoins d'une extraordinaire complexité à mettre concrètement en œuvre, à tout le moins lorsqu'il s'agit de tenter de modéliser un régime ou des solutions.

Ceci étant dit, lorsqu'une autorité de la concurrence est amenée à se pencher sur la question et qu'elle a la possibilité, comme c'est le cas notamment en Suisse, de proposer des accords amiables ou d'imposer des conditions avant l'autorisation d'une fusion, elle pourra toujours, de facto, rechercher des solutions concrètes et adaptées aux effets constatés sur le marché analysé, que celles-ci correspondent ou non à un modèle déterminé. Cette possibilité doit à notre sens être encouragée dans la mesure où l'autorité en question a la possibilité de se saisir d'office et d'intervenir dans le but de favoriser le fonctionnement du marché en faveur du consommateur, une démarche que l'on ne peut légitimement pas attendre d'une partie à un pur litige de droits de propriété intellectuelle.

Il convient enfin de relever que le débat semble clairement dénaturé lorsque l'intervention au niveau du droit de la concurrence est la seule intervention possible afin de mettre en œuvre des objectifs et des politiques supranationaux dans la mesure où d'une part, l'alternative du litige de droits de propriété intellectuelle n'est pas de nature à prendre en compte ces objectifs et ces politiques et, d'autre part, ces mêmes objectifs et politiques entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit de définir la notion de «concurrence» à promouvoir par l'autorité supranationale.

* DEA en droit européen, avocat aux barreaux de Genève et de Bruxelles.

** MBL – HSG, avocate au barreau de Genève.