



Conseil économique et social

Distr. générale
26 septembre 2012
Français
Original: anglais

Commission économique pour l'Europe

Comité de la coopération et de l'intégration économiques

Septième session

Genève, 5-7 décembre 2012

Point 4 b) de l'ordre du jour provisoire

Examen de l'exécution du programme de travail depuis la sixième session:

Équipe de spécialistes de la propriété intellectuelle

Bonnes pratiques et recommandations de politique générale: la politique de la propriété intellectuelle et la politique de la concurrence en tant que moteurs de l'innovation

Note du secrétariat

I. Introduction

1. Dans son programme de travail pour 2012-2013, le Comité de la coopération et de l'intégration économiques de la Commission économique pour l'Europe a chargé le secrétariat de définir un certain nombre de bonnes pratiques et de recommandations de politique générale portant sur les principaux domaines de travail de ce Comité, pour examen à sa septième session (ECE/CECI/2011/5, p. 3, par. III.A.1 a)).

2. La présente note expose de bonnes pratiques et des recommandations de politique générale en rapport avec la politique de la propriété intellectuelle et la politique de la concurrence. Elle a été élaborée à partir des exposés et arguments présentés pendant le débat de fond de la sixième session de l'Équipe de spécialistes de la propriété intellectuelle, tenue à Genève les 21 et 22 juin 2012. Elle rend compte et tire parti de l'expérience acquise par tous les groupes de parties prenantes concernées, notamment les décideurs nationaux des offices de la propriété intellectuelle et les autorités chargées des questions de concurrence, les entreprises mondiales détentrices de droits de propriété intellectuelle, les petites et moyennes entreprises, ainsi que les organisations internationales compétentes.

3. La présente note est structurée comme suit: la deuxième partie porte sur le rôle de la propriété intellectuelle et de la politique de la concurrence en tant que moteurs essentiels de l'innovation et du développement fondé sur le savoir. La troisième partie traite surtout de la concurrence déloyale et de l'application des droits de propriété intellectuelle, c'est-à-dire de situations dans lesquelles une entreprise peu compétitive utilise abusivement la propriété intellectuelle d'un concurrent et s'en sert pour induire les consommateurs en erreur et, ainsi, se constituer un avantage concurrentiel indu. La quatrième partie porte sur les bonnes

pratiques dont devraient s'inspirer les autorités chargées des questions de concurrence pour traiter les cas concernant la propriété intellectuelle, c'est-à-dire des situations dans lesquelles il se pourrait qu'une entreprise utilise sa propriété intellectuelle légitime pour acquérir une emprise excessive sur le marché. La cinquième partie porte sur le bon équilibre entre le droit et la politique de la concurrence, d'une part, et le droit et la politique de la propriété intellectuelle, d'autre part, ainsi que sur les solutions qui permettent de rétablir cet équilibre lorsqu'il a été compromis. La sixième partie est un résumé des principales conclusions et recommandations.

II. Rôle de la politique de la propriété intellectuelle et de la politique de la concurrence dans la promotion de l'innovation

4. On peut considérer la concurrence sur les marchés comme un «bâton» poussant les entreprises à innover. La concurrence encourage l'innovation de deux manières. Premièrement, elle pousse les entreprises à proposer des produits ou services nouveaux ou améliorés qui leur amènent de nouveaux consommateurs ou à ne pas se laisser dépasser par les innovations de leurs concurrents. Deuxièmement, la concurrence est une source de pression en vue de réduire le coût des produits existants ou d'en améliorer la qualité. Une manière d'y parvenir consiste à employer du matériel et de l'outillage ou des matériaux de meilleure qualité. Ainsi, la pression concurrentielle exercée sur le marché en aval peut se traduire, en amont, par une *forte demande d'innovations* par les fabricants du matériel, de l'outillage et des matériaux servant à fabriquer le produit en aval.

5. Il pourrait être tentant de penser que la concurrence est un jeu à somme nulle, dans lequel le gain acquis par une entreprise correspond à une perte pour une autre entreprise. Toutefois, du point de vue des politiques publiques, les avantages de la concurrence ne reviennent pas aux entreprises mais aux consommateurs, qui ont tous quelque chose à gagner du fait que la concurrence pousse les entreprises à proposer des produits et services nouveaux, améliorés ou moins chers.

6. Si la concurrence est trop rude, si le «bâton» frappe trop fort, les entreprises ne réussiront pas à obtenir un rendement suffisant des gros investissements souvent indispensables pour innover, car des imitateurs attirent les consommateurs en vendant à des prix plus bas. Cela peut décourager les entreprises d'innover.

7. Les droits de propriété intellectuelle peuvent résoudre ce problème. Ils confèrent aux inventeurs ou aux créateurs un droit exclusif (le plus souvent temporaire) à l'utilisation commerciale de leurs inventions ou de leurs créations. Ce droit de propriété exclusif protège les innovateurs de la concurrence que leur livrent les imitateurs et leur permet ainsi de dégager un rendement adéquat ajusté en fonction des risques des investissements qu'ils ont engagés. Les profits que rapporte l'innovation grâce aux droits de propriété intellectuelle peuvent être considérés comme une «carotte» qui récompense les innovateurs.

8. À ce titre, le droit et la politique de la concurrence et le droit et la politique de la propriété intellectuelle ont le même objectif: encourager l'innovation. On peut également faire valoir qu'en permettant aux entreprises de différencier leurs produits de ceux de la concurrence, la propriété intellectuelle encourage une concurrence fondée sur la différenciation et la qualité des produits, et qu'en l'absence de propriété intellectuelle, la seule concurrence viable reposerait sur les différences de coût pour des produits semblables.

9. Les droits de propriété intellectuelle peuvent conférer une certaine emprise sur le marché, mais pas nécessairement, voire rarement, un monopole. De nombreux droits de propriété intellectuelle ne sont jamais appliqués et n'ont aucune valeur commerciale. C'est le cas d'environ 80 % de tous les brevets délivrés. Une autre partie des brevets, soit 15 %, a une très faible valeur commerciale et seuls les 5 % restants ont une valeur élevée car ils confèrent une très forte emprise sur le marché.

10. L'importance de l'emprise que les droits de propriété intellectuelle peuvent procurer est limitée par un certain nombre de facteurs. Premièrement, certains droits de propriété intellectuelle, tels que ceux conférés par les marques, servent à distinguer les produits d'une entreprise de ceux de ses concurrents. Cependant, toute entreprise est libre de créer et de faire enregistrer sa propre marque et de s'en servir pour exercer une concurrence. Deuxièmement, même si une entreprise peut déposer un brevet pour une technologie intégrée dans son produit, ses concurrents peuvent réussir à élaborer une technologie qui «contourne» ledit brevet, c'est-à-dire qu'ils peuvent être coupables d'utiliser des technologies différentes pour que leurs propres produits présentent des propriétés identiques ou similaires. Troisièmement, les entreprises ne possèdent généralement pas tous les droits de propriété intellectuelle liés aux technologies utilisées dans leurs produits. La plupart du temps, d'autres entreprises leur délivrent des licences d'exploitation. Les propriétaires de ces technologies accordent souvent des licences à plus d'une entreprise, ce qui permet aux différents titulaires de licence de se faire concurrence.

III. Règles en matière de concurrence déloyale et application des droits de propriété intellectuelle

11. Les lois réprimant la concurrence déloyale sont conçues pour protéger les consommateurs des pratiques commerciales visant à procurer un avantage concurrentiel en trompant les consommateurs ou en les induisant en erreur quant à la véritable nature du produit ou du service qu'ils achètent. Un cas de concurrence déloyale consisterait, par exemple, en l'utilisation par une entreprise d'un nom, d'un logo ou d'un modèle identique ou semblable au point de prêter à confusion à celui d'un concurrent dans le but de faire passer ses propres produits comme étant identiques ou qualitativement semblables à ceux de ce concurrent, ou bien associés à la marque d'un concurrent. Dans la mesure où le nom, le logo ou le modèle en question sont protégés par un droit de propriété intellectuelle, notamment sous la forme de marques ou de modèles industriels déposés, cette pratique constituerait non seulement une concurrence déloyale mais aussi une atteinte aux droits de propriété intellectuelle. En tant que tels, le droit de la propriété intellectuelle et les lois réprimant la concurrence déloyale peuvent se compléter dans le cadre de l'application de certains droits de propriété intellectuelle. Ces deux domaines du droit contribuent à la promotion de l'innovation en ce sens que la concurrence déloyale tout comme les atteintes aux droits de propriété intellectuelle peuvent infliger des dommages à des entreprises innovantes et réduire leur capacité ou leur incitation à investir dans l'innovation.

12. Si une action en justice pour violation des droits de propriété intellectuelle doit généralement être intentée par le propriétaire légitime de ces droits, une action en justice en vertu des lois réprimant la concurrence déloyale peut également être intentée de droit par un organisme de protection des consommateurs ou d'inspection des marchés. Toutefois, les réparations prévues par les lois réprimant la concurrence déloyale vont rarement au-delà d'injonctions de ne pas commercialiser des produits utilisant des marques ou des modèles dont la similitude peut prêter à confusion. En revanche, le droit de la propriété intellectuelle prévoit aussi le versement de dommages-intérêts par le contrefacteur au propriétaire légitime des droits de propriété intellectuelle.

IV. Comment évaluer les effets de la propriété intellectuelle sur la concurrence

13. S'agissant de la politique de la concurrence, il est aujourd'hui généralement admis que les droits de propriété intellectuelle ne sont pas intrinsèquement anticoncurrentiels. Les cas dans lesquels une entreprise innovante a obtenu une certaine emprise sur le marché en utilisant ses droits de propriété intellectuelle pour exclure les concurrents qui l'imitaient ne relèvent pas de la politique de concurrence mais correspondent à l'utilisation prévue des droits de propriété intellectuelle délivrés à l'innovateur pour le récompenser de son inventivité et pour encourager l'innovation à l'avenir.

14. En particulier, le refus unilatéral et inconditionnel du titulaire d'un droit de mettre une invention ou une création à la disposition d'un concurrent n'est pas considéré comme un comportement anticoncurrentiel car le droit d'exclure autrui est l'essence même de tout droit de propriété intellectuelle et sa principale raison d'être. En fait, si le refus de traiter unilatéral et inconditionnel était considéré comme anticoncurrentiel, il s'ensuivrait que les entreprises seraient tenues d'aider activement leurs concurrents à avoir accès à des technologies essentielles. Une telle aide active entre entreprises concurrentes irait à l'encontre d'une concurrence dynamique et pourrait par contre encourager la collusion.

15. Néanmoins, certaines utilisations des droits de propriété intellectuelle peuvent créer des entraves injustifiées ou excessives à la concurrence, et en particulier à celle exercée par des entreprises innovantes plutôt que des entreprises imitatrices. Il est communément admis que les principes du droit de la concurrence qui s'appliquent à l'utilisation d'autres formes de propriété peuvent également s'appliquer aux affaires de propriété intellectuelle et qu'il n'est pas nécessaire de définir une série distincte de principes du droit de la concurrence qui seraient exclusivement consacrés aux utilisations de la propriété intellectuelle.

16. Cependant, les principales autorités antitrust ont établi des directives détaillées dans lesquelles elles expliquent les principes qu'elles utilisent pour évaluer les affaires de concurrence mettant en jeu des droits de propriété intellectuelle. La publication de telles directives est considérée comme une bonne pratique importante car elle aide les entreprises à comprendre les limites dans lesquelles elles peuvent utiliser leurs droits de propriété intellectuelle au regard de la politique de la concurrence. Fortes de ces informations, les entreprises sont moins susceptibles de conclure des arrangements contractuels touchant à la propriété intellectuelle qui risqueraient d'enfreindre la législation relative à la concurrence. Ces directives suppriment donc une source importante d'incertitude juridique et, partant, de risques commerciaux.

17. Les effets anticoncurrentiels que peuvent avoir certaines utilisations de la propriété intellectuelle apparaissent principalement lorsqu'une entreprise innovante s'appuie sur des droits de propriété intellectuelle que lui a accordés l'État pour créer des relations contractuelles avec d'autres entreprises. Les dispositions de contrats de cette nature peuvent imposer des restrictions aux parties ou leur conférer des droits allant au-delà du droit général d'exclure les concurrents qui découle du droit de propriété intellectuelle proprement dit. Les contrats de licence en sont le meilleur exemple.

18. Ces dispositions contractuelles sont par exemple les clauses de renonciation, les clauses de rétrocession et les dispositions relatives aux ventes liées et groupées.

19. Les clauses de renonciation stipulent que les parties à l'accord n'appliqueront pas leurs droits d'exclusion respectifs à l'égard l'une de l'autre. Ces clauses peuvent représenter une solution efficace et favorable à la concurrence pour éliminer le risque de litiges coûteux. Elles peuvent susciter des inquiétudes en matière de concurrence si elles sont utilisées pour éviter les recours visant des brevets dont la validité est discutable.

20. Les clauses de rétrocession sont des dispositions qui stipulent que le preneur de licence accordera au donneur de licence le droit d'utiliser tous les perfectionnements qu'il aura éventuellement apportés en se fondant sur la technologie brevetée. Ces clauses peuvent représenter une solution efficace et favorable à la concurrence dans les situations où la réussite de l'entreprise du preneur de licence et donc sa capacité à verser des redevances au donneur de licence dépendent d'une innovation ultérieure réussie. Elles peuvent avoir des effets anticoncurrentiels si le donneur de licence était en mesure de les utiliser pour prolonger son emprise sur le marché au-delà de la durée de validité du brevet d'origine.

21. Les accords de vente liée et groupée sont des arrangements contractuels en vertu desquels une licence est accordée à la condition que le preneur de licence accepte soit d'accorder lui aussi une licence concernant d'autres propriétés intellectuelles soit d'acheter un produit ou un service au donneur de licence. Il pourrait s'agir, par exemple, d'un ordinateur sur lequel un logiciel faisant l'objet de droits d'auteur a été préinstallé et dont le prix comprend la redevance d'exploitation de la licence du logiciel, de sorte qu'un consommateur est obligé d'acheter la licence d'exploitation du logiciel en même temps que l'ordinateur. Les ventes liées et groupées peuvent être une source d'inquiétudes en matière de concurrence dans la mesure où le propriétaire du produit dont la vente est subordonnée à celle d'un autre produit peut être en mesure d'étendre son emprise commerciale au marché du second produit.

22. L'approche préconisée pour évaluer les effets concurrentiels des utilisations de la propriété intellectuelle décrites ci-dessus (entre autres) est connue sous le nom de «règle de raison», laquelle consiste à évaluer au cas par cas l'incidence réelle d'une utilisation particulière d'un droit de propriété intellectuelle donné sur l'intensité de la concurrence qui s'exerce sur le marché considéré.

23. En appliquant la règle de raison, les autorités chargées des questions de concurrence ou les tribunaux examinent à la fois les effets favorables à la concurrence et les effets anticoncurrentiels que peut avoir une utilisation particulière de la propriété intellectuelle et considèrent ces effets dans une optique dynamique, c'est-à-dire en tenant également compte des effets sur l'innovation et l'intensité de la concurrence à l'avenir.

24. La principale raison d'être et le grand avantage de l'approche fondée sur la règle de raison tiennent au fait qu'elle concorde avec le principe général selon lequel les droits de propriété intellectuelle, et les accords de licence, sont normalement considérés comme favorables à la concurrence et les autorités ne doivent intervenir que lorsqu'il est possible d'établir qu'ils portent en fait atteinte à la concurrence.

25. Il existe des exceptions à l'application du principe de la règle de raison. Dans la plupart des juridictions, les accords de licence qui fixent directement les prix des produits ou divisent des marchés entre concurrents seront considérés comme anticoncurrentiels par principe. Dans le même ordre d'idées, des arrangements en vertu desquels le propriétaire d'un droit de propriété intellectuelle accepte de payer une autre entreprise pour qu'elle n'entre pas sur le marché et ne conteste pas en justice le droit en question seraient probablement considérés comme anticoncurrentiels. En vertu d'une règle de principe, les autorités interviendront dans de tels cas et dans des cas similaires sans commencer par analyser si la concurrence sur le marché concerné a en fait diminué.

26. Dans certaines juridictions, les accords de vente liée sont également considérés comme anticoncurrentiels par principe s'il est possible de démontrer que le donneur de licence a effectivement une emprise commerciale sur le marché du produit dont la vente est subordonnée à celle d'un autre.

27. Les utilisations de la propriété intellectuelle peuvent être considérées comme anticoncurrentielles dans une autre situation importante, à savoir en cas d'abus de position dominante par suite de manœuvres frauduleuses à l'égard de l'office de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire une situation dans laquelle un droit de propriété intellectuelle a été obtenu de façon illicite, ce qui signifie que toute position commerciale acquise grâce à ce droit est considérée comme abusive.

28. Nonobstant la préférence générale pour la règle de raison, il convient de noter que la qualité des décisions fondées sur cette approche dépendra de celle de l'analyse des effets concurrentiels sur la situation du marché qui sous-tend cette règle. Une analyse fondée sur la règle de raison nécessite des données de bonne qualité concernant le marché concerné et une bonne compréhension de l'incidence que peut avoir un arrangement contractuel concernant la propriété intellectuelle sur l'évolution du marché, à la fois dans l'immédiat et à plus long terme. De telles analyses exigent des compétences et de l'expérience, et elles peuvent être coûteuses et prendre beaucoup de temps. Dans les pays où les cas de concurrence impliquant une propriété intellectuelle sont encore rares ou dans lesquels les données relatives aux marchés et aux entreprises peuvent être de relativement médiocre qualité, il peut être difficile de mettre en place les compétences nécessaires pour procéder à de bonnes analyses fondées sur la règle de raison et d'en justifier le coût. En pareil cas, il peut être justifié de considérer comme des mesures de transition les règles de principe qui définissent certaines utilisations de la propriété intellectuelle comme étant anticoncurrentielles sans qu'il soit procédé à une analyse plus approfondie, tant que la qualité des données et des compétences ne s'est pas améliorée.

V. Comment assurer, entre la politique de la concurrence et la politique de la propriété intellectuelle, un équilibre qui soit favorable à une concurrence fondée sur l'innovation

29. La politique de la concurrence et la politique de la propriété intellectuelle ont toutes deux pour but de promouvoir l'innovation. Cependant, certaines utilisations des droits de propriété intellectuelle peuvent avoir une incidence négative sur l'intensité de la concurrence qui s'exerce sur un marché donné, tout comme le ferait une concurrence sans entraves. Il faut donc constamment s'efforcer de trouver un équilibre adéquat entre le droit et la politique de la concurrence et le droit et la politique de la propriété intellectuelle. En règle générale, la politique de la propriété intellectuelle doit mettre l'accent sur une protection dont l'ampleur, la portée et la durée sont bien adaptées, ce qui signifie qu'elle doit garantir que la portée des droits exclusifs accordés par l'État aux inventeurs est propice aux incitations en faveur de l'innovation sans porter atteinte à la concurrence. La politique de la concurrence doit mettre l'accent sur la prévention des atteintes aux droits de propriété intellectuelle, c'est-à-dire sur les cas dans lesquels des droits de propriété intellectuelle sont utilisés de manière à conférer une emprise sur le marché supérieure à celle que ces droits procureraient en temps normal.

30. Dans les principaux offices de la propriété intellectuelle, le nombre et la complexité des demandes et des délivrances de brevets ont eu tendance à augmenter, en particulier dans le domaine des technologies de l'information et de la communication. La multiplication des délivrances de brevets témoigne jusqu'à un certain point d'une intensification de l'activité en matière d'innovation. Toutefois, elle peut également susciter des inquiétudes au regard de la politique de la concurrence et de la politique de l'innovation.

31. L'un des problèmes qui se pose tient au fait que les ressources dont les offices des brevets disposent pour examiner et évaluer les demandes de brevets risquent de ne pas augmenter au même rythme que les demandes. La qualité du processus d'examen pourrait en pâtir, et davantage de brevets de validité douteuse être délivrés. Dans le système des brevets, ce sont les actions en justice qui garantissent normalement la qualité d'un brevet: les brevets qui deviennent importants sur le plan commercial font généralement l'objet d'un deuxième examen devant les tribunaux, lorsque leur validité est contestée par des concurrents. Ce mécanisme d'autocorrection n'est pas gratuit. Si la qualité moyenne des brevets délivrés diminue, les actions en justice et les frais inhérents augmentent, ainsi que les incertitudes des titulaires de brevets quant à la validité et à la qualité de leurs brevets.

32. Une prolifération de brevets dont la validité est douteuse dans un domaine donné peut permettre à des «personnes morales sans activité de production» d'extorquer des fonds à des entreprises innovantes en les menaçant de leur faire un procès pour contrefaçon d'un brevet. Ces entreprises sont vulnérables face à une telle menace car une action en justice pourrait donner lieu à des mesures conservatoires qui les empêcheraient de commercialiser leurs produits pendant la durée de la procédure, ce qui leur causerait des pertes commerciales qui les affaibliraient. Les personnes morales sans activité de production ne craignent pas de se trouver dans cette situation car elles ne commercialisent aucun produit.

33. S'agissant de la politique de la propriété intellectuelle, les offices des brevets devraient réagir dès qu'un problème se pose en raison de la médiocre qualité d'un brevet ou de l'incertitude concernant sa validité en investissant dans le renforcement des examens et des procédures d'opposition et en vérifiant que les critères de la nouveauté, de l'activité inventive et de la possibilité d'application industrielle constituent des seuils suffisamment élevés pour empêcher la délivrance de brevets excessivement vagues ou dont le champ d'application est élargi à l'excès.

34. Concernant la politique de la concurrence, une concurrence dynamique sur les marchés peut beaucoup contribuer à garantir la qualité des brevets car, en cas de forte concurrence, les concurrents risquent davantage de contester la validité des brevets devant les tribunaux, et les brevets réputés nuls sont annulés.

35. Une autre source d'inquiétude tient au fait que la multiplication des délivrances de brevets peut dénoter non pas tant une accélération de l'innovation qu'une tendance accrue à l'utilisation stratégique des brevets, notamment en vue d'acquérir éventuellement des avantages concurrentiels illicites en faisant obstacle à d'autres innovateurs ou en les décourageant.

36. La prolifération de brevets dans un domaine technologique donné peut créer ce que l'on appelle des «buissons de brevets» qui restreignent considérablement la marge de manœuvre des entreprises innovantes. L'argent et le temps nécessaires pour rechercher les d'éventuels brevets de barrage concernant une technologie donnée et pour obtenir des licences permettant d'exploiter les brevets en question avant d'entamer ses propres activités de recherche et développement peuvent décourager l'innovation.

37. Un problème connexe peut également se poser lorsque, comme c'est fréquemment le cas, la fabrication d'un nouveau produit nécessite d'avoir accès à un certain, voire un très grand, nombre de brevets pour des technologies complémentaires appartenant à de nombreuses entreprises différentes. Dans la mesure où ces brevets sont indispensables, leurs titulaires peuvent tous considérer qu'ils ont droit à des redevances d'un montant exorbitant puisque, sans leur brevet, le produit ne pourra pas être fabriqué. De ce fait, le montant total des redevances demandées peut entraîner une telle augmentation des coûts pour le fabricant potentiel que le nouveau produit ne sera plus viable (cumul de redevances).

38. Lorsque les titulaires de brevets concernés ne sont pas trop nombreux, ces problèmes d'entrave à la concurrence peuvent souvent être évités grâce à des accords de concession réciproque de licences en vertu desquels les parties intéressées décident de s'accorder mutuellement des licences portant sur toutes les technologies pertinentes, parfois même sans contrepartie financière. Lorsque les titulaires de brevets sont nombreux, les communautés de brevets, qui regroupent tous les brevets pertinents et permettent la délivrance de licences sur l'ensemble de ces brevets, peuvent offrir des solutions.

39. Toutefois, les accords de concession réciproque de licences et les communautés de brevets peuvent également engendrer des problèmes dans le cadre de la lutte antitrust si les participants à l'accord ou à la communauté refusent collectivement d'accorder à ceux qui n'y participent pas une licence permettant d'exploiter leurs technologies ou n'offrent des licences qu'à des conditions qui ne sont pas considérées comme équitables, raisonnables et non discriminatoires, empêchant ainsi ceux qui n'y participent pas d'entrer en concurrence à armes égales sur les marchés sur lesquels les participants exercent une activité.

40. Ce problème est particulièrement important lorsque la communauté de brevets constitue la base d'une norme d'interopérabilité ou d'une plate-forme technologique, à partir desquelles les innovations futures seront élaborées. D'un point de vue stratégique, il s'agit de déterminer ce qui devrait être considéré comme des conditions justes, raisonnables et non discriminatoires. La réponse à cette question devra être donnée au cas par cas, en fonction des caractéristiques des technologies sous-jacentes, du potentiel de commercialisation des biens ou services à produire et de la solidité des droits de propriété intellectuelle en cause.

41. Le problème particulier qui se pose dans la gestion des composantes essentielles de la propriété intellectuelle lorsqu'il s'agit d'élaborer des normes est que, pour nombre d'entre elles, l'objectif est de faire en sorte qu'elles soient acceptées et validées au niveau mondial, tandis que les droits de propriété intellectuelle ont une portée nationale et que leur validité peut varier selon les juridictions dont la protection a été demandée.

42. L'Union internationale des télécommunications (UIT), qui est l'un des principaux organismes normatifs, a élaboré une politique commune en matière de brevets et des directives connexes, ainsi que des directives portant sur les droits d'auteur en matière de logiciels et sur les marques commerciales, les marques de services et les marques de certification afin d'encourager une concurrence loyale entre les utilisateurs de normes.

43. Les effets préjudiciables que les problèmes d'entrave peuvent avoir sur la concurrence peuvent être atténués si les tribunaux n'ordonnent pas automatiquement des mesures provisoires, c'est-à-dire s'ils n'empêchent pas les concurrents d'utiliser la propriété intellectuelle contestée pendant l'examen de l'affaire.

44. Les autorités chargées des questions de concurrence peuvent aussi être amenées à tenir compte des éventuels problèmes d'entrave liés à des brevets lorsqu'elles évaluent les fusions et acquisitions entre entreprises innovantes.

45. Un phénomène relativement nouveau lié à la multiplication des délivrances de brevets dans certains secteurs technologiques clés, qui est connu sous le nom de «guerre des brevets», donne lieu à une guerre des enchères entre de grandes entreprises technologiques pour obtenir les portefeuilles de brevets de sociétés en faillite, le but étant d'accumuler des brevets en prévision d'actions en justice stratégiques contre des concurrents. Il est à craindre que ce phénomène risque de transformer la nature des brevets qui, de «bouclier» protégeant les innovateurs contre des concurrents imitateurs, deviendraient une «arme» dirigée contre des concurrents qui innoveraient. À l'heure actuelle, aucune bonne pratique de référence n'a été définie à l'échelon international pour répondre à cette préoccupation.

VI. Principales conclusions et recommandations sur la politique à mener

46. Le droit et la politique de la concurrence, d'une part, le droit et la politique de la propriété intellectuelle, d'autre part, ont le même but: promouvoir l'innovation. Toutefois certaines utilisations des droits de propriété intellectuelle risquent d'affaiblir la concurrence, et une concurrence sans entraves risque d'affaiblir l'innovation. Utiliser les instruments du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle de manière équilibrée afin de promouvoir l'innovation est donc un défi à relever en permanence.

47. Les règles de bonne pratique et les recommandations ci-après pourraient orienter utilement la politique dans ce domaine:

a) Il faut, en droit de la concurrence, présumer de manière générale que la propriété intellectuelle n'est pas anticoncurrentielle en soi. Les droits de propriété intellectuelle ne confèrent pas toujours une position de force sur le marché et, si cela se produit, c'est en principe désirable en tant qu'incitation à l'innovation et à une concurrence fondée sur l'innovation;

b) Les utilisations des droits de propriété intellectuelle peuvent susciter des préoccupations en ce qui concerne la concurrence, en particulier lorsqu'elles créent des droits ou des obligations allant au-delà de ceux normalement attachés au droit de propriété intellectuelle en cause, ou lorsque des droits de propriété intellectuelle sont enfreints ou obtenus par des moyens illégitimes. La politique de la concurrence devrait être axée sur cette question;

c) Lorsqu'il s'agit d'évaluer les effets anticoncurrentiels que peut avoir la propriété intellectuelle, le droit et la politique de la concurrence peuvent faire valoir les mêmes principes que ceux appliqués pour évaluer les éventuels effets anticoncurrentiels d'autres types de propriété;

d) Les principales autorités chargées des questions de concurrence évaluent les effets concurrentiels des utilisations de la propriété intellectuelle en procédant principalement au cas par cas et en se fondant sur les éléments de preuve de l'impact réel d'une utilisation particulière d'un droit de propriété intellectuelle donné sur l'intensité de la concurrence qui s'exerce sur le marché considéré (approche fondée sur la règle de raison);

e) Ces autorités ne considèrent comme anticoncurrentiels en soi que les arrangements contractuels qui constituent une entente directe sur les prix ou un partage du marché et les positions dominantes sur le marché découlant de droits de propriété intellectuelle obtenus frauduleusement;

f) La publication de directives détaillées sur les principes qui sous-tendent la politique de la concurrence et son application est un bon moyen, pour les autorités chargées des questions de concurrence, d'aider les entreprises à éviter de conclure des arrangements contractuels touchant des droits de propriété intellectuelle qui pourraient être considérés comme anticoncurrentiels et ainsi à écarter le risque de problèmes de concurrence avant qu'ils ne se présentent;

g) Une prolifération de droits de propriété intellectuelle de médiocre qualité dont la validité est douteuse peut ouvrir le champ à des pratiques contentieuses s'apparentant à une escroquerie qui nuisent à la concurrence. Il incombe aux offices de la propriété intellectuelle de veiller à l'intégrité du processus de délivrance des brevets. Une concurrence dynamique sur les marchés peut également contribuer au maintien de la qualité des brevets car elle favorise des actions en contestation pour annuler les brevets réputés nuls;

h) Les accords de concession réciproque de licence et les communautés de brevets peuvent être une solution efficace et favorable à la concurrence au problème découlant du fait que de nombreux produits novateurs nécessitent l'utilisation combinée d'un grand nombre de technologies brevetées qui appartiennent à un grand nombre de propriétaires différents. Les autorités chargées des questions de concurrence doivent s'assurer que les participants à ces accords n'entravent pas indûment la concurrence que peuvent exercer des entreprises innovantes qui n'y participent pas et que la propriété intellectuelle qui fait l'objet de l'accord est mise à disposition à des conditions justes, raisonnables et non discriminatoires. Il n'est possible de définir ces conditions qu'au cas par cas;

i) Les lois réprimant la concurrence déloyale, qui sont conçues pour protéger les consommateurs des pratiques commerciales visant à les induire en erreur, peuvent s'appliquer dans les affaires portant sur la contrefaçon de marques ou de modèles industriels et peuvent donc compléter le droit de la propriété intellectuelle pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle.
