

LE CONTRÔLE DES DÉRIVES DANS L'EXERCICE DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE : DROITS CANADIEN ET DE L'UNION EUROPÉENNE

Leslie BLAQUIÈRES

Volume 116, numéro 2, 2014

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1043667ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1043667ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

BLAQUIÈRES, L. (2014). LE CONTRÔLE DES DÉRIVES DANS L'EXERCICE DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE : DROITS CANADIEN ET DE L'UNION EUROPÉENNE. *Revue du notariat*, 116(2), 221–276. <https://doi.org/10.7202/1043667ar>

LE CONTRÔLE DES DÉRIVES DANS L'EXERCICE DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE : DROITS CANADIEN ET DE L'UNION EUROPÉENNE

Leslie BLAQUIÈRES*

Introduction	225
1. La mise en balance des objectifs du droit de la concurrence et des droits de propriété intellectuelle dans le cadre du contrôle des abus dans l'exercice des droits exclusifs. . .	229
1.1 Le droit de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle.	230
1.1.1 Les différents objectifs du droit de la concurrence	230
1.1.1.1 Les objectifs d'intégration du marché et de promotion de l'efficacité économique . .	230
1.1.1.2 Les rapports entre efficacité économique et protection du consommateur.	233
1.1.2 Les objectifs des droits de propriété intellec- tuelle : la protection d'intérêts privés et la promotion de l'innovation	238

* LL.M. en droit international et transnational de l'Université Laval, juriste et étudiante au sein du Master 2/MBA Droit des affaires et management-gestion de l'Université Paris II Panthéon-Assas. L'auteure tient à exprimer sa reconnaissance à la professeure Charlaïne Bouchard pour sa confiance et son aide tout au long de la rédaction de ce texte, de même qu'au professeur Karounga Diawara pour ses enseignements et ses encouragements.

1.1.2.1	La protection d'intérêts économiques privés	238
1.1.2.2	La fonction concurrentielle de la propriété intellectuelle	239
1.2	Le traitement des abus dans l'exercice des droits de propriété intellectuelle	242
1.2.1	La sanction des abus par les règles entourant la propriété intellectuelle	242
1.2.1.1	La sanction des pratiques abusives par la législation	242
1.2.1.2	La sanction des pratiques abusives tendant à étendre le monopole légal du titulaire de droits de propriété intellectuelle : études de cas	243
1.2.2	L'intervention du droit de la concurrence dans la sanction des abus : l'application du droit des abus de position dominante	246
1.2.2.1	La détermination de la position dominante	247
1.2.2.2	La détermination de l'abus	249
2.	La régulation des refus unilatéraux de licence de droits de propriété intellectuelle	253
2.1	La délimitation du contrôle du refus	254
2.1.1	Le principe : la conformité du refus de licence au droit de la concurrence	255
2.1.1.1	La protection du droit de propriété face au droit public économique	255
2.1.1.2	La consécration par les tribunaux du principe de conformité du refus de licence	256

2.1.2	L'exception : l'intervention du droit de la concurrence dans le cadre du dépassement du simple exercice du droit exclusif de refuser une licence.	257
2.1.2.1	Refus de licence, refus de vendre et abus de position dominante.	257
2.1.2.2	Refus de licence et théorie des facilités essentielles	260
2.2	Le débat entourant le contrôle du refus	264
2.2.1	L'intervention du droit de la concurrence dans le cadre du simple exercice du droit exclusif de refuser une licence	264
2.2.1.1	L'encadrement circonscrit de la remise en cause du simple exercice du droit de refuser une licence de droits de propriété intellectuelle	264
2.2.1.2	L'intervention de la théorie des facilités essentielles dans le cadre du simple exercice du droit de refuser une licence de droits de propriété intellectuelle . . .	268
2.2.2	L'octroi obligatoire de licence.	271
2.2.2.1	L'octroi obligatoire de licence et sa conformité aux obligations internationales	271
2.2.2.2	Les critiques à l'égard de l'octroi obligatoire de licence	274
	Conclusion	275

INTRODUCTION

Depuis quelques années, les autorités antitrust prêtent une attention particulière aux rapports entre politique de concurrence et droits de propriété intellectuelle, que ce soit en Union européenne ou au Canada. En effet, les droits de propriété intellectuelle ont joué un rôle important dans plusieurs causes intéressant le droit de la concurrence. Cet intérêt accru des autorités antitrust est le fait de l'importance grandissante des industries basées sur la connaissance et du rôle de la technologie dans le processus de production. Aussi, en raison de la réduction de la distance géographique et de l'élargissement des marchés, on regarde de plus en plus les droits de propriété intellectuelle comme un facteur pouvant faciliter le contrôle du marché¹.

Malgré la publication de *Lignes directrices*² en 2000 et en 2014 au Canada et l'évolution de la jurisprudence en Union européenne depuis une vingtaine d'années, les solutions proposées au problème de l'atteinte à la concurrence par l'utilisation des droits de propriété intellectuelle restent floues et laissent beaucoup de place à l'interprétation, d'où l'intérêt de suivre les développements qui se produisent des deux côtés de l'Atlantique. De plus, les décisions canadiennes concernant cette question restent peu abondantes, alors que la jurisprudence européenne est en constante évolution et en plein débat³. Le Canada offre l'exemple d'un droit dirigé par des préoccupations de libéralisation économique. L'Union européenne, de son côté, développe un droit de la concurrence particulièrement interventionniste⁴.

-
1. BUREAU DE LA CONCURRENCE DU CANADA et George N. ADDY, *Politique de concurrence et droits de propriété intellectuelle : mesures d'encadrement complémentaires pour une économie de marché dynamique*, Montréal, XXXVI^e congrès mondial de l'AIPPI, 1995, p. 2.
 2. BUREAU DE LA CONCURRENCE DU CANADA, *Propriété intellectuelle – Lignes directrices pour l'application de la Loi*, 18 septembre 2014, en ligne : <http://publications.gc.ca/collections/collection_2014/ic/lu54-53-2014-fra.pdf>.
 3. Christophe MASSE, « Les limites qu'impose le droit de la concurrence aux contrats de licence de droits de propriété intellectuelle : étude comparative du droit canadien, américain et européen », (2003) 15 *C.P.I.* 2, 472-473.
 4. Anton CARNIAUX, « Les clauses financières restreignant la concurrence dans les contrats de licence : le droit américain, canadien et européen », (1997) 28 *Rev. Gen.* 201, aux p. 201-202.

L'étude des relations entre les droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence est aussi intéressante du point de vue de la nouvelle économie. Les activités de recherche et de développement ont pris de l'importance et le développement économique des entreprises dépend de l'information et de l'exploitation des savoirs et connaissances⁵. Le savoir et l'innovation jouent donc un rôle majeur dans la croissance économique et le renforcement de la puissance commerciale des entreprises⁶. C'est là la raison d'être des droits de propriété intellectuelle : ils sont de véritables protecteurs de ces biens⁷.

Les droits de propriété intellectuelle sont des droits accordés par les États conférant des exclusivités temporaires pour l'exploitation de créations intellectuelles. On distingue classiquement les droits de propriété littéraire et artistique des droits de propriété industrielle⁸. Les exclusivités conférées aux titulaires de droits de propriété intellectuelle permettent à ceux-ci d'empêcher toute utilisation non autorisée de leur droit. Le titulaire d'un droit de propriété littéraire a ainsi le droit d'interdire aux tiers de représenter son œuvre, de la reproduire, de la modifier, etc. Le titulaire d'un droit de propriété industrielle peut interdire la reproduction d'un objet breveté, ou encore l'imitation ou l'usage d'une marque réalisés sans son consentement⁹.

Les droits de propriété intellectuelle sont aujourd'hui utilisés pour juger de la « viabilité et des résultats futurs des entreprises »¹⁰. Ils sont au centre des transactions commerciales, notamment par les contrats de licence. Grâce à ces licences, les titulaires des droits de propriété intellectuelle perçoivent des redevances, qui peuvent s'avérer très élevées¹¹. Les actifs intellectuels sont en effet devenus des facteurs stratégiques de création de valeur pour les entreprises.

5. Kathy BELLEFLEUR, « Le droits de propriété intellectuelle assaisonné de « ce petit quelque chose en plus » : les allergies du droit de la concurrence à l'utilisation abusive du monopole légal », (2011) 113 R. du N. 397, 407.

6. ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE et Kamil IDRIS, *La propriété intellectuelle, moteur de la croissance économique*, Genève, Publication de l'OMPI, 2003, p. 5.

7. K. BELLEFLEUR, préc., note 5, p. 407.

8. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Études thématiques – Les droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence*, 2004, en ligne : <www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/etudesthema.pdf> (site consulté le 10 juin 2014), p. 111.

9. *Ibid.*, p. 112.

10. OMI et K. IDRIS, préc., note 6, p. 6-7.

11. *Ibid.*

Ils sont aussi un facteur déterminant de l'innovation sur le plan des processus et des produits des entreprises. C'est pourquoi les droits de propriété intellectuelle sont une composante centrale de la croissance économique et de la compétitivité¹². Lorsque les titulaires vont utiliser leurs droits de propriété intellectuelle de manière stratégique, ils vont ainsi permettre d'améliorer la performance économique et financière de leur entreprise¹³. Cependant, cette utilisation stratégique peut entraver le respect d'une concurrence libre et non faussée. C'est alors que les politiques de régulation de la concurrence vont agir comme garde-fou¹⁴. En effet, le droit de la concurrence protège l'intérêt général des marchés et vise à en garantir un fonctionnement concurrentiel. La légitimité du droit de la concurrence découle tout d'abord du fait que la matière relève de l'ordre public et, plus particulièrement, de l'ordre public économique de direction. On entend par là que l'application du droit de la concurrence doit être guidée par l'intérêt général, y compris lorsque cela peut conduire à sacrifier des intérêts individuels, même si ceux-ci sont juridiquement protégés¹⁵.

Les droits de propriété intellectuelle, en garantissant que l'inventeur ou le créateur pourra retirer un profit légitime de son invention ou de sa création, encouragent aussi l'innovation qui est un des moteurs de la concurrence. Ces droits sont édictés dans l'intérêt général pour favoriser le progrès et la diffusion des connaissances dans le public¹⁶. Nous verrons donc, tout au long du présent texte, que le droit de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle poursuivent des objectifs complémentaires. La concurrence est liée à l'innovation et soutient la croissance économique. Ce lien est particulièrement important dans les secteurs des nouvelles technologies où l'innovation est perçue comme un moyen de se soustraire à la concurrence. Mais aussi, les nouvelles innovations protégées par des droits de propriété intellectuelle accroissent la concurrence en fournissant des substituts pour des produits déjà existants¹⁷.

12. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Synthèses : Actifs immatériels et création de valeur*, 2008, en ligne : <<http://www.oecd.org/fr/innovation/inno/40825836.pdf>> (site consulté le 10 juin 2014), p. 2.

13. K. BELLEFLEUR, préc., note 5, p. 415.

14. *Ibid.*, p. 417.

15. Guillaume BEAUDOUIN, *Pratiques anticoncurrentielles et droit d'auteur*, Thèse, Paris, Université Paris Ouest la Défense, 2012, p. 19.

16. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, préc., note 8, p. 113.

17. Alex CAMERON et Robert TOMKOWICZ, « Competition Policy and Canada's New Breed of "Copyright" Law », (2007) 52 *R.D. McGill* 291, 314-315.

Nous aurons également l'occasion de voir que les moyens d'action utilisés par les titulaires de droits de propriété intellectuelle peuvent entrer en conflit avec les différents objectifs des droits canadien et européen de la concurrence. Les droits de propriété intellectuelle sont considérés tour à tour comme des instruments de la concurrence ou comme un frein à cette dernière¹⁸. L'exercice des droits exclusifs conférés par ces droits peut en effet, dans certaines circonstances, constituer une pratique anticoncurrentielle¹⁹.

Il est généralement accepté que l'exercice d'une puissance de marché par une entreprise n'est pas condamnable en soi. Cela entre dans le cours de la vie des affaires. L'entreprise titulaire d'un avantage économique, comme peut l'être un droit de propriété intellectuelle, peut l'utiliser pour accroître sa puissance commerciale²⁰. Le droit de propriété intellectuelle n'octroie pas un monopole, mais une exclusivité sur une invention qui ne se traduit pas automatiquement par un monopole sur un marché²¹. Le droit de la concurrence ne condamne pas l'acquisition d'un pouvoir de marché, mais l'abus de ce pouvoir. En effet, les entreprises qui conquièrent progressivement une position dominante par le mérite, grâce par exemple à de bons investissements en recherche et développement, ne sont pas condamnables, car cela reviendrait à condamner l'innovation même²². Une entreprise dominante doit fonder ses comportements sur la performance, l'innovation. C'est lorsque le comportement aura pour effet de porter atteinte à la concurrence qu'il sera condamnable²³.

Au titre des prérogatives spécifiques du titulaire de droits de propriété intellectuelle, on trouve des droits exclusifs. Ces derniers confèrent, par définition, à leurs titulaires le pouvoir d'exclure les tiers en leur interdisant toute utilisation de l'objet protégé qui n'aurait pas été consentie. C'est dans ce droit d'interdire que l'on trouve les principaux risques d'atteintes à la concurrence, en ce qu'il peut conduire à empêcher un tiers de développer une activité

18. Camille MARÉCHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, Paris, Litec, 2009, p. 1.

19. CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport d'activité*, Paris, la Documentation française, 2005, p. 114.

20. Karounga DIAWARA, *Le contrôle de la puissance de marché : Contribution à une approche juridique du marché*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 265.

21. François LÉVÉQUE, « Droit de la propriété intellectuelle et concurrence », *Le Journal de l'école de Paris du management* 2005.51.24.

22. *Ibid.*

23. K. DIAWARA, préc., note 20, p. 265.

pour laquelle l'accès à l'objet lui est nécessaire²⁴. Plus particulièrement, ce sont les droits exclusifs qui, par l'intermédiaire des contrats de licence dont ils font l'objet, seront susceptibles d'influencer le jeu de la concurrence. Ce sont eux qui permettent d'opposer un refus de licence qui peut s'avérer abusif lorsque le titulaire possède une position dominante sur le marché en cause²⁵. Ainsi, en droit européen, la *théorie des facilités essentielles* a notamment permis, dans certaines hypothèses, d'obliger le titulaire de droits de propriété intellectuelle à en céder l'exercice à des tiers. Cela touche au cœur même de l'exercice de ces droits²⁶. Les tensions autour du refus de licence sont au centre du débat entourant les relations entre le droit de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle²⁷. Aujourd'hui, on cherche à définir les limites que le droit de la concurrence peut imposer à la firme dominante dans l'exercice de ses droits de propriété intellectuelle²⁸, au regard des objectifs communs des deux corpus²⁹.

Compte tenu de ce qui précède, la question se pose alors de savoir dans quelle mesure le droit de la concurrence peut être un outil de régulation de l'exercice des droits de propriété intellectuelle. Pour y répondre, nous étudierons, dans une première partie, les différents objectifs du droit de la concurrence et des droits de propriété intellectuelle afin de comprendre comment on les concilie dans le cadre du contrôle des abus dans l'exercice des droits exclusifs. Dans une seconde partie, nous considérerons la régulation des refus unilatéraux de licences de droits de propriété intellectuelle par le droit de la concurrence.

1. LA MISE EN BALANCE DES OBJECTIFS DU DROIT DE LA CONCURRENCE ET DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS LE CADRE DU CONTRÔLE DES ABUS DANS L'EXERCICE DES DROITS EXCLUSIFS

Après avoir vu quels sont les objectifs mutuels du droit de la concurrence et des droits de propriété intellectuelle et dans quelle

24. G. BEAUDOUIN, préc., note 15, p. 342.

25. *Ibid.*, p. 26.

26. CONSEIL DE LA CONCURRENCE, préc., note 19, p. 149.

27. Herbert HOVENKAMP, Mark D. JANIS et Mark A. LEMLEY, « Unilateral Refusals to License », dans Michael A. CARRIER, *Intellectual Property and Competition*, Northampton, Edward Elgar, 2011, p. 376.

28. D. Jeffrey BROWN et Patrizia MARTINO, « Intellectual Property Licensing by the Dominant Firm: Issues and Problems – a Canadian Perspective », (2005-2006) 55 *DePaul Law Review* 1247, à la p. 1247.

29. G. BEAUDOUIN, préc., note 15, p. 28.

mesure ils peuvent être conciliés (1.1), nous étudierons le traitement des abus dans l'exercice de droits de propriété intellectuelle (1.2).

1.1 Le droit de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle

Nous verrons que droits européen et canadien de la concurrence possèdent des objectifs assez différents (1.1.1), mais qui peuvent toutefois être complémentaires des objectifs de la propriété intellectuelle (1.1.2).

1.1.1 Les différents objectifs du droit de la concurrence

L'existence de plusieurs objectifs parfois divergents du droit de la concurrence rend nécessaire leur classement. Cette opération est particulièrement importante dans le cadre d'une étude de droit comparé : elle permet de clarifier et d'expliquer les solutions divergentes adoptées par les systèmes juridiques canadien et européen à l'égard du contrôle de l'exercice des droits de propriété intellectuelle³⁰.

Nous étudierons d'abord les objectifs d'intégration du marché et de promotion de l'efficacité économique (1.1.1.1). Nous considérerons ensuite les rapports entre efficacité économique et protection des consommateurs (1.1.1.2).

1.1.1.1 Les objectifs d'intégration du marché et de promotion de l'efficacité économique

Selon la conception européenne, la sauvegarde de la concurrence n'est qu'un moyen pour atteindre des objectifs particuliers tels que l'intégration du marché³¹. En effet, la Cour de justice des Communautés européenne³², dans une interprétation combinée des articles 2, 3g et 81 du *Traité de Rome*, a posé l'objectif de création d'un marché intérieur poursuivi par la politique de la concu-

30. Ioannis LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 281.

31. Karounga DIAWARA, « Politique de la concurrence et intégration des marchés intérieurs : analyse comparative entre les perspectives canadienne et européenne (U.E.) », (2006) 2 *Review of European and Russian Affairs* 1, 66.

32. Aujourd'hui appelée Cour de justice de l'Union européenne. L'acronyme « CJCE » sera utilisé dans les références aux décisions rendues par cette cour.

rence³³. Le marché européen intérieur s'est construit sur deux grandes libertés qui sont complémentaires : la libre circulation permet un accès ouvert au marché tandis que la libre concurrence assure l'égalité sur ce marché³⁴. Le droit européen de la concurrence a donc été longtemps marqué par l'importance accordée à l'objectif du marché intérieur. Des comportements efficaces et conformes à l'intérêt des consommateurs pouvaient alors être sanctionnés car ils avaient comme effet d'empêcher la réalisation du marché commun³⁵. Lors de la mise en place du marché commun, la promotion de cet objectif s'avérait primordiale. Aujourd'hui, l'accent est plutôt mis sur des objectifs tels que l'efficacité économique et la protection des consommateurs³⁶. Cependant, la promotion de l'intégration du marché reste importante, ce qui explique, par exemple, l'attention qui se porte sur le contrôle de l'exercice des droits de propriété intellectuelle, lesquels peuvent être considérés comme un obstacle aux échanges entre États membres³⁷. En outre, cela justifie que l'Union européenne a pu émettre des règles, notamment en droit de la concurrence, qui empiètent sur les droits nationaux de propriété intellectuelle³⁸.

En termes économiques, il existe trois aspects de l'efficacité qui, lorsqu'ils sont réunis, permettent une maximisation du bien-être du consommateur. Ces trois aspects sont : l'efficacité allocative (les ressources sont dirigées vers la production de biens qui répondent le mieux aux désirs des consommateurs), l'efficacité productive (les producteurs et fournisseurs utilisent les ressources de la façon la plus économique) et l'efficacité dynamique (l'innovation)³⁹.

Au Canada, les règles de la concurrence visent d'abord et avant tout à promouvoir l'efficacité économique et à lutter contre le gaspillage des ressources économiques⁴⁰. Selon l'approche canadienne, l'efficacité est une fin en soi. Par conséquent, l'efficacité écono-

33. K. DIAWARA, préc., note 31, p. 65.

34. Laure MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris, Thémis, Presses Universitaires de France, 2013, p. 123.

35. I. LIANOS, préc., note 30, p. 283.

36. Nicolas PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Domat droit privé, Lextenso, 2013, p. 53.

37. Michael WISE, « Droit et politique de la concurrence dans l'Union européenne », (2007) 1 *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 9, 17.

38. L. MARINO, préc., note 34, p. 123.

39. Frédéric JENNY, « Droit européen de la concurrence et efficacité économique », *Revue d'économie industrielle* 1993.63.193.

40. K. DIAWARA, préc., note 31, p. 59.

mique sera considérée comme l'objectif primordial des politiques de concurrence, la concurrence étant « un état final »⁴¹. Cet objectif est si important que lorsqu'un comportement est qualifié d'anticoncurrentiel au sens de la *Loi sur la concurrence*⁴², il ne sera pas obligatoirement sanctionné. S'il génère de l'efficacité économique, il sera exempté⁴³. Seuls les comportements anticoncurrentiels non efficaces sont sanctionnés par la loi. Ainsi, une pratique qui réduirait la concurrence, mais qui conduirait aussi à un progrès, à une meilleure utilisation des ressources ou, encore, à un gain en productivité, demeurerait acceptable. Elle serait conforme à la politique de la concurrence soutenue par la loi et ne devrait donc pas être réprimée⁴⁴. En effet, les objectifs économiques, dont celui de l'efficacité, sont pris en compte dans l'appréciation des fusions et alliances stratégiques, ce qui renforce leur importance au sein du droit de la concurrence⁴⁵. L'efficacité économique a même pu être qualifiée de « raison d'être »⁴⁶ de la politique de concurrence canadienne. L'importance accordée à l'objectif d'efficacité économique au Canada peut s'expliquer, notamment, par les spécificités de notre économie. Il s'agit d'une économie étroite, concentrée, dépendante des échanges avec les États-Unis, sans compter que la population est faible et répartie sur un grand territoire. C'est pour tenir compte de ces spécificités que l'efficacité joue un rôle de premier plan⁴⁷.

En droit européen, contrairement à l'approche canadienne de la concurrence fondée sur l'efficacité économique, la concurrence est considérée comme faisant partie d'un processus. L'efficacité est alors appréhendée de manière dynamique, définie comme la faculté de répondre aux changements de préférences chez les consommateurs par la création de nouveaux produits ou services. Selon cette définition, plus large que celle retenue en droit canadien, l'efficacité contribue au bien-être des consommateurs⁴⁸. Toutefois, il faut pré-

41. I. LIANOS, préc., note 30, p. 184.

42. L.R.C. (1985), ch. C-34.

43. K. BELLEFLEUR, préc., note 5, p. 419.

44. Charlaïne BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. 2 : Fonds d'entreprise, concurrence et distribution, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 267.

45. Karounga DIAWARA, « L'intégration des objectifs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'exception d'efficacité », (2012) 53 *Cahiers de Droit* 257, 271-272.

46. STIKEMAN ELLIOT LLP, *Competition Act & Commentary*, Toronto, LexisNexis, 2011, p. 1.

47. K. DIAWARA, préc., note 45, p. 272.

48. I. LIANOS, préc., note 30, p. 200.

ciser que le droit européen de la concurrence ne se réfère pas explicitement à la notion d'efficacité économique⁴⁹. L'article 2 du *Traité de Rome* traite seulement de l'objectif de promotion du bien-être des citoyens et consommateurs européens par le « relèvement du niveau et de la qualité de vie »⁵⁰ qui, selon la définition donnée à l'efficacité économique par le droit européen, est une partie intégrante de ce concept.

1.1.1.2 *Les rapports entre efficacité économique et protection du consommateur*

Au Canada, comme nous venons de le voir, l'objectif d'efficacité économique est prépondérant. La *Loi sur la concurrence* en prévoit cependant deux autres de nature sociale, dont celui du bien-être du consommateur⁵¹. Cet objectif est pris en considération dans l'appréciation de l'exception d'efficacité, mais les objectifs économiques prédominent. Ainsi, comme le note le professeur Diawara :

Cet assouplissement des objectifs sociaux posés par l'article 1.1 [de la *Loi sur la concurrence*] ne signifie pas cependant que l'appréciation et l'interprétation de l'exception d'efficacité ignorent ou ne tiennent pas compte de ces valeurs distributives, mais qu'elles procèdent d'une volonté affichée de faire prédominer les objectifs économiques et leur donner préséance.⁵²

Par exemple, dans l'affaire *Superior Propane*⁵³, première cause dans laquelle le Tribunal de la concurrence a autorisé une fusion

49. *Ibid.*, p. 179.

50. *Traité instituant la Communauté économique européenne*, 25 mars 1957, 294 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1958) [*Traité de Rome*], art. 2.

51. *Loi sur la concurrence*, préc., note 42, art. 1.1 : « La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits. »

52. K. DIAWARA, préc., note 45, p. 281.

53. Cette affaire a fait l'objet de quatre décisions judiciaires : *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Superior Propane inc.*, 2000 Trib. Conc. 15, [2000] D.T.C.C. n° 15, 30 août 2000 ; *Commissaire de la concurrence c. Superior Propane inc.*, 2000 Trib. concurrence 16, 18 C.P.R. (4th) 417, 4 avril 2002 (réexamen de la première décision du Tribunal), de même que deux arrêts rendus par la Cour d'appel fédérale, le premier infirmant la décision initiale du Tribunal de la concurrence : *Commissaire de la concurrence c. Superior Propane inc.*, (2001) 11 (à suivre...)

anticoncurrentielle sur le fondement de l'exception d'efficience⁵⁴, la fusion a créé un monopole dont les effets pouvaient être contestables au regard des objectifs sociaux⁵⁵. En effet, d'importants débats doctrinaux ont eu lieu depuis que la Cour d'appel fédérale a rendu son jugement définitif dans cette affaire. Beaucoup d'auteurs de doctrine et de professionnels considèrent que la défense fondée sur les gains en efficience de l'article 96 de la *Loi sur la concurrence* a reçu une application erronée dans cette affaire, comme l'a écrit K.G. Ahmed :

It is widely accepted that the efficiency defence, prescribed at section 96 of the *Competition Act*, was incorrectly applied and the Competition Tribunal and Federal Court of Appeal erred in law. Former and present Commissioners of Competition have vowed to repeal section 96 as a plenary defence to an otherwise anti-competitive merger. Promoting efficiency in the Canadian economy is clearly the overriding objective of competition policy, and it is laudable, but efficiency in and of itself means little where it does not constitute a means to an end. Efficiency is ultimately meant to better the lot of Canadians, but Canadian consumers as a whole were prejudiced by the efficiency defence's application in *Superior Propane*.⁵⁶

Selon ces critiques, si seule l'efficience est prise en compte en tant que fin en soi et non comme un moyen pour assurer la réalisation d'autres objectifs, tels que l'amélioration du bien-être des consommateurs, ces derniers pourront être lésés comme ce fut le cas par l'application de la défense fondée sur les gains en efficience dans l'affaire *Superior Propane*⁵⁷. En effet, dans cette affaire, certains services ont été réduits, des fusions créant des monopoles sont apparues dans de nombreux marchés régionaux, et le prix du propane a augmenté d'au moins 8 % à l'échelle nationale. De nombreux auteurs pensent alors que l'efficience, comme elle est entendue en droit canadien de la concurrence, ne peut fonctionner en tant que critère unique de prise de décisions importantes dans l'intérêt des consommateurs. Ainsi, K.G. Ahmed ajoute que :

(...suite)

C.P.R. (4th) 289, 4 avril 2001 et le second confirmant la décision de réexamen du tribunal de la concurrence : *Commissaire de la concurrence c. Superior Propane inc.*, 2003 CAF 53.

54. *Ibid.*, p. 292.

55. *Ibid.*, p. 295.

56. Kamil Gérard AHMED, « The Efficiency Defence and its Interpretation in *Superior Propane*: Reversed Robinhoodism at its Worst », (2006) 40 *R.J.T.* 595-646, à la p. 596.

57. Préc., note 53.

Efficiency obviously does not operate in a vacuum and cannot alone be the helmsman of sound policy-making for the benefit of all Canadians.⁵⁸

Une autre critique faite à l'endroit de cette décision concerne l'application par la Cour du critère délicat et imprévisible des coefficients pondérateurs⁵⁹. Ce critère n'obéit pas au principe d'une « concurrence par les mérites », tournée vers l'intérêt du consommateur, principe que nous définirons dans un instant. L'application de ce critère débouche plutôt sur des fusions ayant comme conséquence que le prix, la qualité et le choix de produits demeurent moins favorables pour le consommateur⁶⁰, comme cela s'est produit dans l'affaire *Superior Propane*⁶¹. Un problème d'équilibre se pose donc au Canada entre l'approche de l'efficacité adoptée et la protection des consommateurs⁶². Il faut toutefois préciser que depuis la réforme de la *Loi sur la concurrence* intervenue en 2009⁶³, les gains en efficacité sont pris en considération dans l'appréciation des alliances stratégiques susceptibles d'être bénéfiques pour les consommateurs⁶⁴.

En droit européen, d'après les principes établis, notamment, par les articles 2⁶⁵ et 3⁶⁶ du *Traité de Rome*, la politique de la concu-

58. *Ibid.*

59. K. DIAWARA, préc., note 20, p. 344-345.

60. *Ibid.*

61. Préc., note 53.

62. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation – La réforme de la réglementation au Canada*, Paris, Éditions de l'OCDE, 2002, p. 10.

63. *Loi d'exécution du budget de 2009*, L.C. 2009, ch. 2, partie 12 (art. 407 à 439).

64. Karounga DIAWARA, « La réforme du droit des ententes anticoncurrentielles : aperçu du domaine du nouveau régime hybride à double volet », (2010) 3 *Bulletin de droit économique* 23-28, aux p. 26-27 ; Cela concerne seulement les ententes de l'article 90.1 de la Loi et non pas les cartels de l'article 45 de la Loi.

65. *Traité de Rome*, art. 2 : « La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun, d'une Union économique et monétaire et par la mise en œuvre des politiques ou des actions communes visées aux articles 3 et 3A, de promouvoir un développement harmonieux et équilibré des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une croissance durable et non inflationniste respectant l'environnement, un haut degré de convergence des performances économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les États membres. »

66. *Traité de Rome*, art. 3g) : « Aux fins énoncées à l'article 2, l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité : [...] g. un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur ».

rence constitue l'un des moyens pour parvenir à atteindre les objectifs fondamentaux de promotion du bien-être du consommateur et du progrès économique. Ainsi, la protection de la concurrence occupe une place primordiale. En effet, cet objectif de la protection de la concurrence implique ceux de protection des consommateurs et de l'amélioration de l'efficacité économique. Le principe de la protection des consommateurs est toutefois prioritaire⁶⁷. Cette primauté accordée à l'objectif de protection des consommateurs se traduit dans la théorie de la « concurrence par les mérites » appliquée par les tribunaux européens⁶⁸.

Selon le principe de « concurrence par les mérites », le bien-être du consommateur doit être le critère déterminant des protections mises en place par les politiques de concurrence⁶⁹. En d'autres mots, la concurrence doit s'exercer au service des consommateurs⁷⁰. Par exemple, cela signifiera qu'une entreprise dominante pourra se livrer à des pratiques qui ont pour effet d'exclure ses concurrents d'un marché donné, tant que ces pratiques ont pour finalité le bien-être du consommateur⁷¹. La pratique sera considérée comme abusive seulement si elle conduit à l'éviction d'un concurrent dont la présence bénéficie au consommateur⁷². La « concurrence par les mérites » implique aussi de permettre aux consommateurs de bénéficier des évolutions techniques du produit qui sont issues de l'innovation⁷³.

Le principe de la « concurrence par les mérites » a été plusieurs fois mis en œuvre par les juridictions européennes. Ainsi, la référence faite au « recours à des moyens différents de ceux qui gouver-

67. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Qu'est-ce que la concurrence par les mérites ?*, 2006, en ligne : <<http://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/fusions/37503683.pdf>> (site consulté le 10 juin 2014), p. 6.

68. Voir les décisions suivantes : CJCE, 3 juillet 1991, *Azko/Commission*, C-62/86, p. I p. I-3359, point 70 ; TPI, 6 octobre 1994, *Tetra Pak/Commission*, T-83/91, Rec. p. II-755, point 147 ; TPI, 7 octobre 1999, *Irish Sugar/Commission*, T-228/97, Rec. p. II-2969, point 111 ; TPI, 23 octobre 2003, *Van den Bergh Foods/Commission*, T-65/98, Rec. p. II-4653, point 157.

69. K. DIAWARA, préc., note 20, p. 265.

70. Patrick REY, « Concurrence par les mérites », dans Guy CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 152.

71. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, préc., note 12, p. 6.

72. P. REY, préc., note 70, p. 158.

73. COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport sur la politique de concurrence*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2010, p. 43.

nent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques »⁷⁴ a souvent été utilisée par la Cour. Elle a aussi ajouté qu'une entreprise en position dominante ne peut pas éliminer un concurrent et renforcer ainsi sa position « en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites »⁷⁵.

Enfin, la Cour de justice des Communautés européennes a statué, au titre du respect de la « concurrence par les mérites », qu'une responsabilité particulière incombe à l'entreprise qui détient une position dominante. Cette responsabilité a pour conséquence que l'entreprise ne peut user de procédures réglementaires, telles que des droits de propriété intellectuelle, dans le but d'empêcher l'entrée de concurrents sur le marché. Elle ne pourra le faire que si elle a des motifs légitimes ou des justifications objectives au titre de la « concurrence par les mérites »⁷⁶. Nous étudierons cette responsabilité plus en détail lors de l'analyse des décisions de la Commission européenne et du Tribunal de première instance⁷⁷ dans l'affaire *Microsoft*⁷⁸.

Il faut souligner que le périmètre de la « concurrence par les mérites » et les principes directeurs qui sont censés la définir restent imprécis. Il y a donc un risque que les autorités de la concurrence et les tribunaux européens condamnent de manière arbitraire l'action d'entreprises dominantes au titre de la « concurrence par les mérites »⁷⁹. Il est alors souhaitable de rendre plus transparents les motifs des décisions des autorités et tribunaux de la concurrence de façon à clarifier l'interprétation et l'application du droit de la concurrence⁸⁰.

74. Voir les décisions suivantes : CJCE, 11 décembre 1980, *L'Oréal / De Nieuwe AMCK 31/80*, Rec. P.03775 ; CJCE, 3 juillet 1991, *Azko/Commission*, C-62/86, Rec. p. I-3359, point 70 ; TPI, 6 octobre 1994, *Tetra Pak/Commission*, T-83/91, Rec. p. II-755, point 147 ; TPI, 7 octobre 1999, *Irish Sugar/Commission*, T-228/97, Rec. p. II-2969, point 111 ; TPI, 23 octobre 2003, *Van den Bergh Foods/Commission*, T-65/98, Rec. p. II-4653, point 157.

75. *Ibid.*

76. Pierre ARHEL, « Activité des juridictions de l'Union européenne en droit de la concurrence (1^{re} partie) », *Petites affiches* 2013.101.16.

77. L'acronyme « TPI » sera parfois utilisé afin d'alléger le texte.

78. *Microsoft*, CE, 24 mars 2004, COMP/C-3/37792 ; *Microsoft Corp. c/ Commission*, TPI, 17 septembre 2007, aff. T-601/04, Rec. p. II-3601 ; voir *infra*, section 2.2.1.2.

79. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, préc., note 12, p. 1.

80. *Ibid.*, p. 6.

1.1.2 Les objectifs des droits de propriété intellectuelle : la protection d'intérêts privés et la promotion de l'innovation

Les droits de propriété intellectuelle poursuivent deux objectifs, qui, au premier abord, peuvent paraître antagonistes et conflictuels avec ceux du droit de la concurrence. Tout d'abord, la propriété intellectuelle offre au titulaire du droit une protection et une garantie d'exploitation. En d'autres mots, elle protège avant tout un intérêt individuel (1.1.2.1). Ensuite, la propriété intellectuelle exerce une fonction concurrentielle et une certaine finalité sociale (1.1.2.1).

1.1.2.1 La protection d'intérêts économiques privés

L'objectif de promotion de l'innovation de la propriété intellectuelle vise la protection contre les imitateurs. C'est la raison pour laquelle, que ce soit au Canada ou en Union européenne, la propriété intellectuelle a pour conséquence la mise en place d'un monopole légal en conférant une exclusivité au titulaire du droit pendant une certaine période⁸¹. Par exemple, le brevet, qui protège une idée nouvelle et utile, met l'inventeur temporairement à l'abri des forces concurrentielles du marché. Cette protection se limite au libellé exact des revendications contenues dans la demande de brevet, mais elle est solide et s'étend sur de nombreuses années. Le système des brevets repose sur le postulat que la protection et l'avantage concurrentiel qui peut en découler encouragent l'innovation car les inventeurs savent qu'ils pourront obtenir une contrepartie financière pour leur ingéniosité⁸² tout en étant protégés contre les contrefacteurs. Selon certains auteurs, cela aurait pour conséquence que le droit de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle seraient en opposition de par leur nature même : alors que la propriété intellectuelle crée un droit exclusif sur lequel sont reconnues des prérogatives discrétionnaires, le droit de la concurrence prône l'ouverture des marchés. Du point de vue d'un juriste de droit de la concurrence, les droits de propriété intellectuelle pourraient ainsi, par nature, provoquer des cas d'abus de position dominante, tandis que du point de vue d'un juriste de propriété intellectuelle, cette ingérence dans l'exercice des droits exclusifs serait apparentée à une privation de la liberté individuelle « à la limite d'une expropria-

81. K. BELLEFLEUR, préc., note 5, p. 399.

82. OMPI et K. IDRIS, préc., note 6, p. 9.

tion sans juste indemnisation »⁸³. Dans une perspective à court terme, il existe donc une certaine tension entre les objectifs de la politique de concurrence et ceux des droits de propriété intellectuelle⁸⁴.

Il est vrai que les titulaires de droits de propriété intellectuelle vont utiliser leurs prérogatives de manière stratégique, notamment dans le but d'accroître leur avantage concurrentiel. Cette utilisation stratégique de prérogatives personnelles peut alors comporter des risques pour la concurrence. Mais cela ne signifie pas pour autant que propriété intellectuelle et droit de la concurrence vont se trouver en opposition : la propriété intellectuelle, comme toute propriété, est le fondement de l'économie de marché. Elle est aussi un moyen d'y porter atteinte ou de la restreindre. À ce titre, le droit de la concurrence a vocation à exercer un contrôle sur la propriété intellectuelle⁸⁵. Leur relation va alors être davantage complémentaire que conflictuelle.

Il est généralement reconnu que les deux systèmes poursuivent le même objectif à long terme : celui du développement d'une économie innovatrice. Ils se confortent mutuellement. Ainsi, lorsque le système de propriété intellectuelle est bien conçu, il pourra résoudre les problèmes relatifs à la concurrence sans avoir recours au droit de la concurrence. Mais aussi, dans certains cas, l'application du droit de la concurrence permet un meilleur contrôle des abus dans l'exercice des droits de propriété intellectuelle par leurs titulaires⁸⁶.

1.1.2.2 *La fonction concurrentielle de la propriété intellectuelle*

Les droits de propriété intellectuelle, en protégeant l'intérêt individuel de leur titulaire et en garantissant qu'il pourra retirer un profit légitime de son invention ou de sa création, encouragent

83. Hugues CALVET, Bénédicte DE CARLAN, Thierry DESURMONT, Maria Mercedes FRABBONI, Charlotte PAOLI, Anne-Marie PECORADO, Miguel Mendes PEREIRA et Marine POUYAT, « Concurrence et gestion collective des droits de propriété intellectuelle – Tendances », *Concurrences* 2006.2.10.

84. BUREAU DE LA CONCURRENCE DU CANADA et G.N. ADDY, préc., note 1, p. 3.

85. Marie MALAURIE-VIGNAL, « Brevets dormants, brevets assassins, pratiques de *hold-up* : que peut faire le droit ? Retour sur une rencontre entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence », *Recueil Dalloz* 2012.2328.

86. Pierre ARHEL, « L'ADPIC : un équilibre entre propriété intellectuelle et concurrence », *Petites affiches* 2010.229.1.

l'innovation, qui est un des moteurs de la concurrence. Ces droits sont donc aussi édictés dans l'intérêt général pour favoriser le progrès et la diffusion des connaissances dans le public⁸⁷. Les droits de propriété intellectuelle fournissent des stimulants essentiels pour la recherche et le développement menant à la mise au point de nouveaux produits et procédés de fabrication⁸⁸. Les droits de propriété intellectuelle encouragent la créativité en accordant aux entreprises qui innovent un monopole pendant une période déterminée. Cela contribue, à long terme, au bien-être des consommateurs en encourageant la production de nouveaux produits de meilleure qualité, stimulant ainsi la concurrence.⁸⁹ Ainsi, les droits de propriété intellectuelle contribuent au renforcement de la concurrence sur des marchés de biens et de services⁹⁰.

Les droits de propriété intellectuelle ont pour but d'arbitrer, de manière fine, deux objectifs contradictoires : d'un côté, la création d'un environnement propice à l'innovation et de l'autre, la diffusion de cette innovation, soit au consommateur final, soit à des concurrents afin d'encourager l'innovation en aval⁹¹.

La course aux droits de propriété intellectuelle, plus particulièrement aux brevets, encourage la recherche, le développement et l'innovation au sein des entreprises dans le but d'offrir le meilleur produit au consommateur. Par exemple, le système des brevets permet de promouvoir la concurrence technique et commerciale car leurs titulaires doivent divulguer en détail leur invention en échange du droit exclusif d'exploiter celle-ci pendant une période déterminée. Par conséquent, les titulaires de brevets et leurs concurrents se livrent à une course pour améliorer les inventions et utiliser les techniques disponibles pour en créer de nouvelles⁹². Les objectifs de la politique de concurrence et ceux des droits de propriété intellectuelle se renforcent donc l'un l'autre⁹³. Ils tendent à la maximisation

87. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, préc., note 8, p. 113.

88. G. BEAUDOUIN, préc., note 15, p. 17-18.

89. Madeleine RENAUD et Dominic THÉRIEN, « Droit de la concurrence et propriété intellectuelle : antinomie ou complémentarité ? », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 197, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2003)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 331.

90. BUREAU DE LA CONCURRENCE DU CANADA et G.N. ADDY, préc., note 1, p. 1.

91. Jean TIROLE, « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », dans Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.) et Alexandra ABELLO, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 3.

92. OMPI et K. IDRIS, préc., note 6, p. 9.

93. BUREAU DE LA CONCURRENCE DU CANADA et G.N. ADDY, préc., note 1, p. 3.

des ressources économiques et au bien-être du consommateur. Ainsi, selon une logique de convergence, les droits de propriété intellectuelle sont considérés comme des instruments du jeu concurrentiel. En effet, la propriété intellectuelle poursuit un objectif de concurrence dynamique en interdisant la concurrence par l'imitation et en promouvant la concurrence par substitution. En empêchant l'imitation, la propriété intellectuelle incite les concurrents à développer des produits substituables mais non contrefaisants⁹⁴. Le caractère exclusif du droit de propriété intellectuelle est donc un instrument pour agir dans la concurrence plutôt qu'un instrument pour se défendre contre la concurrence. Pour être plus précis, c'est un instrument pour agir dans la concurrence entre technologies de substitution⁹⁵. La « compétition par la nouveauté » dépend donc de l'efficacité des droits de propriété intellectuelle. Celle-ci n'est pas sans rappeler le principe de la « concurrence par les mérites »⁹⁶. En effet, dans un cas comme dans l'autre, les efforts de l'entreprise sont tournés vers une meilleure satisfaction des besoins des consommateurs⁹⁷.

D'un côté, la propriété intellectuelle encourage la création et l'invention. Toutefois, d'un autre côté, comme nous l'avons évoqué, elle peut aussi engendrer des effets négatifs tels que le blocage d'innovations et de créations futures en raison de stratégies agressives des titulaires de droits. Lorsque les droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence entrent en conflit, on pourrait penser que la propriété intellectuelle devrait l'emporter de manière à favoriser l'innovation et la croissance économique. De l'autre côté, l'exercice de droits de propriété intellectuelle peut aussi conduire à des dérives qui aboutissent à « des formes de stérilisation de l'innovation »⁹⁸. Ces dérives doivent alors être sanctionnées, notamment par le droit de la concurrence qui possède de nombreux mérites dans la sanction de tels abus.

94. Jérôme GSTALTER, *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle : les nouveaux monopoles de la société de l'information*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 1.

95. Ulrich HANNS, « Propriété intellectuelle, concurrence et régulation – limites de protection et limites de contrôle », (2009) XXIII *Revue internationale de droit économique* 4, à la p. 409.

96. *Supra*, section 1.1.1.2.

97. G. BEAUDOUIN, préc., note 15, p. 17-18.

98. Catherine PRIETO, « L'application du droit de la concurrence aux contrats relatifs à la propriété intellectuelle », *Revue des contrats* 2005.2.311.

1.2 Le traitement des abus dans l'exercice des droits de propriété intellectuelle

Après l'étude de certains cas où les lois en matière de propriété intellectuelle interviennent elles-mêmes pour sanctionner des abus (1.2.1), nous considérerons l'intervention du droit des abus de position dominante (1.2.2).

1.2.1 La sanction des abus par les règles entourant la propriété intellectuelle

En Union européenne, on peut constater une « communautarisation » de plus en plus grande de la propriété intellectuelle⁹⁹ grâce à des travaux d'harmonisation et, de manière particulière, par certaines directives¹⁰⁰. Toutefois, la compétence législative en matière de litiges relatifs aux droits de propriété intellectuelle reste nationale. Nous nous intéresserons, dans cette partie, exclusivement aux législations et affaires canadiennes en matière d'abus dans l'exercice des droits de propriété intellectuelle. Nous étudierons tout d'abord les dispositions relatives à l'abus en droit canadien des brevets (1.2.1.1). Puis, nous analyserons des affaires jurisprudentielles dans des cas de pratiques tendant à étendre le monopole légal du titulaire de droits de propriété intellectuelle (1.2.1.2).

1.2.1.1 La sanction des pratiques abusives par la législation

Les législations canadiennes en matière de propriété intellectuelle ont instauré des solutions et sanctions pour les cas où les titulaires de droits de propriété intellectuelle n'exploitent pas normalement leurs prérogatives. Notamment, la *Loi sur les brevets*¹⁰¹ contient deux dispositions ciblant précisément l'abus de brevet : il s'agit des articles 65 et 66.

99. Pour plus d'informations à ce sujet, voir Bernard VANBRABANT, *Droits intellectuels : le contentieux (compétence, procédures, sanctions)*, Liège, Anthémis, 2012 ; Vincent RUZEK, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle : approche institutionnelle*, Rennes, Éditions Apogée, 2007.

100. Directive 2004/48/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, 29 avril 2004, J.O. L157.

101. L.R.C. (1985), ch. P-4.

L'article 65 prévoit, dans le cas où l'une ou l'autre des circonstances énumérées aux alinéas 65(2)c) à f) se réalise, que le procureur général ou tout intéressé peut, après l'expiration de trois années à compter de la date de la concession du brevet, demander au Commissaire des brevets de prendre des mesures ou alléguer devant lui l'abus de brevet. En règle générale, il y aura abus des droits que confère le brevet si celui-ci sert de façon à faire du tort à l'industrie ou au marché canadien.

L'article 66 prévoit, pour sa part, que lorsqu'un de ces abus est démontré, le Commissaire aux brevets peut ordonner la concession de licence au demandeur et établir les conditions de cette licence¹⁰², disposition que nous étudierons en dernière partie (2.2.2.1).

Ces articles pourraient, théoriquement, appréhender les abus dans l'exploitation des brevets de manière efficace. En effet, la sanction de l'abus par l'octroi obligatoire de licence est lourde de conséquences. De plus, il est à noter qu'en vertu de la *Loi sur les brevets*, il n'est pas nécessaire de démontrer les effets néfastes d'une pratique sur la concurrence pour établir un abus de la part du titulaire d'un brevet. Les articles 65 et 66 étant, cependant, très peu invoqués¹⁰³, il peut être nécessaire que la *Loi sur la concurrence* intervienne pour pallier les lacunes des législations en matière de propriété intellectuelle¹⁰⁴, comme nous l'étudierons plus loin¹⁰⁵.

1.2.1.2 *La sanction des pratiques abusives tendant à étendre le monopole légal du titulaire de droits de propriété intellectuelle : études de cas*

Au Canada, l'étude des pratiques tendant à étendre le monopole légal des titulaires de droits de propriété intellectuelle est marquée par deux décisions majeures : l'affaire *LEGO*¹⁰⁶ et l'affaire *Euro-Excellence c. Kraft*¹⁰⁷.

En novembre 2005, la Cour suprême du Canada a conclu, dans l'affaire *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik*¹⁰⁸, que le fabricant de bri-

102. *Ibid.*, art. 2 et art. 66.1a).

103. K. BELLEFLEUR, préc., note 5, p. 414.

104. *Ibid.*

105. *Infra*, section 1.2.2 et s.

106. *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302.

107. *Euro-Excellence inc. c. Kraft Canada*, 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 21.

108. Préc., note 105.

ques emboîtables LEGO (Kirkbi) ne pouvait utiliser le « droit applicable en matière de commercialisation trompeuse et de marques de commerce [pour] perpétuer un monopole lié à des brevets maintenant expirés »¹⁰⁹. Étant donné que ses brevets LEGO avaient expiré et que Mega Bloks avait « des produits similaires »¹¹⁰ aux siens, Kirkbi cherchait à empêcher la concurrence en invoquant des droits liés à une marque de commerce¹¹¹. Les juges de la Cour suprême ont donc conclu, à l'unanimité, que la tentative de Kirkbi d'utiliser le droit des marques de commerce pour se protéger dépassait les limites acceptables¹¹². Même si cette affaire portait des allégations d'utilisation de propriété intellectuelle à des fins anticoncurrentielles, la *Loi sur la concurrence* n'a jamais été invoquée. La Cour suprême n'a ni fait mention à cette loi ni aux principes du droit de la concurrence. Elle est apparue particulièrement autoritaire en mettant un terme à la pratique consistant à recréer un monopole à la place du brevet expiré par l'application forcée du droit des marques. La Cour d'appel fédérale avait déjà jugé qu'« il serait abusif et inéquitable pour le public et pour les concurrents de permettre à une personne de bénéficier des avantages qu'offrent un brevet et un monopole lorsqu'elle est simplement titulaire d'une marque de commerce, en particulier si la personne en cause ne peut par ailleurs obtenir un brevet ou si elle est simplement titulaire d'un brevet qui a expiré »¹¹³. La Cour suprême a statué que permettre à Kirkbi d'utiliser sa marque de commerce dans le but de rétablir un monopole était contraire aux principes fondamentaux en droit de la propriété intellectuelle¹¹⁴.

L'autre arrêt marquant en matière de pratiques abusives a été rendu par la Cour suprême en 2007 dans *Euro-Excellence inc. c. Kraft Canada*¹¹⁵. Dans cette affaire, Kraft Canada, titulaire des marques de commerce Toblerone et Côte d'Or, revendiquait un droit d'importation du droit d'auteur sur des tablettes de chocolat en

109. *Ibid.*, par. n° 3.

110. *Ibid.*, par. n° 5.

111. STIKEMAN ELLIOTT, « La Cour suprême est divisée sur des questions clés de loi et de politique sur le droit d'auteur : un distributeur sur le « marché gris » obtient gain de cause », dans *Info-Tech*, septembre 2007, en ligne : <http://www.stikeman.com/fr/pdf/IpSep07_FR.pdf>(site consulté le 11 juin 2014), p. 3-4.

112. *Ibid.*, p. 4.

113. *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2003 CAF 297, [2004] 2 R.C.F. 241.

114. Pierre-Emmanuel MOYSE, « *Kraft Canada c. Euro-Excellence* : l'insoutenable légèreté du droit », (2008) 53 R.D. McGill 741-791, à la p. 775.

115. Préc., note 107.

raison de l'existence d'œuvres protégées sur leur emballage. L'objectif poursuivi par Kraft Canada était d'empêcher l'importation parallèle des mêmes produits par Euro-Excellence¹¹⁶. Cette dernière a alors invoqué un abus dans l'exercice du droit de propriété intellectuelle possédé par Kraft Canada. L'affaire a été réglée de manière contractuelle, mais certains juges ont tout de même fait valoir leurs opinions sur la question de l'abus. Ainsi, le juge Bastarache a soulevé la question de l'usage légitime du droit d'auteur :

Seuls les intérêts économiques légitimes bénéficient de la protection conférée par le droit d'auteur. Permettre que le paragraphe 27(2) [de la *Loi sur le droit d'auteur*] protège tous les intérêts des fabricants et distributeurs de biens de consommation aurait pour effet de rompre l'équilibre en matière de droit d'auteur. Loin d'assurer une « Juste récompense » aux créateurs d'œuvres protégées, on se trouverait alors à permettre une utilisation du droit d'auteur qui excéderait de beaucoup celle prévue par le législateur, et à élargir artificiellement la portée des droits de manière à protéger des biens de consommation.

[...]

À l'inverse, les autres intérêts économiques – même s'ils peuvent sembler étroitement liés aux intérêts légitimement protégés du fait qu'ils résultent de l'exercice de ce talent et de ce jugement – ne sont pas protégés. Plus particulièrement, si une œuvre résultant de l'exercice du talent et du jugement (tel un logo) est jointe à un autre bien de consommation (comme une tablette de chocolat), les gains résultant de la vente du bien de consommation ne doivent pas être confondus avec les intérêts économiques légitimes du titulaire du droit d'auteur sur le logo, qui sont protégés par la législation sur le droit d'auteur.¹¹⁷

Pour le juge Bastarache, l'utilisation que faisait Kraft Canada de son droit d'auteur dépassait les fonctions normales du droit. Elle n'avait pas pour intérêt la protection du bien bénéficiaire du droit de propriété intellectuelle, c'est-à-dire les œuvres d'art sur les emballages, mais celle du bien commercial, c'est-à-dire les tablettes de chocolat, ce qui devait être sanctionné. Cette décision démontre que l'exercice de droits de propriété intellectuelle peut empiéter dans le domaine du droit commercial et, par analogie, du droit de la concurrence. Elle prouve bien qu'en cas de conflit, la liberté de commerce et la liberté de concurrence peuvent prévaloir¹¹⁸.

116. P.-E. MOYSE, préc., note 114, p. 49-50.

117. *Euro-Excellence inc. c. Kraft Canada*, préc., note 107, par. 88 et 112.

118. P.-E. MOYSE, préc., note 114, p. 776.

Ces affaires ont été réglées sans avoir recours au droit de la concurrence, car cela n'était pas nécessaire. Toutefois, dans certaines situations, l'intervention du droit de la concurrence dans le contrôle de l'exercice des droits de propriété intellectuelle va se révéler essentielle.

1.2.2 L'intervention du droit de la concurrence dans la sanction des abus : l'application du droit des abus de position dominante

En droit européen, l'article 295 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, qui dispose que « le présent traité ne préjuge en rien de la propriété dans les États membres »¹¹⁹, n'a pas été interprété comme faisant obstacle à la compétence communautaire en matière de propriété intellectuelle¹²⁰. Les titulaires de droits de propriété intellectuelle qui exploitent leur droit exclusif sont donc soumis au droit des pratiques anticoncurrentielles. Plus particulièrement, l'interdiction des abus de position dominante est susceptible de heurter le monopole légal accordé par l'État¹²¹.

La législation canadienne sur la concurrence et sur l'abus de position dominante requiert que le pouvoir de marché acquis par une entreprise soit plus grand que le seul monopole conféré par le droit de propriété intellectuelle¹²². On peut distinguer deux catégories de comportements réprimandés par le droit des abus de position dominante. Certains comportements sont sanctionnés lorsqu'ils étendent le monopole du titulaire du droit de propriété intellectuelle au-delà des limites que la loi lui assigne. Nous les étudierons ci-dessous. D'autres comportements sont condamnés, car ils tendent à restreindre l'accès des tiers au marché¹²³. Nous les étudierons dans la deuxième partie du présent texte.

Les droits de propriété intellectuelle sont pris en compte par les autorités de concurrence, non seulement lorsqu'il s'agit de déterminer la position dominante de l'entreprise sur un marché donné (1.2.2.1), mais aussi l'abus de cette position (1.2.2.2).

119. *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, 13 décembre 2007, J.O.C. 115/01 (entrée en vigueur 01/12/2009) [TFUE], art. 295.

120. C. MARÉCHAL, préc., note 18, p. 10.

121. *Ibid.*

122. K. BELLEFLEUR, préc., note 5, p. 403.

123. C. MARÉCHAL, préc., note 18, p. 85.

1.2.2.1 La détermination de la position dominante

La position dominante a été définie comme suit en droit européen :

Une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs.¹²⁴

De manière générale, bien que la part de marché ne soit pas l'unique critère pour démontrer la position dominante, elle constitue un paramètre important d'appréciation retenu par la Commission et les juridictions européennes¹²⁵. La position dominante est appréciée de façon économique sur un marché de référence quant au produit et à l'aire géographique concernés. Les autorités anti-trust réalisent donc une analyse du marché pertinent¹²⁶.

En droit canadien, trois conditions doivent être réunies pour déterminer s'il existe un abus de position dominante¹²⁷. Tout d'abord, un « contrôle »¹²⁸ sensible ou complet doit s'exercer sur une catégorie d'entreprises à l'échelle du Canada ou d'une de ses régions. Le terme « contrôle » a le sens de « pouvoir de marché »¹²⁹. Le contrôle peut être le fait d'une ou de plusieurs entreprises. Ensuite, il doit y avoir une « pratique d'agissements anticoncurrentiels »¹³⁰. Enfin, la pratique doit avoir pour effet d'empêcher ou de diminuer « sensiblement »¹³¹ la concurrence.

Selon le Bureau de la concurrence, la position dominante peut être définie comme étant la possibilité de maintenir les prix au-dessus des niveaux concurrentiels ou de restreindre de façon similaire

124. CJCE, 14 février 1978, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c/ Commission*, aff. 27/76, Rec. p. 207, point 65.

125. CONSEIL DE LA CONCURRENCE, préc., note 19, p. 229 ; K. DIAWARA, préc., note 20, p. 187.

126. TPI, 10 juillet 1990, *Tetra Pak*, T-51/59.

127. *Loi sur la concurrence*, préc., note 42, art. 78 et 79.

128. *Ibid.*, art. 79a).

129. Michael WISE, « Examen du droit et de la politique de la concurrence au Canada », (2003) 1 *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 5, à la p. 68.

130. *Loi sur la concurrence*, préc., note 42, art. 79b).

131. *Ibid.*, art. 79c).

d'autres aspects de la concurrence sur une période prolongée, habituellement un an¹³². La part de marché ne peut jamais constituer, à elle seule, une situation de dominance. Elle doit être combinée à d'autres critères comme des barrières à l'entrée¹³³. Même si une part de marché très importante semble faire présumer une position dominante, le Tribunal de la concurrence prend donc toujours d'autres éléments en considération¹³⁴. Il n'y a pas de seuil de part de marché à partir duquel une entreprise est considérée comme dominante *prima facie*¹³⁵. Toutefois, en présence de barrières réglementaires, la part de marché constituera *prima facie* une preuve de dominance. Les monopoles légaux et les droits de propriété intellectuelle, conférés par l'État, constituent des barrières réglementaires¹³⁶.

Un titre de propriété intellectuelle peut contribuer à la création ou au renforcement de la position dominante d'une entreprise, notamment parce qu'il a une force économique en soi. Il participe au pouvoir de marché de l'entreprise qui en est titulaire : une marque ou un brevet peuvent constituer une barrière à l'entrée pour des concurrents sur le même marché¹³⁷. En effet, au titre de ses prérogatives, le titulaire du droit de propriété intellectuelle « se voit reconnaître le droit absolu d'autoriser ou d'interdire toute utilisation de son œuvre ou de son invention par des tiers »¹³⁸. Dès lors, on peut se demander si l'existence du monopole légal du titulaire du droit de propriété intellectuelle exerce une influence sur la caractérisation du monopole au sens du droit de la concurrence. Il s'avère que le monopole d'exploitation du titulaire du droit de propriété intellectuelle est susceptible de coïncider avec une situation de monopole au sens du droit de la concurrence seulement lorsque le marché pertinent est constitué du seul produit ou service couvert par le droit de propriété intellectuelle¹³⁹.

Que ce soit en droit européen ou en droit canadien, le principe veut que le fait qu'une entreprise détienne un droit de propriété intellectuelle ne la place pas automatiquement en position

132. M. WISE, préc., note 129, p. 68.

133. K. DIAWARA, préc., note 20, p. 184.

134. Voir la décision *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télédirect (Publications) inc.* (1997), 73 C.P.R. (3d) 1.

135. K. DIAWARA, préc., note 20, p. 186.

136. *Ibid.*

137. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, préc., note 8, p. 115.

138. G. BEAUDOUIN, préc., note 15, p. 344.

139. *Ibid.*

dominante¹⁴⁰. Lorsque des produits substitués sont offerts, les droits de propriété intellectuelle n'entraînent pas obligatoirement une puissance commerciale et des effets anticoncurrentiels susceptibles de donner ouverture à l'application des dispositions du droit de la concurrence¹⁴¹. En effet, les titulaires de droits de propriété intellectuelle disposent d'une exclusivité, mais ce n'est pas ce pouvoir d'exclusion qui caractérise la dominance sur un marché donné : c'est la puissance économique. Ce n'est donc jamais le droit exclusif, mais la position dominante dont il faut prouver l'abus¹⁴². Les droits de propriété intellectuelle sont pris en compte dans l'appréciation du pouvoir de marché d'une entreprise¹⁴³, mais ils ne constituent que l'un des critères utilisés pour déterminer si une position dominante existe. Dans tous les cas, elle doit être établie. Par ailleurs, lorsqu'une position dominante est caractérisée, il faut chercher à savoir si elle est abusive.

1.2.2.2 La détermination de l'abus

Lorsqu'un titulaire de droit de propriété intellectuelle détient un pouvoir de marché, la question de savoir s'il en abuse ou pas est délicate. En effet, étant donné que le titulaire se prévaut de ses droits exclusifs en vertu d'une loi, le droit de la concurrence ne devrait théoriquement pas interférer dans leur exercice¹⁴⁴. C'est dans les cas où il y a plus qu'un simple exercice du droit de propriété intellectuelle qu'un abus pourra être constaté. Ce principe se trouve, en droit canadien, dans l'article 79(5) de la *Loi sur la concurrence*¹⁴⁵, article qui n'existe pas en droit européen. Ce principe a également été consacré par la jurisprudence. Dans l'affaire *Télé-Direct*¹⁴⁶, le Tribunal de la concurrence a ainsi affirmé que le simple exercice d'un droit de propriété intellectuelle ne constitue pas un agissement anticoncurrentiel, mais qu'une tentative d'étendre le droit de propriété intellectuelle pouvait constituer un abus de posi-

140. George DECOQ, « Regard sur le droit des abus de position dominante – Droit de propriété intellectuelle et abus de position dominante », *Colloque l'année 2005 et le droit de la concurrence*, Cour de cassation, en ligne : <http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/AFEC_regards_droit_abus_position_dominante_decocq.pdf> (site consulté le 11 juin 2014), p. 3.

141. M. RENAUD et D. THÉRIEN, préc., note 89, p. 352.

142. U. HANNS, préc., note 95, p. 412-413.

143. G. BEAUDOUIN, préc., note 15, p. 341.

144. M. RENAUD et D. THÉRIEN, préc., note 89, p. 352.

145. Préc., note 42.

146. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) inc.*, préc., note 134.

tion dominante¹⁴⁷. La seule exception à ce principe est l'article 32 de la *Loi sur la concurrence*, lequel vise à empêcher l'exercice anti-concurrentiel des droits de propriété intellectuelle. Cet article s'applique dans les cas de simple exercice d'un droit de propriété intellectuelle. Ce recours spécifique a été prévu pour les cas où les lois relatives au droit de propriété intellectuelle sont jugées insuffisantes pour promouvoir l'innovation¹⁴⁸. Les seules affaires où l'article 32 a été appliqué se sont soldées par une entente de règlement. Nous étudierons cette disposition plus précisément dans les cas de refus unilatéraux de licence de droits de propriété intellectuelle.

La Cour de justice des Communautés européennes, tout comme en droit canadien, a affirmé que la protection conférée par le droit de propriété intellectuelle était insuffisante pour caractériser l'abus¹⁴⁹. La juridiction communautaire sanctionne seulement l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle qui peut être abusif¹⁵⁰. Le droit exclusif doit permettre uniquement à son titulaire de se défendre contre l'imitation par des tiers de l'objet protégé, mais pas d'exclure ou d'entraver la concurrence par des produits de substitution¹⁵¹. Comme en droit canadien, un abus pourra être constaté lorsqu'il y a plus que le simple exercice d'un droit exclusif.

L'important est de retenir la formule de réserve : la propriété intellectuelle ne peut pas servir à justifier qu'une entreprise en position dominante adopte des pratiques interdites et abusives¹⁵².

Pour déterminer s'il y a simple exercice ou exercice abusif du droit de propriété intellectuelle, la Cour de justice des Communautés européennes utilise le concept d'objet spécifique du droit. L'exercice d'un droit de propriété intellectuelle est susceptible de constituer un abus s'il dépasse les limites de l'objet spécifique du droit. Le droit de la concurrence sanctionne les titulaires de droits de propriété intellectuelle qui n'exploitent pas normalement leur droit exclusif et qui provoquent ainsi une restriction de la concurrence. Une entreprise peut dominer un marché, mais elle ne doit pas

147. M. RENAUD et D. THÉRIEN, préc., note 89, p. 352.

148. *Ibid.*, p. 357.

149. CJCE C-85/76, *Hoffmann-Laroche/Commission*, du 13 février 1979 ; CJCE, 29 février 1968, *Parke, Davis*, 24-67.

150. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, préc., note 8, p. 133.

151. U. HANNS, préc., note 95, p. 412-413.

152. *Ibid.*, p. 414.

« exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci », ce qui « est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté »¹⁵³. Il n'y a pas d'exemption possible, à l'inverse du droit des ententes¹⁵⁴. La Cour de justice des Communautés européennes a ainsi défini le périmètre de l'exercice légitime d'un droit de propriété intellectuelle en recourant aux notions d'« objet spécifique » ou de « substance même du droit exclusif » ou, encore, de leurs « prérogatives essentielles ». Elle s'appuie également sur la notion de « fonction essentielle » du droit permettant de délimiter son « objet spécifique »¹⁵⁵. Par exemple, l'objet spécifique du brevet est « notamment 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 soit directement soit par l'octroi de licence à des tiers, ainsi que le droit de s'opposer à toute contrefaçon »¹⁵⁶. L'objet spécifique du droit d'auteur confère le pouvoir de se réserver l'exclusivité de la reproduction de l'œuvre protégée. Si les pratiques vont au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger cet objet essentiel, elles ont de grands risques d'être sanctionnées par le droit des abus de position dominante¹⁵⁷. Ainsi, par un arrêt de 1988¹⁵⁸, la Cour a jugé que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle qui se contente d'exploiter l'une de ses prérogatives essentielles ne commet pas d'abus. À l'inverse, l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle risque d'être anticoncurrentiel s'il excède ce qui est nécessaire pour protéger « l'objet spécifique de chaque droit »¹⁵⁹. Par exemple, l'abus de position dominante peut être caractérisé « si le titulaire de ce droit pratique pour des transactions équivalentes des prix plus faibles sur un marché que sur le marché communautaire et si les prix communautaires sont excessifs »¹⁶⁰. Dans cette affaire, il avait été prouvé que « pour des transactions équivalentes, Microsoft appliquait des prix plus faibles sur le marché canadien que sur le marché communautaire et que les prix communautaires étaient excessifs »¹⁶¹.

153. *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, préc., note 119, art. 102.

154. L. MARINO, préc., note 34, p. 123.

155. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, préc., note 8, p. 120-121.

156. *Centrafarm*, CJCE, 31 octobre 1974, n° 15/74.

157. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, préc., note 8, p. 120.

158. *Warner Brothers*, CJCE, 17 mai 1988, 158-86.

159. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, préc., note 8, p. 121.

160. *Micro Business Leader / Commission*, TPI, 16 décembre 1999, Aff. T-198/98, point 54.

161. *Ibid.*, point 13.

En droit canadien, l'article 79(5) de la *Loi sur la concurrence* dispose que les comportements qui résultent de l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle ne sont pas des actes concurrentiels en eux-mêmes. Cette exception vise l'exercice et non pas l'abus, elle ne fournit pas aux titulaires de droits de propriété intellectuelle une exemption générale de l'application de ces dispositions. Les dispositions concernant la caractérisation et la sanction des pratiques anti-concurrentielles demeurent applicables aux actes qui constituent une utilisation abusive des droits de propriété intellectuelle (par opposition au simple exercice de ces droits)¹⁶². Ainsi, un abus doit être caractérisé.

L'abus est approché de manière subjective : il est constitué d'un comportement à l'effet intentionnellement négatif sur le concurrent et entraînant un empêchement ou une réduction de la concurrence. L'abus est l'agissement qui tend à accroître ou à consolider un pouvoir de marché ou à en faciliter l'exercice en excluant, en menaçant ou en mettant au pas les concurrents¹⁶³.

La première décision rendue par le Tribunal de la concurrence en vertu des dispositions relatives à l'abus de position dominante est l'affaire *NutraSweet*¹⁶⁴ dans laquelle plusieurs questions relatives au rôle des droits de propriété intellectuelle dans l'industrie des édulcorants ont été traitées. Le directeur des enquêtes et recherches (aujourd'hui, le commissaire de la concurrence) soutenait que la société avait utilisé sa marque de commerce pour empêcher la concurrence sur le marché de l'aspartame¹⁶⁵. En effet, NutraSweet avait, comme pratique commerciale, accordé des rabais à ses clients acceptant d'apposer le logo de sa marque de commerce sur leurs produits qui contenaient de l'aspartame. La société n'accordait ce droit d'apposer la marque qu'aux clients qui signaient des contrats d'exclusivité. Cette pratique était devenue nécessaire à NutraSweet pour conserver sa position dominante puisque son brevet canadien était expiré. Ses contrats d'exclusivité lui permettaient donc de se servir de son brevet américain toujours en vigueur pour prolonger son contrôle du marché canadien. Le Tribunal a alors reconnu les

162. Serge BOURQUE, « Droit sur la concurrence et propriété intellectuelle », (2000) 12 *C.P.I.* 909, 921.

163. M. WISE, préc., note 129, p. 69.

164. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.*, (1990) 32 *C.P.R.* (3d) 1, Tribunal de la concurrence, 4 octobre 1990.

165. BUREAU DE LA CONCURRENCE DU CANADA et G.N. ADDY, préc., note 1, p. 6.

barrières à l'entrée créées par cette pratique¹⁶⁶. Il a jugé que la réduction que NutraSweet offrait à ses clients pour les encourager à apposer son logo constituait un acte anticoncurrentiel compte tenu de l'obligation imposée aux clients apposant le logo d'utiliser exclusivement l'aspartame de sa marque. Selon le Tribunal, ces réductions ne laissaient pas le choix aux acheteurs, ce qui empêchait l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents. Le Tribunal a considéré que l'utilisation à la fois de la marque de commerce et du système de remise par NutraSweet était une tentative de maintien de sa position dominante sur le marché canadien de l'aspartame après l'expiration de son brevet¹⁶⁷.

Dans cette première partie, nous avons pu constater que le droit européen et le droit canadien sanctionnent les pratiques tendant à étendre le monopole légal des titulaires de droits de propriété intellectuelle, c'est-à-dire des pratiques anticoncurrentielles concernant les prix dans des cas mettant en jeu des droits de propriété intellectuelle. En effet, le contrôle effectué par le droit de la concurrence est très encadré et soumis à des conditions strictes qui se retrouvent dans les lois canadiennes, mais aussi dans des décisions des tribunaux canadiens et européens qui ont fait jurisprudence. Le régime entourant le contrôle de ces pratiques impliquant des droits de propriété intellectuelle par le droit de la concurrence est donc bien établi et fait preuve d'une assez grande clarté et prévisibilité juridiques. Nous verrons, dans la seconde partie, que c'est la régulation des refus de licence de droits de propriété intellectuelle par le droit de la concurrence qui fait l'objet d'un débat. En effet, le régime du contrôle du refus de licence de droits de propriété intellectuelle par le droit de la concurrence est encore en pleine évolution, que ce soit au Canada ou au sein de l'Union européenne.

2. LA RÉGULATION DES REFUS UNILATÉRAUX DE LICENCE DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

De manière générale, que ce soit en droit européen ou en droit canadien, le droit de la concurrence va intervenir dans la liberté que possède le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle d'accorder une licence ou non. Le droit de la concurrence va possiblement sanctionner le refus d'accorder une licence lorsque, par exemple, le droit de propriété intellectuelle est essentiel au maintien d'une

166. C. MASSE, préc., note 3, p. 429-430.

167. M. RENAUD et D. THÉRIEN, préc., note 89, p. 355.

concurrence saine et effective. Ce sera aussi le cas lorsque le refus de licence est discriminatoire, c'est-à-dire qu'il n'est pas justifié par des raisons objectives, ou lorsque le refus de licence a permis à l'entreprise titulaire d'un droit de propriété intellectuelle en situation de position dominante ou de monopole d'acquérir ou de maintenir un certain pouvoir de marché¹⁶⁸.

Cette partie permettra ainsi de voir que certaines dispositions de la *Loi sur la concurrence* canadienne peuvent trouver application dans les cas de refus d'accorder des licences. Nous analyserons les dispositions canadiennes visant expressément le refus de vendre ou de fournir, et celles traitant des abus de position dominante. Puis, nous étudierons l'article 32 de la *Loi sur la concurrence* qui vise expressément l'application du droit de la concurrence à l'exercice des droits de propriété intellectuelle. En droit européen, c'est la théorie des facilités essentielles, développée par la jurisprudence, qui limite la liberté d'accorder ou non une licence d'un droit de propriété intellectuelle. Cette théorie pose la question de l'accès des concurrents actuels ou potentiels à une ressource protégée par le droit de propriété intellectuelle, jugée indispensable à l'exercice d'une activité économique sur un marché connexe¹⁶⁹. Nous concentrerons cependant notre étude sur les refus unilatéraux de licence de droits de propriété intellectuelle. En effet, la plupart des violations du droit de la concurrence qui impliquent des droits de propriété intellectuelle concernent les refus unilatéraux¹⁷⁰.

Nous commencerons par examiner le cadre du contrôle du refus généralement accepté en droits européen et canadien (2.1), puis nous soulèverons le débat entourant l'intervention du droit de la concurrence dans certains cas de refus de licence (2.2).

2.1 La délimitation du contrôle du refus

Que ce soit en droit canadien ou en droit européen, le refus de licence de droits de propriété intellectuelle doit être conforme au droit de la concurrence (2.1.1). Le refus ne sera sanctionné que dans des cas exceptionnels (2.1.2).

168. H. HOVENKAMP, M.D. JANIS et M.A. LEMLEY, préc., note 27, p. 375.

169. G. BEAUDOUIN, préc., note 15, p. 340.

170. Herbert HOVENKAMP, « The Conflict between Antitrust and Intellectual Property Rights », dans Michael A. CARRIER, *Intellectual Property and Competition*, Northampton, Edward Elgar, 2011, p. 22.

2.1.1 Le principe : la conformité du refus de licence au droit de la concurrence

Nous verrons tout d'abord en quoi le principe de la conformité au droit de la concurrence est essentiel (2.1.1.1), puis nous étudierons les décisions dans lesquelles il a été consacré (2.1.1.2).

2.1.1.1 La protection du droit de propriété face au droit public économique

L'intervention du droit de la concurrence dans le contrôle des refus de licence de droits de propriété intellectuelle ne doit pas surprendre : sa justification théorique est la même que pour les autres biens. Le principe d'une concurrence libre et non faussée s'impose aux particuliers, y compris lorsque les droits dont ils sont titulaires, comme les droits de propriété intellectuelle, sont spécialement protégés par la loi. Toutefois, ce n'est que « dans les cas dans lesquels l'intérêt privé des parties à une pratique diverge de l'intérêt collectif, en faussant le jeu de la concurrence sur un marché, que le droit de la concurrence intervient pour limiter la liberté contractuelle des parties »¹⁷¹, et éventuellement l'exercice des droits de propriété intellectuelle.

Un principe de base veut que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle est libre d'accorder une licence ou non¹⁷². Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle est aussi libre de refuser d'octroyer une licence à une personne ou à une entreprise même s'il est en possession d'une position dominante sur un marché donné en raison de son droit de propriété intellectuelle. Plusieurs décisions des tribunaux canadiens et européens, que nous analyserons plus loin, sont venues confirmer cette liberté¹⁷³. Ce principe s'inscrit dans la volonté d'atteindre l'objectif principal recherché par le droit de propriété intellectuelle qui est d'encourager l'innovation. Ce principe confirme aussi que l'atteinte de cet objectif passe par une certaine flexibilité face au comportement des inventeurs et des créateurs¹⁷⁴. La protection de la propriété intellectuelle, particulièrement de sa fonction économique, justifie que l'intervention du droit de la concurrence dans les refus de licence reste exceptionnelle et

171. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, préc., note 8, p. 148.

172. C. MASSE, préc., note 3, p. 405.

173. *Ibid.*, p. 406-407.

174. *Ibid.*, p. 407.

qu'elle soit soumise à des conditions strictes encadrant les cas dans lesquels un refus de licence pourra être considéré comme anticoncurrentiel¹⁷⁵. Généralement, le refus unilatéral d'un titulaire d'un droit de propriété intellectuelle d'accorder une licence d'utilisation ou de commercialisation de son invention ou de sa création ne pose pas de problème, que ce soit à l'égard du droit de la concurrence ou des droits de propriété intellectuelle. En effet, les différentes lois de propriété intellectuelle accordent ce pouvoir et rien dans les dispositions concernant la concurrence ne vient directement interdire une telle pratique en droit européen ou en droit canadien¹⁷⁶.

2.1.1.2 *La consécration par les tribunaux du principe de conformité du refus de licence*

Le principe de conformité au droit de la concurrence du refus d'octroyer une licence a été consacré, en droit canadien, par l'arrêt *Télé-Direct* du Tribunal de la concurrence en 1997¹⁷⁷. Le Tribunal a reconnu que la décision par le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle d'octroyer ou non une licence relève de ses prérogatives au titre de son droit exclusif. Le Tribunal a rappelé aussi que le droit de propriété intellectuelle peut faire l'objet d'un usage abusif et, donc, être soumis aux sanctions du droit de la concurrence, mais il a ajouté que cela ne sera qu'en cas de « plus que le simple exercice de la loi »¹⁷⁸. C'est le principe de la distinction entre le « refus d'octroyer une licence et l'assujettissement d'une licence à des conditions anticoncurrentielles »¹⁷⁹.

En droit européen, la Cour de justice des Communautés européennes statuait en 1995, dans l'affaire *Magill*¹⁸⁰, que le refus de licence d'un droit de propriété intellectuelle, même lorsqu'il est le fait d'une entreprise en position dominante, ne constitue pas, en lui-même, un abus de position dominante. En effet, le refus de licence est l'une des expressions possibles du droit exclusif dont

175. Heike SCHWEITZER, « Recent Developments in EU Competition Law (2006-2008): Single-firm Dominance and the Interpretation of Article 82 », (2009) 5 *European Review of Contract Law* 2, 191.

176. C. MASSE, préc., note 3, p. 407.

177. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) inc.*, préc., note 134.

178. *Ibid.*, par. 65.

179. *Ibid.*, par. 66.

180. *Radio Telefís Éireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd. (ITP) c. Commission*, CJCE, 6 avril 1995, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. p. I-743.

dispose le titulaire du droit de propriété intellectuelle. Il ne peut donc être condamné *a priori*, sous peine de vider le droit exclusif de sa substance et ainsi porter atteinte à l'existence même du droit de propriété intellectuelle¹⁸¹. Cette position fut réitérée dans l'affaire *IMS Health*¹⁸² de 2004 : « le droit exclusif de reproduction fait partie des prérogatives du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle en sorte qu'un refus de licence, alors même qu'il serait le fait d'une entreprise en position dominante, ne saurait en lui-même constituer un abus de celle-ci »¹⁸³. Ce principe a cependant été remis en cause par les tribunaux européens dans certaines affaires, notamment les décisions *Microsoft* de la Commission européenne et du Tribunal de première instance, que nous étudierons plus loin¹⁸⁴.

2.1.2 L'exception : l'intervention du droit de la concurrence dans le cadre du dépassement du simple exercice du droit exclusif de refuser une licence

La propriété intellectuelle étant garante de la promotion de l'innovation, les lois antitrust ne doivent pas affaiblir les règles fondamentales qui la régissent¹⁸⁵. Nous étudierons tout d'abord, dans cette section, les dispositions canadiennes sur le refus de vendre et sur l'abus de position dominante qui s'appliquent aux refus de licence de droits de propriété intellectuelle (2.1.2.1). Nous analyserons ensuite la théorie des facilités essentielles (2.1.2.2).

2.1.2.1 Refus de licence, refus de vendre et abus de position dominante

L'article 75 de la *Loi sur la concurrence* permet, dans des circonstances particulières, à une personne qui s'est vu refuser la fourniture d'un produit ou d'un service de demander au Tribunal de la concurrence qu'une ordonnance soit rendue pour que le fournisseur du produit ou du service en question soit obligé de l'accepter comme client. Cet article est propre au droit canadien et n'existe pas

181. G. BEAUDOUIN, préc., note 15, p. 349.

182. *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG*, CJCE, 29 avril 2004, aff. C-418/01, Rec. p. I-5039.

183. *Ibid.*, point 34.

184. *Infra*, section 2.2.1.2.

185. William A.W. NEILSON, Robert G. HOWELL et Souichirou KOZUKA, « Intellectual Property Rights and Competition Law and Policy: Attempts in Canada and Japan to Achieve a Reconciliation », (2002) 1 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 323, 375.

en droit européen. Cela peut s'expliquer par le fait que le marché canadien, en raison de sa taille réduite, contient un nombre limité de concurrents. Une entreprise qui se verrait refuser la fourniture d'un produit par un commerçant pourrait ainsi avoir de la difficulté à se le procurer d'un autre fournisseur, ce qui lui nuirait considérablement¹⁸⁶.

Dans la cause *Warner*¹⁸⁷, le Bureau de la concurrence, s'appuyant sur l'article 75, contestait le refus de Warner d'accorder à un concurrent, BMG Direct, des licences de droits d'auteur sur des œuvres musicales protégées. Le Bureau de la concurrence présenta une demande d'ordonnance au Tribunal de la concurrence visant à forcer Warner à fournir à BMG des licences d'exploitation des œuvres protégées. Cette ordonnance devait permettre à BMG de concurrencer Warner dans le marché canadien des clubs de disques de musique. Le Tribunal de la concurrence, à la suite d'une requête de Warner, a conclu que l'article 75 de la *Loi sur la concurrence* ne donnait pas la juridiction nécessaire au Tribunal de la concurrence pour contraindre Warner à fournir des licences sur ses œuvres musicales et rejeta la demande du Bureau de la concurrence¹⁸⁸. Selon le Tribunal, l'article 75 ne peut être lu comme incluant dans la définition de « produit »¹⁸⁹ les licences de droits de propriété intellectuelle. En effet, la notion de produit suppose une disponibilité en quantité suffisante, ce qui ne peut être le cas de droits de propriété intellectuelle, et des licences de ces droits de propriété intellectuelle par conséquent, ceux-ci étant exclusifs par nature¹⁹⁰.

Certains auteurs¹⁹¹ ont critiqué cette décision, principalement parce que le Tribunal, après avoir énoncé que le terme « produit » pouvait s'appliquer à des droits d'auteur et à des licences sur des droits d'auteur en vertu de certaines dispositions de la *Loi sur la concurrence*, a conclu que ce même terme, tel qu'utilisé à l'article 75, ne pouvait pas inclure une licence sur un droit d'auteur. Cela serait contraire à la *Loi d'interprétation*¹⁹² qui dispose que tout mot utilisé

186. C. MASSE, préc., note 3, p. 409-410.

187. Préc., note 158.

188. *Ibid.*, p. 410-411.

189. *Loi sur la concurrence*, préc., note 42, art. 75(1).

190. Anthony F. BALDANZA et Angela DI PADOVA, « Recent Developments in Canadian Competition Law », (1999) 32 *Can. Bus. L.J.* 241, 288.

191. Voir C. MASSE, préc., note 3, p. 412.

192. *Loi concernant l'interprétation des lois et des règlements*, L.R.C. (1985), ch. I-12, art. 15.

dans une loi du Parlement canadien doit conserver la même définition, quel que soit l'article où il se retrouve¹⁹³.

Une autre affaire, la décision *Télé-Direct*¹⁹⁴, a permis de préciser la portée de la décision Warner en ajoutant que les dispositions de la *Loi sur la concurrence* sur l'abus de position dominante s'appliquent aux cas de refus de licence de droits de propriété intellectuelle lorsqu'il y a dépassement du simple exercice du droit exclusif de refuser une licence. Dans cette cause, il était reproché à Télé-Direct, l'éditeur d'un répertoire téléphonique publicitaire commercial, d'avoir agi de manière anticoncurrentielle en ayant abusé de sa position dominante sur le marché. Télé-Direct avait refusé d'accorder des licences sur ses marques de commerce et sur son logo à certains éditeurs concurrents. Le Tribunal de la concurrence devait donc mettre en parallèle l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*, qui sanctionne l'abus de position dominante, et l'article 19 de la *Loi sur les marques de commerce*, qui réserve au titulaire d'une marque de commerce le droit exclusif d'utiliser sa marque comme bon lui semble¹⁹⁵. Le Tribunal conclut que la *Loi sur les marques de commerce* permettait au titulaire d'une marque de commerce de choisir à qui il désirait accorder une licence et à quelles conditions il désirait le faire. Le Tribunal appliqua donc l'exception prévue au paragraphe 79(5) de la *Loi sur la concurrence*¹⁹⁶ et accepta le comportement de Télé-Direct puisque cette dernière n'avait pas dépassé la limite du simple exercice de ses droits que lui conférait la *Loi sur les marques de commerce*¹⁹⁷. Toutefois, le Tribunal a aussi reconnu que l'exception contenue à l'article 79(5) n'était pas illimitée. Elle ne s'applique que dans le cas où le comportement est relatif au simple exercice d'un droit de propriété intellectuelle. L'exception ne s'applique pas dans les cas de refus abusifs de

193. C. MASSE, préc., note 3, p. 412.

194. Préc., note 134.

195. *Ibid.*, p. 413.

196. *Loi sur la concurrence*, préc., note 42, art. 79(5) : « Pour l'application du présent article, un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la *Loi sur les brevets*, de la *Loi sur les dessins industriels*, de la *Loi sur le droit d'auteur*, de la *Loi sur les marques de commerce*, de la *Loi sur les topographies de circuits intégrés* ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anti-concurrentiel. »

197. Fellig M. MENACHEM, *Patent Pools and Competition Law: An Examination of the Enforcement Strategies of Competition Authorities*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit de l'Université de Montréal, 2007, p. 72.

licence¹⁹⁸. Malheureusement, le Tribunal ne fournit aucune précision sur les critères qui pourront servir à déterminer si un comportement va au-delà du simple exercice d'un droit de propriété intellectuelle¹⁹⁹.

Alors que le droit canadien appréhende les cas de refus abusifs de licence par des dispositions législatives, le droit européen s'en est remis à une théorie bâtie par les tribunaux : la théorie des facilités essentielles.

2.1.2.2 Refus de licence et théorie des facilités essentielles

En Union européenne, la Cour de justice des Communautés européennes a bâti la théorie des facilités essentielles pour appréhender les refus abusifs de licence. Une facilité essentielle est une ressource (ici immatérielle) indispensable pour exercer une activité et nécessaire pour accéder à un marché. Cette théorie juridique permet à la Cour de justice des Communautés européennes de sanctionner pour abus de position dominante des entreprises qui bloquent l'accès à une ressource essentielle en refusant d'accorder des licences de droits de propriété intellectuelle ou en réclamant un prix excessif. Ces entreprises sont alors condamnées à les octroyer à un prix raisonnable²⁰⁰, sanction que nous étudierons plus loin en détail²⁰¹.

Le caractère indispensable de la facilité est au cœur de la définition de la théorie des facilités essentielles. Le fait que l'utilisation par un concurrent d'une facilité soit moins coûteuse pour lui qu'un autre mode d'accès au marché en aval ne suffit pas pour transformer cette facilité en « facilité essentielle » et ne confère donc pas un droit d'accès à la facilité qu'il pourrait opposer au propriétaire de celle-ci²⁰².

L'application de la théorie des facilités essentielles implique que l'infrastructure essentielle soit détenue par une entreprise en position dominante qui n'a aucune raison objective d'en refuser l'accès. À l'inverse, si l'entreprise a des raisons objectives de refuser

198. D.J. BROWN et P. MARTINO, préc., note 28, p. 1258.

199. C. MASSE, préc., note 3, p. 414-415.

200. L. MARINO, préc., note 34, p. 124.

201. *Infra*, section 2.2.2.

202. J. TIROLE, préc., note 91, p. 4.

l'accès au tiers, par exemple le manque de capacité ou l'incompatibilité technologique, le droit de la concurrence ne la contraindra pas. La notion de facilité essentielle est reliée à la définition économique de l'exclusion. L'exclusion est définie comme « un comportement à travers lequel une entreprise en position dominante refuse ou limite l'accès à un facteur de production essentiel à des concurrents, afin d'étendre son pouvoir de marché à partir du marché monopolisé sur un marché dérivé »²⁰³.

En droit européen, comme nous l'avons étudié plus haut²⁰⁴, l'abus est caractérisé lorsque le droit de propriété intellectuelle « ne répond plus à sa fonction essentielle » ou à son « objet spécifique » et qu'il a des conséquences néfastes sur la concurrence. Mais l'abus est également caractérisé lorsque l'exercice du droit de propriété intellectuelle, bien que conforme à son objet ou à sa fonction spécifique, dans les circonstances particulières de l'espèce, crée des obstacles à une concurrence libre et non faussée. Ainsi, la portée de l'objet spécifique du droit exclusif dépend des circonstances particulières qui entourent son exercice. Le caractère protégé des droits de propriété intellectuelle a amené la Cour de justice des Communautés européennes à considérer que l'exercice d'un droit exclusif par une entreprise en position dominante peut être abusif dans des circonstances exceptionnelles²⁰⁵. Ces circonstances exceptionnelles sont celles qui justifient l'application de la théorie des facilités essentielles²⁰⁶. En vertu de cette théorie, l'exercice même de la prérogative au cœur de l'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle peut donc constituer un abus de position dominante, ce qui peut sembler être une atteinte exorbitante à ces droits²⁰⁷, si les conditions d'application ne sont pas strictement limitées à certains cas. La théorie des facilités essentielles ne peut donc s'appliquer qu'à des « circonstances exceptionnelles ». La décision *Magill*²⁰⁸ a permis de les développer. Le titulaire de droits de propriété intellectuelle qui refuse d'octroyer une licence peut se défendre sur le fondement de justifications objectives²⁰⁹, comme nous l'avons vu plus haut²¹⁰.

203. *Ibid.*, p. 5.

204. *Supra*, section 1.2.2.2.

205. *IMS Health GmbH & Co. OHG c/ NDC Health GmbH & Co. KG*, préc., note 182.

206. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, préc., note 8, p. 120.

207. *Ibid.*, p. 139.

208. Préc., note 180.

209. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, préc., note 8, p. 142.

210. *Supra*, section 2.1.1.2.

La première condition à remplir pour pouvoir invoquer la théorie des facilités est la présence d'un obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle de la part des consommateurs²¹¹. La deuxième condition est l'absence de considérations objectives qui permettent de justifier le refus de licence. Tout refus qui ne serait pas nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise pourrait ainsi être sanctionné²¹². Enfin, la troisième condition est l'exclusion de toute concurrence sur le marché dérivé. L'abus ne sera constitué que si le refus de licence opposé par le titulaire du droit de propriété intellectuelle permet à ce dernier de se réserver un monopole sur le marché dérivé. Le monopole légal conféré par un droit de propriété intellectuelle n'a aucune vocation à s'étendre artificiellement au-delà des limites résultant de l'application de la loi, notamment en créant un monopole sur un marché dérivé²¹³. L'arrêt *Magill* est majeur en matière de refus de licence abusifs. La jurisprudence a certes quelque peu évolué depuis, mais on peut dire que les conditions appliquées aujourd'hui dans les décisions relatives aux refus de licence abusifs sont celles de l'arrêt *Magill*²¹⁴.

La décision *IMS*²¹⁵ a permis d'éclaircir la théorie des facilités essentielles, notamment en précisant les conditions établies par la jurisprudence *Magill*. En plus de clarifier le régime de l'intervention du droit de la concurrence dans le contrôle des refus de licence de droits de propriété intellectuelle, l'arrêt *IMS* réaffirme que les droits de propriété intellectuelle sont différents des autres formes du droit de propriété²¹⁶. La Cour de justice des Communautés européennes a aussi confirmé que les trois conditions d'application de la théorie des facilités essentielles dégagées par l'arrêt *Magill* sont cumulatives et a précisé que sa décision (*IMS*) ne s'applique qu'aux cas impliquant des droits d'auteur, et non à tous les cas impliquant des droits de propriété intellectuelle²¹⁷. L'arrêt *IMS* se révèle alors protecteur du droit d'auteur²¹⁸. Enfin, la décision *IMS* soumet l'application de la théorie des facilités essentielles à des cas de refus de licence

211. *Radio Telefís Éireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd. (ITP) c. Commission*, préc., note 180, points 52 à 54.

212. G. BEAUDOUIN, préc., note 15, p. 351.

213. *Ibid.*, p. 142-143.

214. *Ibid.*, p. 347.

215. Préc., note 182.

216. Estelle DERCLAYE, « The *IMS Health* Decision: a Triple Victory », (2004) 27 *World Competition* 397, à la p. 397.

217. *Ibid.*, p. 402.

218. *Ibid.*, p. 403.

exceptionnels, c'est-à-dire des cas d'élimination de toute concurrence effective. Les cas où la concurrence est simplement faussée ne peuvent recevoir l'intervention de la théorie des facilités essentielles²¹⁹.

Les tribunaux européens ont clairement circonscrit les atteintes à ces droits à des « circonstances exceptionnelles » dûment qualifiées, comme nous venons de le voir, et à des secteurs particuliers des droits de propriété intellectuelle. Il a en effet été souligné que l'application de la théorie des facilités essentielles est limitée à certains droits de propriété intellectuelle : les droits protégeant les biens informationnels, c'est-à-dire les droits de propriété intellectuelle sur les bases de données et sur les logiciels. Le droit de la concurrence ne s'applique, par la sanction des refus de licences, qu'à des droits ayant peu recours à la créativité²²⁰.

La décision *IMS* a été critiquée sur un point : elle a fait application de la théorie des facilités essentielles alors que l'entreprise en position dominante était en concurrence directe sur le marché dérivé où elle souhaitait exploiter son droit de propriété intellectuelle. La décision *IMS* impliquerait alors qu'un titulaire de droits devrait renoncer à l'avantage que lui procure son droit de propriété intellectuelle au profit d'un concurrent direct. Cette décision peut donc avoir des conséquences considérables en matière de droits de propriété intellectuelle, soit le risque d'un passage d'un droit exclusif à un droit à redevance²²¹. De plus, même à la suite de la décision *IMS*, certains points étaient demeurés flous. La Cour de justice des Communautés européennes n'avait toujours pas défini précisément le terme « produit nouveau ». L'arrêt *IMS* ne permet pas de déterminer si « produit nouveau » englobe ou non les améliorations techniques qui peuvent être faites sur un produit déjà existant²²². Ce terme sera éclairci par la jurisprudence *Microsoft*²²³ que nous étudierons plus loin²²⁴.

La théorie des facilités essentielles est donc, en elle-même, limitée par les tribunaux européens, notamment par les conditions strictes de son application établies par l'arrêt *Magill* et confirmées

219. P. ARHEL, préc., note 76, p. 16.

220. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, préc., note 8, p. 149.

221. *Ibid.*, p. 145.

222. E. DERCLAYE, préc., note 216, p. 404.

223. Préc., note 78.

224. *Infra*, section 2.2.1.2.

par la décision *IMS*. Le débat va aujourd'hui davantage se porter sur la sanction du simple exercice du droit exclusif de refuser une licence, notamment depuis la décision *Microsoft* de la Commission européenne rendue en 2004 qui, nous le verrons, reste encore à ce jour très controversée.

2.2 Le débat entourant le contrôle du refus

Le débat entourant le contrôle du refus de licence de droits de propriété intellectuelle par le droit de la concurrence concerne deux points : le contrôle dans le cadre du simple exercice du droit exclusif de refuser une licence (2.2.1) et la sanction du contrôle, l'octroi obligatoire de licence (2.2.2).

2.2.1 L'intervention du droit de la concurrence dans le cadre du simple exercice du droit exclusif de refuser une licence

Nous verrons que le droit canadien est strict face à l'intervention du droit de la concurrence dans le cadre du simple exercice du droit exclusif de refuser une licence (2.2.1.1). Toutefois, l'assouplissement des conditions d'application de la théorie des facilités essentielles en droit européen a été vivement critiqué par la doctrine (2.2.1.2).

2.2.1.1 L'encadrement circonscrit de la remise en cause du simple exercice du droit de refuser une licence de droits de propriété intellectuelle

La seule disposition en droit canadien qui permet de sanctionner un refus de licence d'un droit de propriété intellectuelle, même dans le cas où celui-ci résulte du simple exercice d'un droit exclusif, est l'article 32 de la *Loi sur la concurrence*. Il n'a été invoqué que dans les deux décisions *Union Carbide* de 1967²²⁵ et 1977²²⁶ qui se sont cependant réglées par des ententes de règlement. Pour analyser les cas d'intervention de l'article 32, il faut se référer aux *Lignes directrices pour l'application de la Loi en matière de propriété intellectuelle* publiées par le Bureau de la concurrence en 2000 et révisées en

225. Cour d'Échiquier du Canada, dossier B-1979, plainte portée le 10 octobre 1967 ; déclaration de règlement produite le 12 décembre 1969.

226. *R. c. Canadian General Electric and Union Carbide Canada Limited*, jugement inédit du 9 mars 1977 (C.P. Ontario).

septembre 2014²²⁷. Ce document n'a cependant aucune valeur juridique contraignante. Il constitue seulement un instrument de clarification et d'interprétation du droit qui ne lie en aucun cas les individus et les entreprises canadiennes. Les *Lignes directrices* se limitent à indiquer les conditions précises dans lesquelles l'article 32 peut intervenir²²⁸. Le Bureau a souligné que ces *Lignes* existaient pour une meilleure compréhension des dispositions de la *Loi sur la concurrence*, et en aucun cas pour mettre en place une approche agressive envers l'exercice des droits de propriété intellectuelle²²⁹.

L'article 32 de la *Loi sur la concurrence* pourrait, selon les *Lignes directrices*, trouver application dans les cas de refus d'octroyer une licence de droits de propriété intellectuelle. Si l'entreprise est en situation de position dominante et possède un intrant essentiel, cela a pour conséquence que le droit de propriété intellectuelle est à l'origine de la situation de position dominante sur le marché pertinent. Le Bureau en conclut alors que d'autres concurrents ne peuvent évoluer sur ce marché que s'ils ont accès à cet intrant protégé par le droit de propriété intellectuelle. Si le refus de licence de cet intrant essentiel met un frein à l'innovation, cela porte aussi préjudice aux incitatifs à l'investissement en recherche et développement. Le Bureau pourra alors former le recours spécial de l'article 32 dans le but de rétablir l'équilibre pour une meilleure concurrence²³⁰.

Le Bureau de la concurrence précise qu'il n'agira au titre de l'article 32 que dans de rares circonstances qu'il énumère dans les *Lignes*. Selon cette approche, le simple refus ne peut être appréhendé par les dispositions générales de la *Loi sur la concurrence*, peu importe comment la concurrence peut être touchée. Le simple refus ayant des effets néfastes sur la concurrence pourra seulement être appréhendé par l'article 32²³¹. Plusieurs circonstances exceptionnelles devraient donc être respectées, selon le Bureau de la concurrence, pour la mise en œuvre de l'article 32. Il interviendra seulement s'il n'existe aucun autre remède dans les lois relatives à la protection de la propriété intellectuelle. Le Bureau préconise aussi de tenir compte des conséquences du refus de licence sur un marché dérivé de celui du droit de propriété intellectuelle, de prendre en

227. BUREAU DE LA CONCURRENCE DU CANADA, préc., note 2.

228. D.J. BROWN et P. MARTINO, préc., note 28, p. 1262-1263.

229. *Ibid.*, p. 1259.

230. C. MASSE, préc., note 3, p. 415.

231. D.J. BROWN et P. MARTINO, préc., note 28, p. 1260.

considération si le titulaire du droit de propriété intellectuelle est en situation de position dominante et de prendre en compte si le droit de propriété intellectuelle est un facteur de production essentiel pour les firmes concurrentes sur le marché pertinent. Enfin, l'octroi obligatoire de licence ne doit pas avoir pour effet de faire décroître l'incitation à innover et à investir dans la recherche et dans le développement. Ces circonstances exceptionnelles exigent que la Cour fédérale pondère les objectifs de la propriété intellectuelle et ceux du droit de la concurrence²³². Ces critères ne sont pas sans rappeler ceux établis par les décisions *Magill* et *IMS* en droit européen²³³.

À ce jour, aucun tribunal canadien n'a eu à se prononcer sur l'application et l'interprétation de l'article 32 de la *Loi sur la concurrence*. Toutefois, parmi les décisions impliquant le refus d'accorder des licences sur des droits de propriété intellectuelle, seules les affaires s'étant réglées par des ordonnances de consentement ont donné ouverture à l'obtention de licences, comme dans les causes *Union Carbide*²³⁴. En effet, dans les décisions ayant fait l'objet d'un procès, les droits des détenteurs de propriété intellectuelle et leur liberté de refuser d'accorder des licences ont primé les droits des concurrents d'avoir accès au produit²³⁵.

La mise en œuvre de l'article 32 de la *Loi sur la concurrence* reste assez difficile en pratique. Tout d'abord, la disposition est applicable seulement si la restriction est « indue ». Or, ce terme doit être compris selon l'interprétation qui en a été faite lors de l'application de l'ancien article 45 de la *Loi sur la concurrence* appréhendant les ententes²³⁶. Cette disposition sanctionnait les ententes

232. *Ibid.*, p. 1262-1263.

233. *Supra*, section 2.1.2.2.

234. Préc., notes 225 et 226.

235. C. MASSE, préc., note 3, p. 415.

236. *Loi sur la concurrence*, préc., note 42, art. 45 avant la réforme de 2009 :

« (1) Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de cinq ans et une amende maximale de dix millions de dollars, ou l'une de ces peines, quiconque complète, se coalise ou conclut un accord ou arrangement avec une autre personne :

a) soit pour limiter, indûment, les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emmagasinage ou de négoce d'un produit quelconque ;

b) soit pour empêcher, limiter ou réduire, indûment, la fabrication ou production d'un produit ou pour en élever déraisonnablement le prix ;

c) soit pour empêcher ou réduire, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, l'entreposage, la location, le

(à suivre...)

anticoncurrentielles criminellement (depuis la réforme de 2009²³⁷, il pose l'interdiction *per se* des ententes les plus graves, aussi sanctionnées au criminel²³⁸, et l'article 90.1 établit un régime civil pour traiter des autres ententes²³⁹). Cet aspect criminel a rendu le critère de la restriction induite particulièrement difficile à remplir. En effet, au criminel, le juge exige une preuve « hors de tout doute raisonnable ». La charge de la preuve exigée par l'article 32 est donc très lourde et difficile à apporter²⁴⁰. Aussi, cet article est demeuré lettre morte²⁴¹ et reste difficile d'accès au citoyen canadien : seul le procureur général du Canada peut tenter un recours en vertu de cette disposition.

En droit canadien, le contrôle du simple exercice du droit de refuser une licence de droits de propriété intellectuelle est donc strictement encadré par le Bureau de la concurrence et est d'application rare, ses conditions de mise en œuvre étant assez difficiles à respecter. Nous allons maintenant voir qu'en droit européen, la situation est autre : l'intervention de la théorie des facilités essentielles à des conditions qui ne sont plus si exceptionnelles dans un

(...suite)

transport ou la fourniture d'un produit, ou dans le prix d'assurances sur les personnes ou les biens ;

d) soit, de toute autre façon, pour restreindre, indûment, la concurrence ou lui causer un préjudice indu. »

237. *Loi d'exécution du budget de 2009*, L.C. 2009, ch. 2.

238. *Loi sur la concurrence*, préc., note 42, art. 45 après la réforme de 2009 :

« (1) Commet une infraction quiconque, avec une personne qui est son concurrent à l'égard d'un produit, conclut un accord ou un arrangement :

a) soit pour fixer, maintenir, augmenter ou contrôler le prix de la fourniture du produit ;

b) soit pour attribuer des ventes, des territoires, des clients ou des marchés pour la production ou la fourniture du produit ;

c) soit pour fixer, maintenir, contrôler, empêcher, réduire ou éliminer la production ou la fourniture du produit. »

239. *Loi sur la concurrence*, préc., note 42, art. 90.1 :

« (1) Dans le cas où, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut qu'un accord ou un arrangement – conclu ou proposé – entre des personnes dont au moins deux sont des concurrents empêche ou diminue sensiblement la concurrence dans un marché, ou aura vraisemblablement cet effet, le Tribunal peut rendre une ordonnance :

a) interdisant à toute personne – qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement – d'accomplir tout acte au titre de l'accord ou de l'arrangement ;

b) enjoignant à toute personne – qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement – de prendre toute autre mesure, si le commissaire et elle y consentent. »

240. A. CARNIAUX, préc., note 4, p. 215-216.

241. S. BOURQUE, préc., note 162, p. 917.

cas de refus de licence de droits de propriété intellectuelle a été vivement critiquée après l'affaire *Microsoft*.

2.2.1.2 *L'intervention de la théorie des facilités essentielles dans le cadre du simple exercice du droit de refuser une licence de droits de propriété intellectuelle*

En 2004, en appliquant la théorie des facilités essentielles dans l'affaire *Microsoft*²⁴², la Commission européenne sanctionne l'entreprise à une amende de 497 millions d'euros, et la condamne à accorder une licence à ses concurrents. Elle contraint aussi Microsoft à leur communiquer les informations permettant d'assurer l'interopérabilité du système d'exploitation Windows. Le Tribunal de première instance confirme la décision en 2007²⁴³.

Dans cette affaire, le débat a porté sur le respect du critère de la nouveauté pour l'application de la théorie des facilités essentielles développé par la jurisprudence européenne au cours des affaires *Magill*²⁴⁴ et *IMS*²⁴⁵. Ici, le respect de ce critère a posé des difficultés : la facilité (le système d'interopérabilité) était nécessaire à l'accès à un marché de produit qui existait déjà. L'accès à la facilité essentielle ne permettait pas la création d'un nouveau marché de produit, mais seulement d'accéder à un marché de produit déjà existant. Le Tribunal de première instance a alors posé une nouvelle interprétation du critère de la nouveauté à la lumière de l'article 102 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*. Cet article pose l'interdiction des pratiques qui consistent à « limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs »²⁴⁶. Le Tribunal de première instance a donc sanctionné, au titre de ces dispositions, le refus de licence limitant le développement technique des systèmes d'interopérabilité²⁴⁷.

L'apport de la décision *Microsoft* concernant la condition d'obstacle à l'apparition d'un nouveau produit, pour pouvoir mettre en œuvre la théorie des facilités essentielles, provient de l'affirmation suivante :

242. Préc., note 78.

243. Voir *supra*, note 78.

244. Préc., note 180.

245. Préc., note 182.

246. *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, préc., note 119, art. 102.

247. H. SCHWEITZER, préc., note 175, p. 191.

La circonstance relative à l'apparition d'un produit nouveau, telle qu'elle est ainsi envisagée dans les arrêts *Magill* et *IMS Health* [...], ne saurait constituer l'unique paramètre permettant de déterminer si un refus de donner en licence un droits de propriété intellectuelle est susceptible de porter préjudice aux consommateurs au sens de l'article 82 du *Traité de Rome* [nouvel article 102 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*].²⁴⁸

Selon la décision, l'exigence d'obstacle à l'apparition d'un nouveau produit pour pouvoir appliquer la théorie des facilités essentielles peut être contournée, s'il est démontré que le refus de licence de droits de propriété intellectuelle porte préjudice aux consommateurs. La condition de préjudice au consommateur de l'article 102 semble ainsi prendre le pas sur la condition spécifique de produit nouveau exigée jusqu'alors par les tribunaux pour mettre en œuvre la théorie des facilités essentielles²⁴⁹. La décision *Microsoft* décline donc la condition de produit nouveau de son rang de condition nécessaire à l'application de la théorie des facilités essentielles aux refus de licence de droits de propriété intellectuelle si la preuve d'une atteinte aux intérêts des consommateurs, sous quelque forme que ce soit, est rapportée. La jurisprudence antérieure semble donc remise en cause, car il se pourrait que les circonstances de l'arrêt *Magill*, jusque-là qualifiées d'exceptionnelles, le soient, à l'avenir, de moins en moins²⁵⁰. On peut alors se poser la question de savoir si cet arrêt constitue une remise en question du principe selon lequel le simple refus d'octroyer une licence de droits de propriété intellectuelle n'est pas anticoncurrentiel. La décision du Tribunal de première instance dans l'affaire *Microsoft* est strictement encadrée aux faits en cause, ce qui nous donne envie de répondre à cette question par la négative. Cependant, cela a aussi pour conséquence de laisser les titulaires de droits de propriété intellectuelle dans le flou quant à l'intervention des autorités antitrust dans les refus de licence et aux principes qui gouvernent cette intervention²⁵¹, ce qui pose des problèmes de sécurité et de prévisibilité juridiques. Enfin, Microsoft avait tenté de justifier son refus de licence sur la base de la protection de spécifications techniques par les droits de propriété intellectuelle²⁵², notamment de la protection du secret et de l'innovation de

248. *Microsoft*, préc., note 78, point 647.

249. G. BEAUDOUIN, préc., note 15, p. 401-402.

250. *Ibid.*, p. 403.

251. Ariel EZRACHI, *EU Competition Law – an analytical guide to leading cases*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2010, p. 306.

252. H. SCHWEITZER, préc., note 175, p. 202.

la technologie par des droits de propriété intellectuelle²⁵³. Le Tribunal de première instance a tout d'abord statué que la charge de la preuve pesait sur l'entreprise dominante mise en cause²⁵⁴. Ensuite, il a ajouté que l'accès aux licences de droits de propriété intellectuelle était indispensable aux concurrents pour s'insérer sur le marché. Microsoft ne pouvait pas s'appuyer sur la protection de ces droits de propriété intellectuelle pour justifier le refus de licence²⁵⁵.

Dans l'affaire *Microsoft*, la sanction du refus n'est pas liée à l'entrave faite au développement de nouveaux produits, mais au préjudice causé au consommateur du fait du ralentissement de développements techniques. On fait passer des considérations relatives à la demande, au bien-être social, avant la liberté contractuelle : c'est une véritable consécration de « l'objectif suprême » du bien-être du consommateur²⁵⁶. En l'espèce, l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau a été déduit du « refus de Microsoft [qui] avait une incidence négative sur le développement technique, au préjudice des consommateurs »²⁵⁷. Le consommateur passe à présent au premier plan²⁵⁸. L'arrêt *Microsoft* peut se justifier par l'emprise qu'a de plus en plus l'objectif de bien-être du consommateur sur le droit de la concurrence. Cet objectif va justifier la prise de mesures exceptionnelles, comme dans la cause *Microsoft*, sans forcément répondre à des conditions strictes²⁵⁹. De plus, la décision *Microsoft* consacre la responsabilité spécifique pesant sur l'entreprise dominante de préserver une structure de concurrence effective sur le marché²⁶⁰, responsabilité qui découle de l'application du principe de la « concurrence par les mérites ». La décision *Microsoft* est en effet une véritable application de la théorie de la « concurrence par les mérites » que nous avons étudiée plus haut²⁶¹ : cette théorie implique de permettre aux consommateurs de bénéficier des évolutions techniques et de l'innovation, ce qui a exactement été fait dans cette décision.

253. *Ibid.*, p. 191.

254. *Ibid.*, p. 190.

255. *Ibid.*, p. 191.

256. G. BEAUDOUIN, préc., note 15, p. 402.

257. *Microsoft*, préc., note 78, point 708.

258. L. MARINO, préc., note 34, p. 125.

259. H. SCHWEITZER, préc., note 175, p. 182.

260. Frédéric MARTY et Julien PILLOT, « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », *Revue d'économie industrielle* 2010.129-130.285.

261. *Supra*, section 1.1.1.2.

Le débat sur la théorie des facilités essentielles est encore d'actualité en Union européenne. Cependant, c'est un débat qui ne touche pas le Canada. Cela peut s'expliquer par les spécificités de l'économie canadienne que nous avons mentionnées précédemment²⁶². De plus, le contrôle du refus unilatéral d'octroyer une licence par le droit de la concurrence est moins commun au Canada. Cela peut s'expliquer en partie par le libéralisme économique qui y règne, l'État étant moins interventionniste dans le domaine économique qu'en Union européenne. De fait, les considérations liées à la protection du consommateur sont moins prises en compte au Canada qu'en Europe²⁶³.

Nous allons maintenant étudier la conséquence de la sanction d'un refus de licence de droits de propriété intellectuelle par le droit de la concurrence, soit l'octroi obligatoire de licence.

2.2.2 L'octroi obligatoire de licence

Après un examen du mécanisme de l'octroi obligatoire de licence (2.2.2.1), nous ferons état des critiques qu'il a déclenchées (2.2.2.2).

2.2.2.1 L'octroi obligatoire de licence et sa conformité aux obligations internationales

La licence obligatoire est la licence concédée par les tribunaux contre la volonté du titulaire de droits de propriété intellectuelle qui n'exploite pas, ou pas assez, ou qui exploite de manière abusive son invention ou sa création²⁶⁴. En général, les autorités de concurrence sanctionnent les infractions aux règles de la concurrence en imposant une amende ou une injonction. Elles peuvent également accepter des engagements proposés par les parties²⁶⁵. Avec l'octroi obligatoire de licence, on passe de l'imposition d'obligations négatives (ordonnance d'arrêter) à l'imposition d'obligations positives (ordonnance de céder la licence).

262. *Supra*, section 1.1.1.1.

263. Malgré que l'objectif de protection du consommateur se retrouve à l'article 1.1 de la *Loi sur la concurrence* canadienne, dans la pratique, notamment jurisprudentielle, c'est celui de l'efficacité économique qui prévaut.

264. COLLOQUE SUR LA RÉVISION DE LA CONVENTION DE PARIS, *Vers une érosion du droit des brevets d'invention ? Nairobi 1981*, Paris, Librairies Techniques, 1982, p. 33.

265. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, préc., note 8, p. 138.

L'obligation imposée au détenteur d'une facilité essentielle protégée par un droit de propriété intellectuelle de donner accès à ce bien constitue une sorte d'expropriation qui doit alors être « étroitement encadrée, afin d'éviter que l'intervention de l'autorité de concurrence n'ait pour effet de décourager l'investissement dans de telles infrastructures et de nuire à l'efficacité économique »²⁶⁶. Ainsi, les articles 65 et 66 de la *Loi sur les brevets*²⁶⁷ canadienne circonscrivent la licence obligatoire à certains impératifs. Pour éviter que de telles licences obligatoires aient pour effet de retirer leurs droits aux titulaires de droits de propriété intellectuelle, les conditions de la licence devront être définies par le Commissaire aux brevets pour respecter les conditions du marché, notamment quant au montant des redevances que recevra le titulaire des droits²⁶⁸. Même si le Commissaire est tenu de veiller aux intérêts du brevet lorsqu'il détermine les conditions d'une licence obligatoire²⁶⁹, la logique qui sous-tend cette procédure veut que les redevances que devra verser le licencié au titulaire soient de valeur moindre que si elles avaient été négociées par le licencié et le titulaire du brevet²⁷⁰. Ces dispositions, même si elles n'ont donné ouverture qu'à un faible nombre de licences obligatoires, sont souvent utilisées comme menace par les entreprises désirant utiliser un produit breveté dans leurs négociations avec les titulaires de droits de propriété intellectuelle. Ces articles demeurent donc d'une importance majeure, car ils permettent d'augmenter la diffusion des innovations technologiques²⁷¹.

En droit européen, dans l'affaire *Magill*²⁷², des chaînes de télévision s'étaient vu enjoindre de se fournir mutuellement ainsi qu'aux tiers, sur demande et sans discrimination, leurs biens protégés par droit d'auteur (les programmes d'émissions hebdomadaires) et d'autoriser leur reproduction. La Commission européenne a ajouté que si cette fourniture se faisait sous forme de licence, les redevances devaient être « d'un montant raisonnable »²⁷³. Enfin,

266. CONSEIL DE LA CONCURRENCE, préc., note 19, p. 148.

267. Préc., note 101.

268. C. MASSE, préc., note 3, p. 418-419.

269. *Loi sur les brevets*, préc., note 101, art. 66.4b).

270. Ysolde GENDREAU, « Morale publique et morale privée en propriété intellectuelle », dans Pierre P. CÔTÉ et Christianne DUBREUIL (dir.), *La morale et le droit des affaires. Les journées Maximilien-Caron 1993*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 209.

271. C. MASSE, préc., note 3, p. 418-419.

272. Préc., note 180.

273. *Ibid.*, point 12.

la Commission a imposé que les conditions auxquelles les tiers devaient être autorisés à publier les programmes soient soumises à son approbation²⁷⁴. Ces conditions sont celles de transparence, d'objectivité, de non-discrimination et d'un prix raisonnable. Par ailleurs, dans sa décision *Microsoft*²⁷⁵, la Commission européenne a préconisé que la licence d'interopérabilité soit donnée à des conditions raisonnables et non discriminatoires²⁷⁶. Cette sanction apparaît très invasive au regard du principe de liberté contractuelle des parties. Cependant, elle est aujourd'hui acceptée au titre de la nécessaire régulation des marchés²⁷⁷.

La conformité de l'octroi de licence obligatoire en matière de propriété intellectuelle par rapport aux obligations internationales contractées au titre des accords ADPIC²⁷⁸ se pose, l'Union européenne et le Canada ayant tous deux signé et ratifié ces accords. L'article 31 des accords sur les ADPIC prévoit la possibilité pour les membres de l'Organisation mondiale du commerce d'accorder des licences obligatoires. Chaque membre de l'OMC est libre de déterminer les motifs pour lesquels de telles licences sont accordées. Les licences obligatoires peuvent donc être prononcées par une autorité de concurrence à titre de sanction d'un comportement anticoncurrentiel : aux sanctions habituelles (amendes, etc.) peut s'ajouter l'injonction d'accorder une licence aux concurrents. Toutefois, licence obligatoire ne doit pas signifier confiscation : « le détenteur du droit recevra une rémunération adéquate selon le cas d'espèce, compte tenu de la valeur économique de l'autorisation »²⁷⁹. Cette condition s'applique *a priori* même en matière de concurrence. L'article précise que « la nécessité de corriger les pratiques anticoncurrentielles peut être prise en compte dans la détermination de la rémunération »²⁸⁰. Cela signifie que la rémunération peut être diminuée par les autorités de la concurrence en guise de sanction²⁸¹, comme cela peut l'être en droit canadien des brevets.

274. G. BEAUDOUIN, préc., note 15, p. 353.

275. Préc., note 78.

276. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, préc., note 8, p. 150.

277. G. BEAUDOUIN, préc., note 15, p. 353.

278. *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 332.

279. *Ibid.*, art. 31h).

280. *Ibid.*, art. 31k).

281. P. ARHEL, préc., note 76, p. 6.

2.2.2.2 Les critiques à l'égard de l'octroi obligatoire de licence

L'absence de conditions strictes encadrant l'octroi obligatoire de licence comporte des risques pour l'incitation à innover. Si les entreprises concurrentes ont la garantie de pouvoir accéder à la technologie, au bien protégé par le droit de propriété intellectuelle d'un titulaire sans conditions, il n'y a plus aucune raison d'investir dans la recherche et le développement, donc dans l'innovation. Cela peut poser problème dans des systèmes juridiques où les conditions sont de moins en moins sévères, comme en Union européenne, depuis les décisions de la Commission européenne et du Tribunal de première instance dans l'affaire *Microsoft*²⁸². En effet, l'assouplissement des critères dans le cas de l'octroi de licence obligatoire peut être constitutif d'une certaine insécurité juridique. Ce climat d'insécurité juridique pourrait ainsi favoriser les demandes d'accès infondées émanant d'entreprises opportunistes²⁸³. On peut alors se demander si un tel système ne protège pas plus les concurrents que la concurrence.

Une partie de la doctrine²⁸⁴ a pris la défense de la propriété intellectuelle à l'égard d'une application trop extensive du droit de la concurrence, et en particulier des dispositions ayant pour conséquence l'obligation d'octroyer une licence. La théorie des facilités essentielles fut dénoncée par les spécialistes de la propriété intellectuelle qui y voyaient la manifestation d'une remise en cause des droits exclusifs par le droit économique²⁸⁵. Le mécanisme de licence obligatoire se trouve en effet peut-être aux confins des limites de l'intervention du droit de la concurrence dans le contrôle de l'exercice des droits de propriété intellectuelle. Un encadrement plus strict de la théorie des facilités essentielles serait peut-être souhaitable pour éviter les abus dans l'octroi obligatoire de licences.

282. Préc., note 78 ; M.F. MENACHEM, préc., note 197, p. 76.

283. Julien PILLOT et Frédéric MARTY, « Droits de propriété intellectuelle et théorie des facilités essentielles : les politiques de la concurrence aux États-Unis et en Europe », *Séminaire LARSEN (Laboratoire d'analyse économique des réseaux et des systèmes énergétiques)*, novembre 2008, en ligne : <http://www.google.ca/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCsQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.researchgate.net%2Fpublication%2F238114264_Politiques_de_concurrence_et_droits_de_proprit_intellectuelle__La_thorie_des_facilités_essentiels_en_dbat1%2Ffile%2Fe0b4952791fb8691b8.pdf&ei=p2SaU-nbGI-pyASigYGIBg&usg=AFQjCNHPiZhSRX5AQXS9IgxVDF-FENd3fw&bvm=bv.68911936,d.aWw> (consulté le 12 juin 2014).

284. J. GSTALTER, préc., note 94, p. 2.

285. G. BEAUDOUIN, préc., note 15, p. 347-348.

CONCLUSION

Le droit de la concurrence est reconnu comme un outil efficace de régulation de l'exercice des droits de propriété intellectuelle, notamment dans les cas d'abus de position dominante par l'exercice de droits de propriété intellectuelle. Ce sont des cas tendant à étendre le monopole légal du titulaire de droits de propriété intellectuelle, telle la pratique consistant à recréer un monopole à la place du brevet expiré par l'application forcée du droit des marques, comme nous l'avons vu dans les affaires *LEGO* et *NutraSweet*²⁸⁶. L'intervention du droit de la concurrence dans ces cas est largement encadrée par les lois canadiennes, par les décisions des tribunaux canadiens et par la jurisprudence européenne, notamment grâce à la notion d'« objet spécifique ».

L'intervention du droit de la concurrence dans l'exercice des droits de propriété intellectuelle peut cependant avoir ses limites comme l'a démontré la jurisprudence européenne. En effet, dans les cas de refus de licences, l'action du droit de la concurrence sera légitime seulement si elle est strictement encadrée. La protection de la propriété intellectuelle, et par analogie de l'innovation, justifie que l'intervention du droit de la concurrence dans les refus de licence doive rester exceptionnelle. Ainsi, lorsque le juge use de son pouvoir pour condamner une entreprise dans un cas de refus de licence de droits de propriété intellectuelle en empiétant sur les droits dont elle bénéficie, alors qu'aucun abus au sens du droit de la concurrence n'est caractérisé, l'intervention même du droit de la concurrence peut se révéler abusive. Peut-on alors vraiment porter atteinte à des droits individuels fondamentaux, comme le droit de propriété, au nom de l'intérêt général du marché ? Là est toute la difficulté de la question du contrôle de l'exercice de droits de propriété intellectuelle par le droit de la concurrence : il faut pondérer les objectifs de chacun des corpus. Cela s'avère particulièrement difficile alors que, au Canada ou en Union européenne, il y a encore un débat sur la place des différents objectifs du droit de la concurrence dans l'échelle de priorités.

Il faut toutefois relativiser les critiques à l'égard de la théorie des facilités essentielles et de l'octroi obligatoire de licence de droits de propriété intellectuelle. En analysant les décisions qui ont été rendues tant au Canada qu'en Europe, il apparaît que les tribunaux

286. *Supra*, section 1.2.1.2.

préfèrent favoriser le libre exercice des droits de propriété intellectuelle et optent généralement en faveur de la liberté contractuelle. Les tribunaux sont, en fait, plutôt récalcitrants à l'idée d'imposer des licences obligatoires au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle. Au Canada, notons que depuis leur dépôt, les rares affaires touchant la propriété intellectuelle ont été réglées de consentement et sans recours aux politiques contenues dans les *Lignes directrices* du Bureau de la concurrence²⁸⁷.

Plusieurs questions restent cependant à explorer. On peut ainsi se demander s'il n'existerait pas des solutions de rechange au contrôle de l'exercice des droits de propriété intellectuelle par le droit de la concurrence. On pourrait, par exemple, préconiser un recours plus fréquent et poussé à la théorie de l'abus. Selon certains auteurs²⁸⁸, l'abus, qui peut sanctionner aussi bien les usages anti-concurrentiels que ceux « nuisibles socialement », serait plus efficace pour appréhender des dérives de la propriété intellectuelle. Le principe de l'abus est de permettre au juge de neutraliser l'utilisation d'un droit de propriété intellectuelle qui, bien que conforme à la loi de protection de la propriété intellectuelle, serait contraire au droit²⁸⁹. Cependant, le recours à cette théorie pourrait poser les mêmes difficultés que le recours à la théorie des facilités essentielles. En effet, dans les deux cas, le juge dispose d'une grande liberté d'action qui peut contrevenir aux lois, notamment aux lois de propriété intellectuelle. Cela occasionne de nombreux problèmes de sécurité juridique. Une autre question qui se pose est celle de savoir si une réforme des lois en matière de propriété intellectuelle permettrait de mieux prévenir des abus dans ce domaine. En effet, le droit de la concurrence intervient pour pallier les lacunes des législations en matière de propriété intellectuelle. Si les lois de propriété intellectuelle sont améliorées, de nombreux problèmes pourront être réglés. Un encadrement plus strict de la théorie des facilités essentielles serait aussi souhaitable pour éviter les abus dans l'octroi obligatoire de licences. Convierait-il alors mieux de traiter, par exemple, de la théorie des facilités essentielles au sein d'une réglementation propre à chaque secteur d'activité ? Les futures réformes législatives et décisions judiciaires permettront sans doute d'y voir plus clair.

287. André DORION, « 94 ans et toutes ses dents ? Ou : exégèse de l'article 32 de la *Loi sur la concurrence* au regard de la propriété intellectuelle », (2004) 34 *R.G.D.* 267, 291.

288. Tel Pierre-Emmanuel Moyses.

289. Pierre-Emmanuel MOYSE, « L'abus de droit : l'anténorme – Partie II », (2012) 58:1 *R.D. McGill* 1, 37.