

LES COMMUNAUTES DE BREVETS AU REGARD DE
L'ARTICLE 85
DU TRAITE DE ROME.

B. REMICHE.

Document de travail n° 736.

INTRODUCTION : LES RELATIONS ENTRE LE DROIT DES BREVETS ET LE DROIT
DE LA CONCURRENCE.

Avant d'étudier les communautés de brevets au regard de l'article 85 du Traité de Rome, il nous paraît nécessaire d'évoquer, très brièvement, le problème de principe que posent les relations entre le droit des brevets et le droit de la concurrence.

Les différentes législations sur les brevets (1) visent toutes à encourager la recherche en accordant à l'inventeur un monopole temporaire sur son invention (2).

Le brevet est un instrument de pouvoir économique, qui, comme l'écrit ALEXANDER (3) "sert à stimuler l'activité inventive, l'application de nouvelles techniques, le lancement de nouveaux produits et la publication des inventions faites. Ces activités sont stimulées par l'offre de protection contre une certaine concurrence, ce qui empêche les tiers de s'accaparer les avantages d'une nouvelle invention avant que les frais de recherche et d'introduction aient pu être amortis et permet au déposant et à celui qui risque les capitaux nécessaires d'espérer réaliser pendant une certaine période un bénéfice".

De son côté, le droit de la concurrence veille à permettre au système de l'économie de marché de fonctionner en garantissant la libre concurrence, base de ce système.

Dans cette optique, le législateur veille à empêcher toute restriction de la concurrence. Il se méfie particulièrement des monopoles et des ententes qu'il réglemente, souvent sévèrement, ou interdit parce qu'il y voit des "sources naturelles" de limitation de concurrence.

(1) En ce qui concerne les fondements du droit des brevets, voyez notamment ROUBIER P., Propriété industrielle, T. I., pp. 1 et sv.

(2) cfr. ROUBIER, P., op.cit., T. II, p. 45.

(3) ALEXANDER, W., Brevets d'invention et règles de concurrence du Traité C.E.E., Bruxelles, 1971, p. 34.

Entre le droit exclusif qu'accorde le législateur au titulaire d'un brevet et la libre concurrence que de nombreuses législations tentent de protéger, semble donc exister une contradiction irréductible.

Sur l'existence d'un tel conflit, s'est développée toute une controverse (1). C'est ainsi, par exemple, qu'aux U.S.A., on a vu des positions diamétralement opposées être défendues à peu près simultanément(2).

Depuis quelques années, il semble cependant que la controverse se soit apaisée et actuellement, on considère généralement qu'il n'existe pas d'opposition fondamentale entre le droit de la concurrence et le droit des brevets quant au but poursuivi (3).

En effet, d'un côté, les lois antitrusts ont pour but d'assurer le "bien-être national", en protégeant la concurrence comme institution ainsi que la liberté individuelle de concurrence des participants au marché.

D'un autre côté, la loi sur les brevets a pour objet de poursuivre le développement du "bien-être national" en encourageant le progrès technique et scientifique qui doit se réaliser, notamment, grâce au monopole temporaire qu'accorde le brevet.

Par contre, au niveau des moyens utilisés pour atteindre cet objectif commun, on constate des oppositions qui engendrent inévitablement des conflits.

-
- (1) Voyez notamment ce qu'en disent : BOLLIG, H.G., "Patentgemeinschaften im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, p. 1 & sv.; SCHULTE, Lizenz austauschverträge und Patentgemeinschaften in amerikanischen und in deutschen Recht, 1971, pp. 69 et sv; pp. 79 et sv.
 - (2) Voyez par exemple, le point de vue de M. Justice RUTLEDGE dans l'affaire HARTFORD-EMPIRE Co, 323, U.S. 386, 452 (1945), et celui de M. Justice BURTON dans celle de LINE MATERIAL Co, 333, U.S. 287, 331 (1948).
 - (3) Voyez par exemple, ce qu'en disent, SCHULTE, op.cit., p. 70 et BOLLIG, op.cit., p. 1 et sv.
 - (4) Voyez cependant le point de vue de Colette NEME, qui prétend que les droits de propriété industrielle restreignent toujours trois des conditions nécessaires à la concurrence, à savoir : de nombreuses entreprises

Un équilibre devra être trouvé en imposant des limites aux domaines respectifs du droit des brevets et du droit de la concurrence afin de permettre à ces deux systèmes de fonctionner.

C'est à la recherche d'un tel équilibre, dans le cadre des relations entre les communautés de brevets et l'article 85 du Traité de Rome que nous allons nous attacher.

Dans une première partie, nous essayerons de déterminer ce qu'il faut entendre par communauté de brevets. Nous étendrons notre étude aux communautés qui portent sur le "know-how", si souvent liées, voire totalement intégrées, aux précédentes.

Ensuite, nous analyserons ces communautés et les clauses qui peuvent lier leurs membres entre eux au regard de l'article 85 du Traité de Rome. Nous tenterons ainsi de distinguer parmi ces clauses, celles qui sont admissibles du point de vue du droit européen de la concurrence, de celles qui ne le sont pas.

(4) .../..., des produits identiques et la liberté d'établissement dans le secteur économique. (Cfr. son étude : Pénétration des produits sous marques ou licences et unification des marchés dans la C.E.E., in Colloque Industrie-Université, 19-20 novembre 1965, Lyon.)

PREMIERE PARTIE : LES COMMUNAUTES DE BREVETS.

La complexité grandissante de la technique, l'augmentation du coût de la recherche, le développement de l'interdépendance des inventions font que le rôle des brevets dans la vie économique s'est beaucoup transformé.

Le brevet est de moins en moins le simple titre juridique accordant un droit exclusif à un inventeur plus ou moins isolé dont l'invention est le fruit d'une recherche individuelle, et, tout compte fait, assez empirique, comme c'était le cas le plus souvent au XIXe siècle. Au contraire, le brevet est devenu une arme redoutable qu'utilisent les entreprises dans la bataille économique.

De plus, à côté de ce "privilège légal" classique, est apparue et s'est fortement développée, une nouvelle forme de propriété industrielle : "le know-how", expression qui recouvre une réalité assez floue.

M. MATHELY, dans son rapport de synthèse sur le "know-how" lors du Congrès de Mexico de l'Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle (1) nous en propose une définition qui nous paraît bien cerner cette réalité. Pour lui, le "know-how" s'entend des connaissances et des expériences acquises non seulement pour l'application pratique d'une technique, mais encore pour l'exploitation industrielle, commerciale, administrative et financière d'une entreprise".

Les entreprises qui veulent poursuivre une politique dynamique en matière de recherche sont de plus en plus souvent amenées à collaborer entre elles notamment en menant des recherches en commun ou en passant des accords d'exploitation de brevets ou de "know-how". (2).

(1) Question 53B, le Know-How, in Document A.I.P.P.I., 1972, II, p. 19.

(2) Certains brevets, tels que les brevets de perfectionnement, les brevets croisés, etc..., ne peuvent d'ailleurs être exploités qu'en commun lorsqu'ils appartiennent à des propriétaires différents.
Cfr. ci-après, pp. 11 et sv.

Les formes de cette coopération entre entreprises sont fort variables, allant des simples contrats d'échange de licences aux "patent-pools", qui eux-mêmes se présentent sous différents types.

Quand cette coopération porte sur des brevets, nous considérons, d'une manière générale, qu'il s'agit de communautés de brevets.

Pour nous, il y a donc communautés de brevets, lorsque deux ou plusieurs personnes, physiques ou morales, ayant des droits sur un ou plusieurs brevets (et éventuellement sur du "know-how") s'engagent réciproquement à s'échanger, à mettre en commun ou à exploiter ensemble, totalement ou partiellement, leurs brevets (et leur "know-how") (1).

Les premières communautés de brevets sont apparues aux Etats-Unis au début de ce siècle. A l'origine, les tribunaux n'ont guère accordé d'attention à cette forme de collaboration entre entreprises (2). Ce n'est que dans l'entre-deux-guerres, que le pouvoir judiciaire a commencé à s'y intéresser et c'est seulement depuis la seconde guerre mondiale, que l'on a renforcé très fortement le contrôle sur les "patent-pools".

En Europe, on ne peut pas encore parler d'"histoire" des communautés de brevets tant ce phénomène est nouveau. Seule la République Fédérale d'Allemagne a une petite expérience en la matière, mais elle est encore trop récente pour nous permettre d'en dégager une évolution précise.

(1) De nombreux auteurs donnent de la communauté de brevet une autre définition, généralement plus restrictive. Voyez notamment à ce sujet : SCHULTE, op.cit., p. 18 et pp. 95 et sv.; BOLLIG, op.cit., pp. 7 et sv.

(2) Cfr. SCHULTE, op.cit., p. 21.

1. LES DIFFERENTS TYPES DE COMMUNAUTÉS DE BREVETS.

Comme nous l'avons fait remarquer au début de cette étude, il existe un grand nombre de types de communautés de brevets, qui peuvent être groupés en deux catégories : les communautés économiques et les communautés juridiques (1).

Tandis que, comme l'écrit BOLLIG (2), dans les communautés juridiques, un ou plusieurs brevets appartiennent en copropriété à plusieurs personnes, dans les communautés économiques, les brevets sont accessibles, au moyen de cession de licences, à plusieurs concurrents et appartiennent, soit à l'un d'entre eux, soit à une autre personne, physique ou morale.

A. Les communautés économiques.

Il existe en cas de communauté économique, deux manières bien distinctes d'accorder des licences.

D'une part, les titulaires s'accordent réciproquement des licences sur leurs brevets, tout en gardant - et cela est important - leur droit exclusif sur ces brevets.

D'autre part, ils peuvent fonder une société à laquelle ils cèdent leurs brevets ou lui accordent des licences (généralement exclusives). Il s'agit, dans ce cas, de communautés de brevets au sens strict dont la forme juridique et le fonctionnement peuvent varier fortement.

(1) Cette distinction est faite notamment par NOERHING, in "Der gewerbliche Rechtsschutz und die kommende Kartellgesetzgebung", p. 216; et LIEBERKNECHT, O., "Patente, Lizenzverträge und Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen", p. 23.

(2) BOLLIG écrit exactement ceci : "Während in rechtlichen Patentgemeinschaften ein oder mehrere Patente mehrere Inhabern gemeinsam zustehen, sind bei wirtschaftlichen Patentgemeinschaften die Patente über Lizenzerteilungen mehreren Wettbewerbern zugänglich" (op.cit., pp. 7 & 8).

1. Les contrats d'échange de licences.

Il s'agit de la forme la plus simple de communauté de brevets.

Deux ou plusieurs titulaires de brevets s'accordent réciproquement des licences sur leurs brevets respectifs.

La caractéristique essentielle de ces contrats réside dans le fait que le titulaire du brevet en reste propriétaire.

Certains auteurs (1) refusent de voir, dans ce genre d'accord, une communauté. Ils considèrent, en effet, que pour qu'il y ait communauté, il faut que l'intérêt commun des parties soit exprimé à travers la forme d'une société.

Nous croyons, quant à nous, que, même à ce niveau, il existe déjà une "communauté d'intérêt" qui, bien qu'embryonnaire, n'en est pas moins réelle. De plus, on constate que, dans la pratique, de tels contrats seront presque toujours accompagnés de clauses qui expriment déjà une "attitude concertée" sur différents points (2).

A un stade plus élaboré, il y a ce que les auteurs américains appellent les "exclusive cross-licensing". Il s'agit en fait, comme l'écrit G. SCHRANS, d'"un ensemble de licences réciproques exclusives", dont il donne la définition suivante : "Chaque titulaire de brevet garde ses droits exclusifs, mais accorde une licence à tous les autres membres d'un certain groupe, tout en s'obligeant à ne pas accorder de licence à des non-membres du groupe" (3).

(1) Voyez, par exemple, BOLLIG, op.cit., pp. 9 et sv.; Selon lui, pour qu'il y ait communauté, il faut que l'accord passé entre les parties prennent la forme d'une société au sens de l'art. 705 du Code Civil Allemand (B.G.B.).

(2) Par exemple, des clauses prévoyant la fixation concertée du prix des produits fabriqués sous brevet et sous licence ou celles visant à déterminer des quotas de production.

(3) SCHRANS, G., Accords de licence et droit antitrust, in Document C.D.V.A., Liège, 1962, p. 20.

Les "Conventions sur l'échange d'inventions futures" (1) peuvent également se rattacher à ce type de communauté de brevets.

En effet, il arrive fréquemment qu'une clause d'un contrat d'échange de licences prévoie l'échange de licences portant sur des inventions futures dans le domaine technique concerné par le brevet principal. Il s'agit essentiellement d'inventions d'application et d'amélioration (2).

2. Les "patent-pools" (3).

Les titulaires de brevets cèdent ceux-ci, ou une licence exclusive, à un "organe central" ("Zentralstelle") qui, à son tour, est chargé de concéder des licences.

Il existe deux sortes de "patent-pools".

D'une part, il y a les "patent-pools ouverts", c'est-à-dire, qui admettent de nouveaux membres et qui accordent également des licences à des non-participants (4).

Et d'autre part, il existe des "patent-pools fermés", qui refusent d'accueillir de nouveaux membres ou/et de céder des licences à des tiers.

La caractéristique essentielle de ce type de communauté, qui le distingue du simple échange de licences, est la présence d'un intermédiaire entre les parties.

(1) "Grant-Back Agreements"

(2) On rencontre aussi des "Grant-Back Agreements" dans le cadre de licences simples. Dans ce cas, le licencié s'engage, ou bien, à céder au titulaire du brevet les inventions qu'il pourrait faire pour améliorer ou mieux exploiter l'invention principale, ou à tout le moins, à lui octroyer une licence.

(3) Voyez : SCHRANS, G., op.cit., p. 20; BOLLIG, op.cit., pp. 10 et sv.; SCHULTE, op.cit., pp. 97 et sv.

(4) SCHULTE, op.cit., p. 131.

La forme juridique de l'"organe central" chargé de gérer le "patent-pool" importe peu (1). Il peut s'agir aussi bien d'une simple personne physique que d'une société.

3. L'"Exploitation concertée" (2)

La coopération entre entreprises est, dans ce cas-ci, poussée à son maximum : deux ou plusieurs titulaires de brevets fondent une filiale commune qu'ils chargent d'exploiter leurs brevets (3).

Cette filiale n'accorde pas, en principe, de licences.

B. Les communautés juridiques.

Comme nous l'avons vu, on entend par communauté juridique le fait que deux ou plusieurs personnes possèdent, en copropriété, un ou plusieurs brevets (4).

Cette communauté peut résulter de la participation de plusieurs personnes à la même invention (5) ou d'une cession partielle de droits sur un brevet.

Le brevet sera également en copropriété dans le cas d'une communauté entre époux ou à la suite d'une succession indivise.

(1) SCHULTE, op.cit., pp. 97 et sv.; BOLLIG, op.cit. p. 11.

(2) "konzernmässig Patentverwertung"; voyez à ce sujet : BOLLIG, op.cit., pp. 11 et sv.

(3) Le cas le plus connu en Allemagne de ce type de communauté est celui de TELEFUNKEN fondé par A.E.G. et SIEMENS : voyez à ce sujet : LIEBERKNECHT, op.cit., p. 23.

(4) Voyez BOLLIG, op.cit., pp. 12 et sv.

(5) Voyez par exemple, ce que prévoit l'article 3, phrase 2, de la Loi allemande sur les brevets.

II. BUTS ET RAISONS DES COMMUNAUTES DE BREVETS.

A propos des "patent-pools", SCHRANS écrit que :

"Nul ne contestera l'utilité que peut avoir, en principe, un tel arrangement. Nombre de brevets ne peuvent être exploités d'une manière économiquement saine qu'en conjonction avec d'autres brevets qui leur sont complémentaires, mais qui appartiennent à d'autres titulaires. Des économistes ont vu dans le "patent-pool" un élément important du progrès technologique : le "patent-pool" serait une nette amélioration du système de brevet tel qu'il avait été conçu par ses créateurs : il facilite, en effet, l'échange des connaissances technologiques. Il semble établi, en outre, que la valeur totale des brevets concurrents, mais détenus par des sociétés différentes, est nettement inférieure à la valeur totale des mêmes brevets détenus par une seule société ou placés sous une gestion commune dans un "patent-pool". C'est d'ailleurs vers une forme libérale de "patent-pool" que les industries automobile et aéronautique américaines se sont tournées pendant leur période initiale. De nos jours, on rencontrera de nombreux "patent-pools" dans les industries pétrochimique, nucléaire, et électronique" (1).

Ce qu'écrit SCHRANS au sujet des "patent-pools" nous paraît pouvoir être généralisé à toutes les formes de communautés de brevets.

La forme de coopération entre entreprises dans le domaine des brevets variera selon la structure du secteur industriel concerné, la position économique des entreprises qui collaborent, selon le nombre, l'étendue et l'importance des brevets qui seront "mis en commun" et selon un certain nombre d'autres facteurs.

A priori, on pourrait affirmer que dans tout secteur industriel de haute technologie, il peut y avoir intérêt, pour des entreprises, à collaborer au moins au niveau de la recherche et même souvent, en organisant des échanges ou une mise en commun de leurs brevets.

(1) SCHRANS, G., op.cit., pp. 20 & 21.

Mais il existe entre certains brevets, des relations qui amènent les entreprises qui les possèdent à devoir coopérer, soit pour des raisons purement techniques, soit pour des raisons de concurrence, et, très souvent, pour les deux à la fois (1).

A. Les brevets concurrents (2).

Il s'agit de brevets qui se trouvent en concurrence les uns par rapport aux autres. On parle en général de brevets concurrents dans le cas d'inventions parallèles (3).

Avec ce type de brevets, il n'y a pas de nécessité technique à une quelconque collaboration, ni de raison de vouloir éviter le danger de contrefaçon.

La raison profonde des communautés portant sur de tels brevets est, en fait, la volonté d'éviter la concurrence entre les participants. La communauté ne sera souvent qu'un prétexte servant à camoufler la création d'un cartel. On remarquera que les membres de ces communautés visent non seulement à éliminer la concurrence entre eux, mais encore à améliorer leur position sur le marché en éliminant les concurrents extérieurs à l'accord et, en définitive, à dominer le marché.

B. Les brevets croisés. (4)

Nous avons affaire ici à des brevets qui, s'ils sont exploités individuellement, entrent nécessairement en conflit les uns avec les autres, chaque brevet "couvrant" une partie du domaine technique de l'autre.

(1) Dans cette partie-ci, nous nous référons plus spécialement à la très intéressante étude de SCHULTE (op.cit., pp. 102 et sv.) que nous avons déjà plusieurs fois citée.

(2) "competing patents", "konkurrirende Patente".

(3) On entend par inventions parallèles, les inventions qui sont indépendantes l'une de l'autre du point de vue technique, mais qui résolvent d'une manière différente, des problèmes techniques identiques ou très semblables.

(4) "Conflicting patents", "Überschneidende Patente".

A l'heure actuelle, la plupart des communautés ont de tels brevets comme objet.

Le titulaire d'un brevet croisé se trouve, en fait, en présence de trois attitudes possibles :

- ou il tente d'exploiter seul son brevet avec le risque qu'éclate un conflit avec un autre titulaire, ce qui, d'un point de vue économique, représente de nombreux désavantages (suspension de l'exploitation, longue procédure, frais importants, etc...)
- ou il peut essayer de faire annuler les brevets avec lesquels le sien est en conflit. Mais l'issue d'un tel procès sera le plus souvent incertaine. De plus, la lenteur de la procédure risque de "tuer" la valeur économique du brevet.
- ou il cherche à collaborer avec les autres titulaires afin que chacun puisse retirer un profit maximum de son brevet.

C. Les brevets interdépendants (1).

Cette expression couvre les brevets qui, s'ils ne sont pas exploités ensemble, ne peuvent être exploités. Il y a, en effet, une dépendance technique réciproque entre ces brevets.

Dans ce cas-ci, la raison de l'exploitation en commun est claire. Sans elle, le brevet n'a aucune valeur économique.

(1) "blocking patents", "blockierende Patente".

D. Les brevets complémentaires. (1)

Il s'agit de brevets pris pour des inventions "d'amélioration" (2) ou d'"application" (3).

L'exploitation des deux brevets (le principal et le complémentaire) ne peuvent se faire qu'avec l'accord des deux titulaires.

Dans la plupart des cas, le propriétaire du brevet principal impose à son licencié - qui sera, le plus souvent, le titulaire du brevet complémentaire - la cession de tout brevet complémentaire qu'il pourrait prendre, ou tout au moins, l'octroi d'une licence (4).

Très souvent, à travers de telles clauses, celui qui les impose cherche également à limiter la concurrence que peut lui faire son licencié.

+ +
+

Enfin, il est important de faire remarquer que, dans les pays où la priorité est accordée au premier inventeur (5), se pose parfois la question de la détermination de ce premier inventeur. C'est notamment le cas, lorsque plusieurs inventeurs ont travaillé parallèlement, simultanément et indépendamment les uns des autres.

(1) "complementary Patent", "ergänzender Patente".

(2) "Verbesserungserfindungen".

(3) "Anwendungserfindungen".

(4) Voyez p. 9, ce qui est dit des "Grant-Back Agreements".

(5) C'est le cas, par exemple, des U.S.A.

Dans ce cas, il est plus souvent intéressant pour les parties concernées, et ce, d'un point de vue strictement économique, de passer entre elles un accord d'interférence. Plutôt que de se lancer dans une longue et difficile procédure de recherche d'antériorité, les parties mettent alors en commun le brevet dont la propriété est litigieuse.

DEUXIEME PARTIE : LES COMMUNAUTES DE BREVETS ET L'ARTICLE 85 DU
TRAITE DE ROME.

I. LES RELATIONS ENTRE L'ARTICLE 36 ET LES ARTICLES 85 ET 86 DU TRAITE DE
ROME.

A. Contenu de l'article 36 (1).

L'article 36 déclare que les dispositions des articles 30 à 34 inclus, qui visent à éliminer les restrictions quantitatives entre Etats membres "ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit justifiées par des raisons (...) de protection de la propriété industrielle ou commerciale".

"Toutefois, ces restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre Etats membres".

Parlant de l'article 36, DESBOIS (2) écrit que sa "signification capitale" est "le respect de la propriété industrielle et l'abandon de la réglementation aux législations nationales".

Et c'est pourquoi l'article 36 contient une exception importante à un des principes fondamentaux du Traité de Rome : la disparition de tout obstacle aux échanges entre Etats membres.

La justification exigée par l'article 36 devra être soumise au contrôle de la Commission et de la Cour de Justice qui devront, dans

(1) Cfr notamment DESBOIS H., "Les rapports entre la propriété industrielle et le régime de la concurrence dans le Traité du Marché Commun, in Mélanges en l'honneur de P. ROUBIER, T. II, pp. 425 à 437.

(2) Op.cit., p. 426.

chaque cas, déterminer si les restrictions appliquées en vertu de l'article 36 sont bien justifiées par des raisons... "de protection de la propriété industrielle et commerciale".

Le critère de justification sera le fait qu' en l'absence de telles restrictions le droit protégé serait vidé de sa substance (1).

La dernière phrase de l'article 36 contient cependant une double limitation à la "liberté de mouvement des Autorités nationales dans l'aménagement des institutions de la propriété industrielle" (2).

D'une part, elle impose l'égalité entre étrangers et nationaux et d'autre part, elle interdit les restrictions déguisées. Cette interdiction empêche les législateurs nationaux "de soustraire au contrôle des Autorités du Marché Commun" des dispositions "en leur donnant arbitrairement, contre l'évidence, les apparences d'un règlement de propriété industrielle" (3).

B. Les relations entre les articles 36 et 85-86.

Comme l'écrit Yves de SAINT-GAL (4), la première partie de l'article 36 du Traité de Rome consacre "la valeur privilégiée des droits de propriété industrielle", mais, ajoute-t-il, la fin précise "que cette protection

(1) ALEXANDER, op.cit., p. 201.

(2) DESBOIS, op.cit., p. 437; voir aussi BRAUN, A., GLEISS, A., et HIRSCH, M. "Droit des Ententes de la Communauté Economique Européenne", p. 106.

(3) DESBOIS, op.cit., p. 437.

(4) "Aspect actuel de la réglementation de la concurrence et de la protection des droits de propriété industrielle dans le cadre communautaire européen", in Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1970, p.56. Voir aussi du même auteur : "Aspects actuels de la notion de marque et ses rapports avec la réglementation de la concurrence", in Ing. Cons. 1963, p. 49.

ne doit pas être détournée de son but en affectant d'une manière illicite le commerce entre Etats membres".

Et c'est justement cette fin d'article qui pose le difficile problème des relations entre l'article 36 d'une part, et les articles 85 et 86 d'autre part.

La portée de l'article 36 a, en effet, été fort discutée (1). Pour VERLOREN VAN THEMMAAT (2), l'article 36 se rapporte exclusivement aux articles 30 à 34. Quant à SCHRANS (3), il s'oppose à cette interprétation, qu'il considère comme trop littérale. En traitant du droit européen de la concurrence, il parle (4) de "dispositions primaires" qui ont pour objet de faire augmenter la concurrence par la libération du mouvement des biens, des personnes, des services et des capitaux et qui, pour cette raison, font partie des fondements de la Communauté (deuxième partie du Traité), et des "dispositions subsidiaires" qui ont pour objet de rendre possible une intervention communautaire lorsque l'objectif poursuivi par les dispositions primaires est mis en danger par des initiatives d'origine

-
- (1) Voir par exemple, VERLOREN VAN THEMMAAT, "Die Bedeutung von Art. 36 für die kartellrechtliche Beurteilung von Patentlizenzenverträgen nach Art. 85 des EWG-Vertrages" in GRUR. Ausl. 1964, pp. 21-22; HEPP, F., "Les conventions de licence exclusive au regard des règles de la concurrence de la C.E.E.", in S.E.W., 1964, pp. 85 à 94; SCHRANS, G., "Les licences de brevets et les articles 36 et 85 du Traité de Rome", in Ing. Cons., pp. 233 et sv.; etc...
- (2) Op.cit. p. 21.
- (3) Op.cit. p. 234 et sv.
- (4) SCHRANS, G., op.cit., p. 238.

publique ou privée à l'égard desquelles les dispositions primaires sont inopérantes".

Selon lui, l'article 36 appartient à la première catégorie, et les articles 85 et 86, à la seconde. Il en tire comme conséquence (1) que "toutes les restrictions couvertes par le brevet doivent échapper à une application des articles 85 et 86 du Traité", l'article 36 renvoyant à chaque législation nationale.

De son côté, MONNE (2) écrit que "à aucun moment, le licencié ne peut être considéré comme un partenaire commercial au sens de l'article 85 ou 86 du Traité, puisque la position exclusive du breveté est soumise à des règles légales intangibles et parce que la conclusion d'un contrat de licence, quelque limités que soient les droits concédés aux licenciés, est une faveur sans effet sur cette position exclusive".

Quant à nous, nous croyons qu'il faut interpréter d'une manière restrictive l'exception prévue à l'article 36.

Nous voyons un premier argument en ce sens dans la fin de l'article qui exige que ces restrictions ne constituent pas un moyen de discrimination arbitraire, "ni une restriction déguisée dans le commerce entre Etats membres".

L'opinion dominante (3) considère d'ailleurs "que la réserve exprimée par le dernier paragraphe de l'article 36 est très large dans ses intentions et peut être considérée comme constituant une référence indirecte aux articles 85 et 86".

(1) Op.cit., p. 238.

(2) in "La portée de l'article 36 par rapport à l'article 85 du Traité de la C.E.E. concernant les contrats de licence de brevets", in S.E.W., 1964, p. 183.

(3) Voir à ce sujet : BRAUN, A., GLEISS, A., HIRSCH, M., op.cit. p. 107.

Dans de récentes décisions (1), la Cour s'est d'ailleurs montrée favorable à une interprétation restrictive de l'article 36 et, comme l'a écrit VAN OMESLAGHE (2), "les restrictions à la libre circulation des biens liés à cette propriété (industrielle et commerciale) ne peuvent se justifier que "par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété" (3).

Dans sa jurisprudence, ces dernières années, la Cour semble faire de plus en plus la distinction entre l'existence des droits de propriété industrielle qui, en vertu de l'article 36, échappe aux règles de concurrence, et l'exercice de ces droits qui, lui, est soumis aux articles 85 et 86 (4).

Comme l'écrivent GIDE-LOYRETTE et NOUEL (5), "la concurrence ne peut être abusivement restreinte par le jeu du droit de la propriété industrielle".

-
- (1) Voir les affaires Gründig-Consten (Rec. : XII, pp. 499-500) où la Cour déclare que l'article 36 "ne saurait limiter le champ d'application de l'article 85". Voir aussi l'affaire Sirena (Rec. : XVII, p. 69) et l'affaire Deutsche Gramophongesellschaft (Rec. : XVII-5, p. 487.)
 - (2) In "L'évolution récente du droit européen des ententes à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice et des règlements, des décisions et des communications de la Commission de la C.E.E.", in Recyclage de droit commercial et économique (Conférence du Jeune Barreau), 1972, p. 6.
 - (3) Le problème étant, bien sûr, de déterminer quelles sont les restrictions qui sont justifiées "par la sauvegarde...".
 - (4) Voir par exemple, l'affaire Sirena : dans un de ses attendus, la Cour a fait clairement la distinction en écrivant : "...si les droits reconnus par la législation d'un Etat membre en matière de propriété industrielle et commerciale ne sont pas affectés dans leur existence par les articles 85 et 86 du Traité, leur exercice peut cependant relever des interdictions édictées par ces dispositions".
 - (4) "Dictionnaire du Marché Commun" : Concurrence, n° 65.

L'article 36 ne doit donc pas, nous semble-t-il, faire obstacle à l'application des articles 85 et 86. (1)

Nous pouvons rapprocher le système mis en place par le Traité de Rome de celui contenu dans la loi allemande contre les restrictions de la concurrence (GWB).

En effet, comme en droit allemand (2), toute restriction apportée à la concurrence et qui ne va pas au-delà du contenu du droit protégé ou qui est en relation directe avec lui, est licite (3).

Ce que les articles 85 et 86 sanctionnent, en définitive, c'est l'abus du privilège (4) donné par le droit de propriété industrielle et son "détournement".

-
- (1) Voir certains attendus de l'Arrêt de la Cour de Justice du 13 juillet 1966 dans l'affaire Consten-Gründig, qui disent : "que les articles 36, 222 et 234 du Traité, invoqués par les requérantes, ne s'opposent pas à toute incidence du droit communautaire sur l'exercice des droits nationaux de propriété industrielle"; "que l'article 36 limite la portée des normes sur la libéralisation des échanges, contenues au Titre I, chapitre 2 du Traité, ne saurait limiter le champ d'application de l'article 85"
- (2) MAGEN, A., (op.cit., p. 77) écrit à ce sujet : "Zusammenfassend ist also festzustellen, dass bei der vertraglichen Übertragung oder Lizenzierung von Patenten, ähnlichen Schutzrechte und Betriebsgeheimnisse Beschränkungen des Lizenznehmers, die sich im gesetzlichen Rahmen des Schutzrechtes halten, nicht unter den Tatbestand des Art.85 Abs. 1 EWGV fallen und genau wie nach § 20 Abs. 1 GWB zulässig sind". Nous publierons prochainement une étude sur "les communautés de brevets et la loi allemande contre les restrictions de la concurrence."
- (3) SCHRANS (op.cit., p. 234) présente cependant cette situation d'une manière qui nous paraît trop limitative. Il écrit, en effet, : "En vertu de l'article 36 du Traité de Rome, le breveté peut imposer au licencié des restrictions qui sont couvertes par le brevet, c'est-à-dire, dont l'inobservance serait un acte de contrefaçon. Cette situation juridique n'est nullement modifiée par les articles 85 et 86 du Traité".
- (4) Voir, par exemple, MOUSSERON, J.M., "L'abus de monopole conféré par le brevet d'invention", in Etudes de Droit commercial, à la mémoire de H. CAHILLAC, pp. 362. Il voit dans cet abus de privilège un détournement de droit. C'est ainsi qu'il écrit : "La vieille idée de détournement de droit reçoit une illustration nouvelle, la faute du breveté consistant à transformer un monopole de fabrication, soit en un monopole d'importation, soit en une voie de contrainte destinée à obtenir de son partenaire, des engagements auxquels le contenu de son droit ne lui permet pas de prétendre".

Mais le titulaire d'un droit de propriété industrielle pourra l'utiliser pleinement en le cédant ou en accordant des licences accompagnées de limitations de la concurrence pour le preneur, pour autant que celles-ci soient en relation directe avec l'utilisation du droit protégé (1).

Comme il n'existe pas, en droit européen de précisions quant aux restrictions considérées comme ne dépassant pas le contenu du droit protégé (2), nous croyons que l'article 20 de la GWB (3) peut servir de modèle (4).

Il nous paraît donc intéressant de présenter sommairement les caractéristiques essentielles de cet article 20 de la GWB.

Le principe sur lequel il repose, est l'interdiction des restrictions imposées à l'activité commerciale d'un cessionnaire ou d'un licencié, et qui excèdent le contenu du droit de propriété industrielle.

Dans le premier paragraphe de l'article, et tout de suite après avoir énoncé ce principe, le législateur déclare que les "restrictions réelles" (5), c'est-à-dire, celles qui portent sur la nature, l'étendue, les quantités, le territoire ou le temps d'application "ne dépassent pas le contenu du droit protégé" (6).

Le paragraphe 2 de l'article 20 vise, quant à lui, certaines restrictions contractuelles (7) qui sont autorisées.

-
- (1) MAGEN, op.cit., p. 82; voir aussi la communication du 24 décembre 1962. Il est à noter cependant que cette communication ne vise pas les accords portant sur du know-how.
- (2) Il s'agit des "limitations réelles", telles qu'elles sont définies par la loi allemande contre les restrictions de la concurrence dans son article 20 § 1.
- (3) Loi allemande du 3 janvier 1966, contre les restrictions de la concurrence (révisée le 3 août 1973).
- (4) Cfr. PLASSERAUD, Y., & HIANCE, M., Brevets et marques dans le droit européen de la concurrence, in Direction, 1968, pp. 1177; voyez particulièrement la liste d'exemples qu'ils donnent.
- (5) "dingliche Beschränkungen"
- (6) "gehen nicht über den Inhalt des Schutzrecht hinaus" (art.20, §1. 2° phrase in fine). -
- (7) "schuldrechtliche Beschränkungen".

Il s'agit de celles visant à "assurer une exploitation techniquement irréprochable" de l'objet du droit de propriété industrielle (1), de celles relatives à la fixation des prix des objets fabriqués sous licences, l'échange d'expériences ou l'octroi de licences de perfectionnement, l'interdiction au licencié de contester la validité du brevet et les obligations qui concernent la réglementation de la concurrence en dehors du ressort territorial de la GWB.

Ces restrictions contractuelles sont tolérées dans la mesure où "elles n'excèdent pas, dans le temps, la durée de validité du droit de propriété industrielle acquis ou obtenu par voie de licence" (2).

La nullité prévue par l'article 20 s'applique non seulement aux restrictions visant des brevets existants, mais également à "des accords concernant des inventions faisant l'objet d'une demande de brevet public" (3), et d'une manière plus générale, aux accords portant sur des inventions non encore brevetées ainsi qu'à ceux comportant le transfert d'une licence exclusive.

Enfin, sont également soumis à ce régime, les accords conclus hors litige, ou sous contrôle du juge, réglant des conflits de brevets, notamment lorsque ces accords comportent l'octroi de licences (3).

Pour savoir s'il doit appliquer l'article 20, le Bundeskartellamt (B.Kart.A.) recherchera la volonté des parties, analysera le contenu du contrat, son objet, ses effets de droit et de fait, et ce, afin de ne l'appliquer "qu'aux seules restrictions qui ont un lien de causalité avec le brevet" (4).

-
- (1) Texte français de l'article 20 §2. de la GWB, repris d'ALEXANDER, op.cit., p. 102. Le cas, souvent fort complexe, des clauses d'approvisionnement se pose ici. En effet, celles-ci ont presque toujours à leur base, une double motivation: "l'exploitation techniquement irréprochable" et la recherche par le titulaire du brevet, de débouchés pour d'autres produits qu'il fabrique.
- (2) ALEXANDER, op.cit., p. 102.
- (3) ALEXANDER, op.cit., p. 106.
- (4) ALEXANDER, op.cit., p. 107.

En fait, pour que l'article 20 trouve à s'appliquer, il faut et il suffit qu'il y ait une simple restriction perceptible de l'activité économique d'une des parties et que celle-ci soit basée sur un accord portant sur l'exploitation du brevet. Cette restriction peut être de droit (formelle) ou de fait, c'est-à-dire, sans obligation juridique (1).

A côté des exceptions explicitement prévues au § 2., le législateur envisage, au paragraphe 3, la possibilité, pour le Bundeskartellamt d'autoriser d'autres restrictions. Le B.Kart.A. applique cette prescription souvent après avoir fait limiter la portée de certaines clauses. Il exige, conformément à la loi, d'une part, que la limitation de la liberté d'action du licencié ne soit pas inéquitable (2) et d'autre part, que la concurrence ne soit pas sérieusement restreinte (3).

De plus, il exigera toujours l'existence d'un lien entre le brevet et la restriction imposée. Ce lien devra apparaître à la suite de l'analyse des relations de fait entre le brevet et la restriction (4).

Le dernier paragraphe de l'article déclare que les articles 1 à 14, qui visent les accords de cartels, restent d'application.

C'est en s'inspirant fortement de l'article 20 de la GWB, que la Commission a rédigé la Communication du 24 décembre 1962 et dans laquelle elle énumère un certain nombre de clauses reprises pour la plupart de l'article 20 de la GWB (5).

(1) C'est par exemple, le cas du licencié qui, s'il ne s'approvisionne pas auprès du breveté, doit payer des redevances prohibitives.

(2) "nicht unbillig einbeschränkt".

(3) "nicht wesentlich".

(4) et non uniquement sur base des clauses du contrat.

(5) Sur la portée et l'analyse de cette Communication, cfr. BRAUN, A., GLEISS, A., et HIRSCH, M., op.cit., pp. 10 et sv.; cfr aussi ALEXANDER (op.cit., p. 257) qui précise que "quoique l'article 20 GWB ait servi de modèle à la Communication du 24 décembre 1962, celle-ci n'a pas repris deux clauses admises par la loi allemande : celle qui oblige le licencié à observer les prix de vente fixés par le concédant de la licence et celle qui empêche de contester la validité du brevet".

./.

Cette communication repose sur le même principe que celui qui est à la base de l'article 20 de la GWB : "le breveté est en droit de limiter la concurrence à laquelle il s'expose en accordant une licence". (1).

En élaborant cette Communication, la Commission a tenté de délimiter avec une certaine précision, le champ d'application des règles communautaires au regard des clauses restrictives contenues dans les accords de licences de brevets et d'éclairer sa doctrine sur les rapports entre le droit des brevets et les règles de concurrence du Traité de Rome. Mais il est important de rappeler qu'il ne s'agit, dans le cas d'une Communication, que d'un simple avis de la Commission au sens de l'article 189 du Traité (2).

Quant à l'article 4 §2-2b du Règlement n° 17, il relève d'un même ordre d'idées que l'alinéa 2 de l'article 20 de la GWB : ils autorisent tous les deux des limitations qui excèdent le contenu du droit protégé, mais qui sont en relation directe avec lui (3).

En résumé, l'article 36 (4) autorise (5) d'une part, les restrictions qui "résultent du fait que le titulaire du droit exerce son droit dans la limite prescrite ou autorisée par les législations nationales"...

./ (5) Pour cette dernière, voir cependant la décision de la Commission du 9 juin 1972, dans l'affaire Raymond-Nagoya, qui admet la validité d'une telle clause (J.O. - L. - 1972, n° 143/39 du 22 juin 1972).

(1) Cfr. ALEXANDER, op.cit., p. 319.

(2) Cfr. Droit des Communautés Européennes, n° 259.

(3) Il s'agit ici des "restrictions contractuelles", cfr. supra, p. 22 et 23; cfr. aussi l'extrait du "Guide pratique", cité par ALEXANDER en annexe, op.cit., p. 378.

(4) tel qu'il est explicité par l'article 4 du Règlement n° 17.

(5) Comparez avec l'article 20 de la GWB.

(1), et, d'autre part, des restrictions qui, quoique dépassant le cadre du droit protégé, sont néanmoins en relation directe avec celui-ci.

L'article 85, alinéa 1, ne sera donc pas applicable aux accords comportant de telles restrictions.

Enfin, les accords contenant des limitations qui ne rentrent pas dans les deux catégories précédentes, doivent, pour que puisse leur être appliqué l'article 85, alinéa 3, faire l'objet d'une notification, et ce, en vertu du Règlement n° 17, article 4, §2-2b (2).

(1) Cfr. le "Guide Pratique", cité par ALEXANDER, op.cit., p. 377.

(2) Comparez avec l'article 20, alinéa 3, de la GWB.

II. LES COMMUNAUTES DE BREVETS ET L'ARTICLE 85 DU TRAITE C.E.E.

A. Conditions d'application de l'article 85 alinéa 1. (1).

Nous n'avons nullement l'intention de faire une analyse approfondie de l'article 85. Celle-ci a déjà été faite à maintes reprises (2), et cela nous entraînerait en dehors du cadre de notre étude. Nous nous limiterons à rappeler sommairement le contenu de l'article 85.

Trois conditions sont nécessaires à l'application de l'article 85, alinéa 1.

1. UN ACCORD ENTRE ENTREPRISES.

Nous n'entrerons pas dans la discussion de la notion d'entreprises (3). Nous retiendrons simplement la conclusion que MM. CARDON M. & HERBERT F. (4) tirent suite à l'analyse qu'ils ont faite de l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour et de la Commission : "La personnalité juridique reste nécessaire. Elle n'est cependant pas suffisante, puisque, prolongeant le mouvement annoncé dans la décision CHRISTIANI-NIELSEN, la Commission suivie par la Cour, fait de plus en plus état de l'existence d'unités économiques plus larges dont le comportement, la position structurelle et

- (1) Comparez avec la rédaction de l'article 1 de la GWB, voir notamment l'ordre dans lequel les conditions d'application des 2 articles sont présentées; "Verträge, die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schliessen, und Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen sind unwirksam, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Dies gilt nicht, soweit in diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist.
Als Beschluss einer Vereinigung von Unternehmen gilt auch der Beschluss der Mitgliederversammlung einer juristischen Person, soweit ihre Mitglieder Unternehmen sind."
- (2) Voir, par ex., BRAUN, A., GLEISS, A., HIRSCH, M., op.cit.; FRANCESCHELLI, R., PLAISANT, R., LASSIER, J., op.cit.; "Droit européen de la concurrence" etc...
- (3) Voir la définition donnée dans le "Dictionnaire du Marché Commun", Verbo Concurrence, p. 21.
- (4) In "Evolution récente de la notion d'abus de position dominante dans la C.E.E.", Document de travail C.R.I.D.E., n° 719, p. 12.

les performances doivent être analysées globalement. Il en résulte indiscutablement un dépassement de la notion d'entreprise telle qu'elle était utilisée jusqu'à présent".

La notion d'entreprise est moins large dans l'article 85 que dans l'article 1 de la GWB (1), qui l'étend à toute personne physique ou morale n'agissant pas dans un cadre purement privé.

L'article 85 ne définit pas le terme "accord".

Le "Dictionnaire du Marché Commun" (2) en donne la définition suivante : "Il apparaît que la forme juridique de l'accord est indifférente. L'accord peut prendre la forme d'une simple association de fait; il peut s'agir d'un contrat; il implique simplement l'intervention de la volonté" (3).

Par "association d'entreprises", on entend les groupements de deux ou plusieurs entreprises, quelle que soit la forme juridique" (4).

Tandis que l'expression de "pratiques concertées", vise un "accord préalable expres ou tacite (5).

Comme le font remarquer BRAUN, GLEISS et HIRSCH (6), "l'article 85 al. 1, contrairement à la GWB, ne distingue pas entre contrats faits en vue d'un but commun et d'autres contrats".

(1) Voir le texte de l'article 1 de la GWB.

(2) Op.cit., p. 28; voir la conception plus restrictive défendue par BRAUN, GLEISS et HIRSCH, qui considèrent que par "accord", il faut entendre contrat au sens du droit civil (op.cit., p. 58).

(3) Le concours de volonté peut être tacite; voir à ce sujet : FRANCESCHELLI, PLAISANT et LASSIER, op.cit., p. 26.

(4) "Droit des Communautés Européennes", n° 2024.

(5) Id., n° 2025.

(6) Op.cit., p. 58.

2. SUSCEPTIBLE D'AFPECTER LE COMMERCE ENTRE ETATS MEMBRES.

Il faut que l'accord soit "susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres".

Nous croyons qu'il faut entendre par là, que l'accord doit avoir une influence défavorable (1), ou plus exactement, qu'il porte atteinte aux objectifs du Traité de Rome (2).

L'expression "entre Etats membres" a une double portée : d'une part, il suffit que le commerce entre deux Etats membres soit affecté, et non entre tous les Etats membres, et d'autre part, un accord à l'intérieur (3) d'un seul Etat, mais qui affecterait le commerce entre Etats membres, tomberait sous le coup de l'application de l'article 85 (4).

(1) Comparez avec les termes néerlandais ("ongunstig beïnvloeden"), allemand ("beeinträchtigen") et italien ("prejudicare"); il ne faut cependant pas accorder trop d'importance aux mots, mais rechercher l'esprit du Traité. Voir dans notre sens : BRAUN, GLEISS, et HIRSCH, op. cit., p. 80, et l'importante bibliographie qu'ils donnent; voir aussi le "Dictionnaire du Marché Commun", p. 24-2; contra, voir par exemple FRANCESCHELLI, PLAISANT et LASSIER, op.cit., p. 33.

(2) Voir "Droit des Communautés européennes", n° 2039, où il est écrit : "Seules seront condamnées les ententes susceptibles de mettre en péril ces objectifs (du Traité), ceci ne pouvant être déterminé que par une analyse des conséquences positives et négatives d'une entente, c'est-à-dire, par l'établissement d'un bilan économique".

(3) Par exemple, dans le cas d'un accord portant sur l'exportation ou l'importation.

(4) Ce serait également le cas d'un accord entre une entreprise d'un Etat membre et une entreprise d'un Etat tiers, qui affecterait le commerce entre Etats membres, voire même un accord entre deux entreprises situées en dehors de la Communauté, mais qui affecterait le commerce entre Etats membres; Voyez à ce sujet la récente étude d'A. JACQUEMIN, "Entreprises étrangères et politique européenne de concurrence", Document de Travail C.R.I.D.E., n° 737.

3. ET QUI A "POUR OBJET OU POUR EFFET" DE RESTREINDRE LA CONCURRENCE.

La limitation de la concurrence doit être une conséquence du contrat ("Folgetheorie") (1).

Les termes "empêcher", "restreindre" et "fausser le jeu" visent la même "restriction de concurrence" que celle visée par l'article 1. de la GWB. (2).

La concurrence peut n'être que potentielle (3).

L'article 85 vise aussi bien les restrictions horizontales que verticales (4).

(1) Voir ce qu'écrit à ce sujet MAGEN (op.cit.pp. 93-94) : "Die Wettberbsbeschränkung muss nach Art. 85 EWGV durch die Vereingabung bezweck oder bewirkt werden.

(2) Voir BRAUN, GLEISS, et HIRSCH, op.cit., p. 63.

(3) Comme pour la concurrence visée par l'article 1 de la GWB.

(4) Voir BRAUN, GLEISS et HIRSCH, op.cit., pp. 65 et sv.

B. Communautés soumises à l'article 85, alinéa 1.

Jusqu'à présent, les problèmes du droit de la concurrence soulevés par les communautés de brevets ne semblent guère avoir retenu l'attention, pas plus de la Commission que des auteurs.

Dans le point II de sa communication du 24 décembre 1962 relative aux accords de licences de brevets, la Commission déclare qu'"une appréciation générale n'apparaît pas possible en ce qui concerne les accords relatifs :

- 1. aux communautés de brevets;
- 2. aux licences réciproques;
- 3. aux licences multiples parallèles.

Dans le point 3, elle précise que "la question de l'application de l'article 85 al. 1. du Traité aux clauses visées ci-dessus et figurant dans des contrats relatifs à des communautés de brevets, à l'octroi de licences réciproques ou multiples parallèles (...), devra faire l'objet d'une décision ultérieure".

Mais à ce jour, la Commission n'a pas encore pris cette décision. Nous en sommes donc réduit à émettre quelques réflexions qui devraient nous permettre d'essayer d'esquisser certains types de solutions.

Néanmoins, récemment, dans l'affaire DAVIDSON (1), la Commission a eu à se prononcer sur la validité de clauses de contrats passés dans le cadre d'une communauté de brevets présentant à la fois des aspects d'échanges de licences et de licences parallèles multiples.

(1) Affaire DAVIDSON-RUBBER Co., n° 72/237 - Décision du 9 juin 1972, J.O. du 23 juin 1972.

Ce qui importe essentiellement est de voir quel est l'effet, du point de vue de l'application de l'article 85, pour une clause comportant une restriction de la concurrence, d'être insérée dans un contrat portant sur l'exploitation de brevets, et passé dans le cadre d'une communauté de brevets.

Comme nous l'avons déjà fait remarquer à diverses reprises, les communautés de brevets présentent des aspects à la fois positifs et négatifs.

ALEXANDER écrit à ce sujet que "La mise en commun de droit de brevets peut mettre fin à, ou prévenir, des conflits qui risquent de bloquer l'application des inventions concernées. Lorsqu'il s'agit de brevets complémentaires, elle permet une application plus efficace de l'invention de base. La centralisation du pouvoir de concéder des licences de brevets appartenant à différentes entreprises, permet aux tiers d'obtenir les licences nécessaires en s'adressant à une seule personne. Ces avantages, importants pour les entreprises intéressées et pour la société en général, qui bénéficiera d'une meilleure application des inventions brevetées, justifient une attitude favorable à l'égard des échanges de licences et des autres arrangements pour mettre des brevets en commun.

Mais ces mêmes arrangements peuvent viser à subjuguier une industrie ou avoir pour effet cette forme de domination. Le pouvoir cumulé des parties contractantes peut constituer un obstacle sérieux, voire insurmontable, pour les tiers. Les utilisateurs peuvent se voir imposer des prix inacceptables pour les produits brevetés. Le pouvoir de chacun des partenaires peut encore être renforcé par une répartition des domaines techniques ou géographiques, ou par d'autres restrictions à leur concurrence. La protection dont ils jouissent peut faire disparaître de nouveaux efforts innovateurs de leur part".

(1) Op.cit. pp. 322 et 323.

C'est pour cela qu'une appréciation générale des communautés de brevets ne nous paraît pas possible.

Il est admis (1) que les communautés de brevets ne tombent pas, comme telles, sous le coup de l'application de l'article 85, et seul, un examen cas par cas (2) peut permettre de distinguer des autres, les communautés auxquelles s'appliquent l'article 85, al. 1. Le contenu de la communauté et le cadre dans lequel elle est constituée seront donc déterminants (3).

Pour FRANCESCHELLI, PLAISANT et LASSIER (4), "Dans tout Etat où s'applique une réglementation sévère contre les pratiques restrictives, cette communauté entre entreprises concurrentes, en principe, est de prime abord suspecte. L'opération étant suspecte en son principe, le juge estimera qu'il y a pratique restrictive, s'il apparaît que, en fait, par des pratiques plus ou moins constantes, si ce n'est un droit en vertu d'accords formels, les participants se livrent à une de ces opérations dont le Traité de la C.E.E., article 85, donne un catalogue bref, mais complet."

Nous croyons qu'il faut nuancer cette opinion. Certes, les communautés de brevets seront souvent un moyen de limiter la concurrence, soit des tiers, soit même de certains participants.

(1) Voir GIDE-LOYRETTE-NOUEL, op.cit., - Concurrence - , p. 70; BRAUN, A., GLEISS, A , HIRSCH, M., op.cit., pp. 124 et sv.; FRANCESCHELLI, PLAISANT et LASSIER, op.cit., n° 371; ALEXANDER, op.cit., p. 23, etc...

(2) Comparez avec le système mis en place par le SHERMAN ACT et celui de la GWB; voir à ce sujet ALEXANDER, op.cit., p. 321.

(3) BRAUN, ..., op.cit., p. 125.

(4) op.cit., n° 371.

Néanmoins, comme nous l'avons déjà souligné, elles seront parfois indispensables pour des raisons purement techniques. C'est le cas, lorsqu'elles portent sur des brevets interdépendants ou des brevets croisés.

Dans ces cas-là, si les accords ne contiennent que des restrictions "couvertes" (1) par les brevets ou en relation directe avec lui, la communauté ne devrait pas tomber sous le coup de la condamnation de l'article 85 alinéa 1 parce que les conditions d'application de cet article ne seront pas remplies.

En effet, sans cet accord, l'exploitation des brevets concernés est impossible, ce qui rend toute concurrence également impossible.

Donc, le seul fait de passer cet accord ouvre, du moins de manière théorique, une certaine concurrence entre les parties à l'accord, puisque, grâce à celui-ci, chacune d'elles pourra exploiter ces brevets qui, sinon, n'auraient pu l'être ou dont l'exploitation aurait provoqué des conflits.

Par contre, lorsqu'on a affaire à des communautés portant sur des brevets indépendants ou concurrents, puisqu'il n'y a pas de raisons techniques justifiant l'accord, c'est l'analyse concrète de la communauté et des circonstances dans lesquelles elle a été créée qui permettra de

(1) SCHRANS (op.cit., p. 240) écrit à ce sujet qu'"En vertu du Traité de Rome lui-même, les articles 85 et 86 ne peuvent être appliqués à des restrictions qui sont la conséquence directe du droit exclusif du breveté(...). Ceci ne vaut pas seulement pour les licences dites simples, entre un seul breveté et un seul licencié, mais également pour les licences réciproques, les communautés de brevets et les licences multiples parallèles, à moins que l'on ne puisse démontrer qu'en vertu même du Traité, une certaine restriction cesse d'être "couverte par le brevet", et donc, d'être licite d'office, lorsqu'elle fait partie d'un accord de licence réciproque, d'un accord établissant une communauté de brevets, ou d'un accord de licences multiples parallèles".

Cfr. aussi MAGEN, op.cit., p. 88.

déterminer l'influence qu'elle a sur la concurrence et dans quelle mesure cette influence affecte éventuellement le commerce entre Etats membres.

La difficulté pour déterminer la validité de ces communautés vient du fait que, comme l'écrit ALEXANDER (1), "la Commission n'a pas précisé pour quels motifs une clause qui, en principe, ne tombe pas sous le coup de l'application de l'article 85 alinéa 1 du fait qu'elle implique le maintien partiel d'une interdiction découlant de la loi nationale peut, dans le cadre d'une communauté, violer l'article 85".

Le nombre et l'importance des participants à l'accord ainsi que leur position sur le marché, le rôle économique du produit breveté, les possibilités de substitution, les liens existant entre les parties et les obligations auxquelles elles s'engagent, sont autant d'éléments qui aident à déterminer la validité de la communauté au regard de l'article 85 alinéa 1.

Plus une communauté occupera une position importante dans l'industrie concernée, moins elle pourra imposer des restrictions, même couvertes par le brevet.

Il faut, en effet, souligner que les clauses autorisées à figurer dans de simples contrats de licences en vertu de la Communication du 24 décembre 1962 parce qu'elles sont couvertes par le brevet ou en relation directe avec lui, si elles sont reprises dans des accords portant sur des communautés de brevets, pourront ne pas être admises du seul fait de leur intégration à ces accords. Dans ce cas, elles devront faire l'objet d'un examen individuel au regard de l'article 85 alinéa 3 (2).

(1) Op.cit., p. 267.

(2) Cfr. Droit des Communautés, n° 2591.

Passons maintenant brièvement en revue les principales clauses reprises habituellement dans les communautés de brevets et analysons l'effet que peut avoir leur intégration à ces communautés.

Les clauses d'exclusivité peuvent contenir deux types de limitations : une, au niveau des participants à la communauté, et une autre, à celui de l'octroi de licences.

En ce qui concerne la limitation du nombre de participants à la communauté, il faut distinguer les contrats "d'échange de licences" des "patent-pools".

Dans le premier cas, deux ou plusieurs titulaires de brevets s'accordent des licences exclusives tout en se réservant le droit d'exploiter eux-mêmes leurs brevets et en refusant d'admettre de nouveaux membres. Seule une analyse du cas d'espèce (1) permettra de déterminer si l'accord en question est capable d'influencer de manière sensible le marché. Plus il y aura de participants à l'accord, et plus la condamnation sur base de l'article 85 alinéa 1 sera probable.

Dans le cas des "patent-pools", on exclut également de nouveaux membres. Néanmoins, pour juger de la validité du contrat, il faudra voir si les tiers peuvent obtenir - et à quelles conditions - des licences (ou des sous-licences).

Lorsqu'il y a limitation dans l'octroi de licences, c'est aussi le cas d'espèce qu'il faut voir : dans quelle mesure, les concurrents actuels et potentiels, sont-ils limités dans leur liberté de concurrence et quels inconvénients cela représente ou peut représenter pour eux.

(1) Cette analyse sera essentiellement économique. Cette remarque vaut d'ailleurs pour toutes les analyses des communautés de brevets.

Une communauté de brevets groupant un nombre important d'entreprises d'un secteur déterminé sera certainement condamnée si les tiers ne peuvent obtenir des licences qu'à des conditions qui les désavantagent trop par rapport aux membres du "patent-pool" (1).

Dans son "Premier rapport sur la politique de concurrence" (avril 1972, n° 78), la Commission précise que le droit d'exclusivité n'est pas exclu du champ d'application de l'article 85 alinéa 1 " si le titulaire du brevet s'oblige à limiter l'exploitation de son droit exclusif à une seule entreprise dans un territoire déterminé et confère donc à cette entreprise unique, le droit d'exploiter l'invention et d'empêcher d'autres entreprises de l'utiliser, il perd la faculté de contracter avec d'autres demandeurs de licences".

Cette précision qui est faite pour une clause d'exclusivité accordée dans le cadre d'un simple contrat de licence, sera d'autant plus pertinente si la clause fait partie d'un accord de communauté de brevets.

Il est admis que si une communauté domine un secteur industriel, les licences qu'elle accorde ne peuvent être exclusives (2).

Dans l'affaire DAVIDSON-RUBBER (3), la Commission a appliqué le principe qu'elle avait établi lors de son Premier rapport sur la politique de concurrence, et que nous venons de rappeler.

(1) Il est évidemment normal que les conditions faites aux membres de la communauté soient plus avantageuses que celles faites aux tiers; néanmoins, elles ne peuvent jamais leur être à ce point favorables qu'elles créent une réelle diminution de la capacité de concurrence des tiers.

(2) Cfr. ALEXANDER, op.cit., p. 323.

(3) Décision du 9 juin 1972, J.O. 1972, L., 143/31 du 22 juin 1972.

Il s'agit d'une affaire relative à des contrats de licences de brevets consentis par la société américaine DAVIDSON-RUBBER C° à la société Happich en Allemagne, à la société MAGLUM en France et à la société Gallino à Turin - portant sur des accoudoirs pour automobiles.

La Commission n'a pu délivrer d'attestation négative, mais a admis les entreprises au bénéfice de l'exemption prévue au paragraphe 3 de l'article 85, à condition que soit supprimée la clause de non-contestation des brevets.

Les licences portaient à la fois sur la fabrication et la vente des articles en question. Les licenciés détenaient une part importante du marché et pouvaient vendre sans restriction dans l'ensemble de la communauté.

Les licenciés étaient tenus de se communiquer réciproquement les indications nécessaires à l'exploitation du procédé et avaient conclu des contrats de sous-licences portant sur certains points, avec paiement de redevances.

Dans le cas où ils seraient amenés à breveter les perfectionnements qu'ils apporteraient aux brevets, ils devaient se concéder mutuellement, ainsi qu'à DAVIDSON, des licences portant sur ces brevets de perfectionnement.

La Commission a souligné que, conformément à la jurisprudence de la Cour (1), elle doit apprécier la portée des licences en les considérant dans leur ensemble.

La Commission constate tout d'abord que la concession à une seule entreprise, dans un territoire, d'une licence, peut entraîner une restriction de la concurrence au sens de l'article 85 alinéa 1.

(1) Voyez l'Arrêt Brasserie de Haecht-Wilkin du 12 décembre 1967.

Dans le cas d'espèce, compte-tenu de l'importance du procédé d'un point de vue économique, de la part des licenciés dans l'ensemble du Marché Commun, et du peu de produits concurrents et de fabricants qui utilisent le procédé, la Commission considère que les exclusivités consenties aux licenciés entraînent une restriction sensible de la concurrence, et ce, malgré le droit reconnu aux licenciés de vendre dans l'ensemble du Marché Commun. En effet, d'une part, DAVIDSON voit sa liberté restreinte dans la mesure où elle ne peut accorder de licence à d'autres entreprises et d'autre part, les tiers ne peuvent utiliser le procédé en question pour fabriquer des accoudoirs.

De son côté, la Cour estime que pour qu'un contrat contenant une clause de concession exclusive tombe sous le coup de l'interdiction de l'article 85 alinéa 1, il convient de prendre en considération "la nature et la quantité limitée ou non des produits faisant l'objet de l'accord, la position et l'importance du concédant et celle du concessionnaire sur le marché des produits concernés, le caractère isolé de l'accord litigieux, ou au contraire la place de celui-ci dans un "ensemble d'accords, la rigueur des clauses destinées à protéger l'exclusivité, ou au contraire les possibilités laissées à d'autres courants commerciaux sur les mêmes produits par le moyen de réexportations et d'importations parallèles".

En conclusion, les contrats comportant des clauses d'exclusivité doivent être étudiés individuellement en tenant compte de l'ensemble des éléments du contrat et en retenant comme critère d'appréciation l'effet restrictif qu'il peut avoir sur la capacité de concurrence, non seulement des parties au contrat, mais des tiers.

Les clauses de répartition territoriale, souvent liées aux précédentes, représentent certainement une des formes les plus accentuées de limitation de la concurrence (1).

Il est admis, en principe, que le titulaire d'un brevet peut réglementer l'utilisation de son droit, notamment en déterminant le territoire pour lequel il accorde la licence. Le simple octroi d'une licence, même exclusive, pour un territoire déterminé, ne sera donc pas contraire à l'article 85, à condition que le contrat de licence ne contienne pas de clause d'interdiction d'exporter.

Par contre, si une communauté de brevets (2), groupant un certain nombre d'entreprises représentant une partie importante du marché concerné, organise une division territoriale, les conditions de l'article 85 alinéa 1 seront remplies et cet accord sera interdit.

La détermination d'une telle situation se fera notamment par une analyse du marché concerné, de la situation des brevets faisant l'objet de l'accord et des possibilités de substitution.

Si les produits ne sont pas concurrents entre eux, il n'y aura pas d'influence sur le marché parce que pour les tiers comme pour les consommateurs, il n'y aura qu'un changement de personne et donc, il n'en résultera aucun préjudice.

Les clauses contenant l'obligation pour les licenciés (3) de n'accorder des sous-licences qu'avec l'autorisation du donneur, ne sont pas interdites par l'article 85 alinéa 1.

La Commission a eu l'occasion, comme on vient de le voir, de préciser sa position à ce sujet dans l'affaire Davidson-Rubber.

(1) Voyez ce qu'en dit SCHULTE, op.cit., p. 227.

(2) Qu'il s'agisse de simples échanges de licences ou de "patent-pools".

(3) Ceci est aussi valable dans le cadre d'un contrat d'échange de licences que dans un "patent-pool".

Dans sa décision, la Commission a admis la clause interdisant au licencié d'accorder des sous-licences, en se basant sur le fait que "d'une part, cette obligation est couverte par le droit exclusif du donneur de licences et d'autre part, elle se justifie par l'intérêt de ce dernier à ce que son savoir-faire ne soit pas divulgué sans son accord, à d'autres entreprises que celles qui ont été autorisées à l'utiliser".

Certes, on nous fera remarquer qu'en l'occurrence, il ne s'agissait pas d'une "communauté parfaite" dans la mesure où seuls les "renseignements utiles à l'application du procédé" sont mis en commun en ce y compris les brevets complémentaires que chacun des participants à l'accord pouvait prendre. Mais nous croyons que les principes évoqués par la Commission pour décréter que la clause dont il est question ne tombe pas sous le coup de l'application de l'article 85 alinéa 1 restent valables dans le cas où ces clauses sont reprises dans le cadre d'une "communauté parfaite".

Les clauses comportant le principe de la cession réciproque de licences complémentaires sont également admises à condition qu'elles ne soient pas exclusives (1).

Dans le cas de contrats d'échange de licences, les clauses visant à fixer des quotas de production entre participants, doivent être considérées comme n'ayant pas d'effet limitatif de concurrence, et donc, admis, en vertu de l'article 85 alinéa 1, pour autant que le but poursuivi se limite à l'amélioration de la production, cette amélioration étant dépendante de la mise en commun des brevets concernés (2).

Mais il y aura limitation de la concurrence au sens de l'article 85 si les participants à l'accord peuvent exploiter seuls et d'une manière aussi efficace, leurs propres brevets, et pour autant bien sûr qu'ils soient assez nombreux et importants pour que leur accord puisse influencer

(1) Voyez l'affaire Davidson-Rubber, point 9; voyez aussi les affaires Burroughs-Delplanque et Burroughs-Geha, décisions de la Commission du 22 décembre 1971, J.O. du 17 janvier 1972, pp. 50 et 53.

(2) Cette solution est inspirée de la solution allemande. Cfr. BOLLIG,

sensiblement le marché. Cette influence sera déterminée par la comparaison entre le marché de l'offre avant et après l'accord. Si l'écart entre les deux est sensible, l'accord sera déclaré, en vertu de l'article 85, sans effet.

Des clauses réglementant les quotités de production entre participants à un "patent-pool" ne seront pas considérées comme présentant une limitation de la concurrence, aussi longtemps que l'accord s'étend seulement à l'objet des brevets concernés et non aux produits de substitution et à condition que la mise en commun des brevets soit nécessaire pour obtenir une amélioration de la production.

Mais, en fait, très souvent, des conventions portant sur des quotas de production visent à organiser le marché entre les participants à l'accord. L'interdiction de l'article 85 s'applique à de tels accords, à condition qu'ils soient capables d'avoir une influence sur le marché à travers les limitations de la concurrence qu'ils contiennent (1).

Les clauses fixant le montant des redevances à payer par le licencié au titulaire du brevet ne présentent pas, en soi, de limitation de la concurrence.

Cependant, dans certains cas, la fixation des redevances pourra être un moyen de restriction de la concurrence.

Deux aspects sont à envisager : d'une part, la fixation des redevances à payer entre participants à l'accord et d'autre part, vis-à-vis des tiers.

Dans le premier cas, aussi longtemps que certains participants ne sont pas favorisés ou au contraire défavorisés, l'article 85 n'est pas applicable.

Quant aux clauses fixant les redevances dues par des tiers à l'ac-

(1) Pour déterminer si des accords visent réellement à organiser le marché, il faudra notamment tenir compte des autres clauses (répartition territoriale, exclusivité, etc...) ainsi que du nombre de participants.

cord, elles pourront souvent avoir pour effet de limiter leurs possibilités de concurrence, voire de les exclure pratiquement du marché concerné. Il est certain que dans ces cas, l'article 85 est applicable.

La notion de redevance doit être entendue au sens le plus large. Il s'agit non seulement du paiement de certaines sommes d'argent, mais également des multiples charges qui peuvent accompagner l'accord (1).

Les accords portant sur l'étendue du droit protégé sont, en principe, valables.

Néanmoins, s'ils visaient à limiter les possibilités de concurrence des tiers ou des participants (2) en attribuant au droit protégé une étendue différente de celle qu'il a objectivement (3) et que cette limitation avait une influence sensible sur le marché, l'accord tomberait sous le coup de l'interdiction de l'article 85 alinéa 1.

Le problème posé par le prix de vente du produit breveté est plus difficile à résoudre.

Le fait que la Commission, dans sa Communication du 24 décembre 1962 n'ait pas repris cette clause pourrait indiquer qu'elle a voulu se montrer plus sévère que la loi allemande (4).

Mais cela doit-il signifier que dans tous les cas, la Commission considère qu'un contrat comportant une telle clause tombe sous le coup de l'application de l'article 85 alinéa 1 ?

- (1) Telles, par exemple, l'obligation de céder les brevets de perfectionnement ou d'application, le know-how, certaines clauses d'approvisionnement, etc...
- (2) ou de certains d'entre eux.
- (3) Ceci vise aussi bien "l'étendue du domaine technique" que l'"étendue temporelle", c'est-à-dire que la clause ne peut pas "faire dire plus" que ce qui est contenu dans le brevet.
- (4) Voyez p. 22 et sv. ce que nous avons dit de l'article 20 de la GWB.

La jurisprudence américaine de son côté, condamne la fixation des prix par les communautés de brevets (1).

Certains auteurs prétendent que le prix imposé au licencié empêche celui-ci de vendre à un prix inférieur (2).

Il y a cependant un argument, qui nous paraît décisif, et qui permet de considérer que les clauses de fixation de prix tombent sous l'interdiction de l'article 85 alinéa 1. Il est tiré du fait que le Règlement n° 17 dans son article 4 §2 2° a) interdit implicitement ces clauses en accordant l'exemption automatique - sur base de l'article 85 alinéa 3 aux "accords, décisions et pratiques concertées visées à l'article 85 alinéa 1" auxquels ne participent que deux entreprises et qui ont seulement pour effet "de restreindre la liberté de formation des prix d'une partie au contrat" (3).

Les clauses de non-contestation du brevet seront en principe contraires à l'art. 85 al. 1 (4).

Les clauses d'interdiction d'exporter seront également contraires à l'art. 85 al. 1 et de même que, d'une manière générale, toutes les clauses qui ne sont pas couvertes par le brevet.

(1) Voyez par exemple, ce qu'en dit ALEXANDER (op.cit., p. 79) dans l'analyse qu'il fait de la jurisprudence antitrust américaine au sujet des communautés de brevets.

(2) Cfr. ALEXANDER, op.cit., pp. 319 et sv.

(3) Cfr. infra.

(4) Voir affaire DAVIDSON; le contenu du point 16 implique que la clause de non-contestation prévue initialement tombait sous le coup de l'article 85 alinéa 1.

C. Communautés valables sur base de l'article 85 alinéa 3.

Si les quatre conditions qu'il contient sont remplies, l'article 85 alinéa 3 permet à la Commission de déclarer inapplicable l'interdiction édictée par l'article 85 alinéa 3. Ce paragraphe donne ainsi à la Commission un rôle actif et positif à jouer dans "l'harmonisation des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté" (1).

La première condition stipule que l'accord (la pratique concertée ou la décision d'association) concerné doit contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir les progrès techniques ou économiques".

Comme l'écrit ALEXANDER (2), "ces effets favorables doivent présenter des avantages objectifs sensibles, de nature à compenser les inconvénients en résultant sur le plan de la concurrence".

Ces accords porteront souvent sur une spécialisation ou une répartition de la recherche ou de la production .

La deuxième condition exige que soit réservée aux utilisateurs "une partie équitable du profit qui en résulte". C'est par exemple le cas, lorsque l'accord a un effet favorable sur le prix, la qualité du produit ou de la distribution.

Néanmoins, et c'est la troisième condition, cet accord ne peut "imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs" (3).

(1) ALEXANDER, op.cit., p. 226.

(2) Op.cit., p. 226.

(3) La difficulté qui surgit immédiatement vient de la question de la détermination des restrictions "indispensables". Encore une fois, seule une analyse cas par cas permettra d'y répondre.

La dernière condition exige que ne soit pas donné "à ces entreprises, la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence".

Il est à noter que, jusqu'à présent, aucune exemption n'a été refusée pour cette raison.

La Commission peut accorder ces exemptions, soit par voie de décisions individuelles et ce, en vertu du Règlement 17, soit par voie réglementaire, en application du Règlement 19/65 qui instaure un système d'exemption par catégorie. Il prévoit notamment que peuvent être exemptés par catégorie, "des accords conclus entre deux entreprises et comportant des limitations imposées en rapport avec l'acquisition ou l'utilisation des droits de propriété industrielle ou "avec les droits résultant de contrats comportant cession ou concession de procédés de publication de la connaissance, relative à l'utilisation et à l'application de techniques industrielles" (1).

En cas d'exemption individuelle, le principe est l'obligation de notification de l'accord (art.4 §1 du Règlement 17).

Néanmoins, pour certains accords, l'article 4 §2 fait exception en les dispensant de la notification.

L'exemption est à durée déterminée et peut être assortie de conditions et de charges (Règlement 17, art. 8, alinéa 1.).

(1) Dictionnaire du Marché Commun, T. II., Concurrence, 101.

Il n'y a pas de restrictions qui, par leur nature, ne puissent faire, à priori, l'objet d'une exemption.

Pour pouvoir bénéficier de l'exemption automatique prévue au §2 de l'article 4 du Règlement 17, un accord (une décision d'association ou une pratique concertée) visé par l'article 85 alinéa 1 doit remplir les conditions suivantes :

- que seules deux entreprises y participent. C'est le cas d'un simple contrat d'échange de licences et parfois, d'un patent-pool devenu propriétaire des brevets, et qui accorde des licences (1), et ce, lorsqu'il se comporte d'une manière indépendante vis-à-vis de ses membres;
- les accords peuvent seulement avoir pour effet :
 - a) de restreindre la liberté de formation des prix ou de transaction d'une partie au contrat lors de la revente de marchandises qu'elle acquiert de l'autre partie au contrat (2)
 - b) d'imposer à l'acquéreur ou à l'utilisateur du droit de propriété industrielle (...) des limitations dans l'exercice de ses droits.

Cette dernière condition pose la délicate question de savoir quelles sont les limitations qui sont faites "dans l'exercice" des droits de propriété industrielle et celles qui ne le sont pas.

(1) Contra BRAUN..., op.cit., p. 231.

(2) Ce qui implique d'une part, que cela ne permette pas à la communauté - ou à ceux qui la dirigent réellement - de fixer le prix pour tout (ou presque) un secteur industriel et à condition aussi que le prix imposé ne soit pas tel qu'il exclut en fait les licenciés de toute concurrence réelle; et d'autre part, que le prix imposé ne porte que sur les produits brevetés et que ce ne soit pas un moyen d'imposer le prix de produits dont la fabrication n'est pas couverte par le brevet.

La Commission semble avoir une vue assez large (1), et, en fait, un simple rapport "indirect" (2) paraît suffir.

Il est certain qu'en cas de doute - et ce sera souvent le cas aussi longtemps qu'une jurisprudence importante et précise n'existera pas - il est préférable pour les entreprises de notifier leur accord afin de bénéficier plus sûrement de l'application de l'article 85 alinéa 3.

Le Règlement 19/65 met une double condition à l'exemption par catégories. Il exige d'une part, que seules deux entreprises participent à l'accord et d'autre part, que les limitations que celui-ci comporte soient en "rapport avec l'acquisition ou l'utilisation du droit de propriété industrielle".

Mais "il ne précise pas quelles sont les limitations qui peuvent être autorisées par la Commission" (3) pour qu'elles soient "en rapport avec l'acquisition ou l'utilisation..." (3).

En principe, toutes restrictions peuvent faire l'objet d'une exemption par catégories (4). Cependant, vu l'impossibilité qu'il y a de connaître le cas d'espèce, la Commission se montrera probablement plus prudente que lorsqu'il s'agit d'exemptions individuelles. C'est ainsi qu'on voit mal, par exemple, comment la Commission pourrait exempter des catégories d'accord contenant des clauses d'exclusivité (5).

(1) Voir "Guide pratique", p. 12

(2) Voir notamment BRAUN..., op.cit., p. 232.

(3) Voir BRAUN, ..., op.cit., p. 346.

(4) Idem.

(5) Voir ALEXANDER, op.cit., p. 340.

En ce qui concerne les communautés - et il s'agit bien du plus grand nombre d'entre elles - dans lesquelles plus de deux entreprises participent à l'accord, seule une notification, en application de l'article 4 §1. du Règlement n° 17 leur permettra de se prévaloir de l'article 85 alinéa 3.

Les clauses d'exclusivité, comme d'ailleurs celles de répartition sectorielle, pourront souvent bénéficier de l'application de l'article 85 alinéa 3. En effet, les observations sur lesquelles la Commission s'est basée, dans l'affaire DAVIDSON-RUBBER (1), pour admettre la clause d'exclusivité, nous paraissent pouvoir être généralisées à toutes les clauses d'exclusivité.

La Commission a reconnu en l'occurrence, que l'exclusivité pouvait "être considérée comme indispensable pour atteindre les objectifs favorables énoncés aux paragraphes précédents"

Et le fait d'être reprise dans un contrat passé dans le cadre d'une communauté de brevets de type différent de celui qui liait DAVIDSON à ses licenciés, ne nous paraît pas porter atteinte à la pertinence de l'observation faite par la Commission (2).

On constate en effet, que, très souvent, pour réaliser la coopération efficace indispensable à l'exploitation rationnelle de brevets, il faut un échange total de l'ensemble des connaissances techniques dans le domaine concerné (3), échange qui ne sera rendu possible que si les

(1) Voyez les n°s 13 et 14 de la décision.

(2) La seule différence qu'il y ait dans ce cas est une différence de degré de sévérité dans l'analyse que doit faire la Commission. Il y a moins de chance, à priori, qu'une clause d'exclusivité puisse être admise en cas de "communauté parfaite", mais cela ne porte en rien atteinte au principe.

(3) Non seulement les brevets, mais également le know-how, les secrets de fabrication...

participants ont confiance les uns dans les autres et ont l'assurance de voir rester entre eux ce qu'ils échangent (1). C'est à cela que doit servir la clause d'exclusivité. Il faut donc qu'il existe un lien entre la clause d'exclusivité et l'accord de collaboration technique.

Quant aux clauses de non-contestation de brevets, tout comme celles comportant l'interdiction d'exporter dans le territoire de l'autre, elles nous paraissent difficilement admissibles sur base de l'article 85 alinéa 3 (2).

(1) Pour cela, il ne doit pas y avoir de cession de licences à d'autres concurrents non-membres de la communauté.

(2) Voyez les points n^{os} 16 et 17 de la décision DAVIDSON.

CONCLUSIONS.

De l'analyse qui précède, nous pouvons tirer un certain nombre de conclusions.

Toute restriction de la concurrence contenue dans un contrat de licence et qui est "couverte" par le brevet, ou qui est en relation directe avec lui, est licite. C'est le détournement ou l'abus du privilège qui est interdit.

Une communauté de brevets ne tombe pas, en soi, sous le coup de l'interdiction contenue dans l'article 85 alinéa 1.

Si la mise en commun des brevets est indispensable pour des raisons techniques, et c'est le cas lorsqu'il s'agit de brevets interdépendants ou de brevets croisés, et que l'accord qui organise cette communauté contient des clauses qui restreignent la concurrence entre les participants ou/et entre ceux-ci et les tiers, et que ces clauses sont couvertes ou en relation directe avec le brevet, l'interdiction de l'article 85 alinéa 1 ne sera pas applicable à la communauté.

Si la communauté n'est pas justifiée par des raisons techniques - et c'est le cas lorsqu'elle porte sur des brevets indépendants ou concurrents -, ce qu'il importe surtout de déterminer, c'est la position qu'elle occupe dans le marché concerné.

Plus elle détient une position dominante, moins elle peut imposer de restrictions de la concurrence, même couvertes par le brevet.

En définitive, seule une analyse individuelle de chaque communauté, des circonstances dans lesquelles elle a été créée, des clauses qu'elle comporte, de sa position dans le secteur industriel concerné, du rôle économique des brevets mis en commun, des possibilités de substitution, permet de déterminer la validité, au regard de l'article 85 alinéa 1, de la communauté en question.

Les clauses d'exclusivité liées à celles de répartition territoriales, sont les plus suspectes et même interdites si elles prévoient l'interdiction d'exporter.

Lorsque l'analyse concrète de la communauté amène à conclure qu'elle tombe sous le coup de l'interdiction de l'article 85 alinéa 1, il faut voir si elle ne peut pas bénéficier de l'application de l'article 85 alinéa 3. L'idée de base de cet alinéa est d'éviter une condamnation trop absolue, sans recours, de tout accord qui porte atteinte aux principes contenus dans l'article 85 alinéa 1.

La Commission peut, en vertu de cette disposition, déclarer inapplicable l'interdiction édictée par l'article 85 alinéa 1. Elle le fait, soit par voie individuelle en vertu du Règlement n° 17, soit par voie réglementaire en application du Règlement n° 19/65.

Ce système permet donc beaucoup de souplesse. On peut néanmoins regretter que la Communication annoncée en 1962 par la Commission et donnant sa position vis-à-vis des communautés de brevets, ne soit pas encore élaborée.

Sa publication fournirait aux titulaires de brevets, de précieuses informations quant à la manière dont ils peuvent exploiter en commun leur privilège.

BIBLIOGRAPHIE.

- ALEXANDER, W., Brevets d'invention et règles de concurrence du Traité C.E.E., Bruylant, Bruxelles, 1971.
- ALEXANDER, W., Le principe de la territorialité du droit des brevets dans le Marché Commun, in Brevets et marques au regard du droit de la concurrence en Europe et aux Etats-Unis, pp. 93-99.
- BAUMBACH-HEFERMEHL, Wettbewerbs und Warenzeichenrecht, 8e éd.
- BOLLIG, Hans-Günter, Patentgemeinschaften im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Dissertation, Köln, 1967.
- BRAUN, A., GLEISS, A., HIRSCH, M., Droit des ententes de la C.E.E., Bruxelles-Paris, 1967, 446 p.
- CARDON de LICHTBUER, M., HEKERT, F., Evolution récente de la notion d'abus de position dominante dans la C.E.E., Document de travail C.R.I.D.E., n° 719.
- Colloque INDUSTRIE-UNIVERSITE, La propriété industrielle et le Marché Commun, Aspects économiques, 19-20 novembre 1965.
- DERINGER, A., Brevets et libre concurrence en droit national, in Brevets et marques au regard du droit de la concurrence en Europe et aux Etats-Unis, P.U.B., 1968, pp. 7-24.
- DESBOIS, Henri, Les rapports entre la propriété industrielle et le régime de la concurrence dans le Traité du Marché Commun, in Mélanges en l'honneur de P. ROUBIER, Tome II, pp. 425-437.
- FINGER, Peter, Patentschutz und EWG Kartellrecht, in W.U.W., 1968, pp. 2178-2179.
- FRANCESCHELLI, R., PLAISANT, R., LASSIER, J., Droit européen de la concurrence, Paris, 1966, 452 p.
- HAHN, Helmut, Kartellrechtliche Probleme bei Rücklizenzen Lizenztauschverträge und Patentgemeinschaften, in GRUR, 1968, pp. 406-413.
- HEFERMEHL, Wolfgang, Unternehmenszusammenschlüsse in Kartellrechtlicher Sicht, GRUR, 1966, pp. 651-660.
- HEPP, François, Les conventions de licence exclusive au regard des règles de la concurrence dans la C.E.E., in S.E.W., 1964, pp. 85-104.

- HIRSCH, M., Le principe de la territorialité du droit des brevets dans le Marché Commun, in Brevets et marques au regard du droit de la concurrence en Europe et aux Etats-Unis, pp. 104-109.
- LIEBERKNECHT, Otfried, Patente, Lizenzverträge und verbot von Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt/Main, 1953.
- MAGEN, Albrecht, Lizenzverträge und Kartellrecht, Heidelberg, 1963.
- MÖHRING, Philipp, Die kommende Kartellgesetzgebung und der gewerbliche Rechtsschutz, GRUR, 1951, pp. 218 et sv.
- MÖHRING, Philipp, Der gewerbliche Rechtsschutz und die kommende Kartellgesetzgebung, Festschrift für Rudolf ISAY, Köln und Berlin, 1956.
- MONNE, J., La portée de l'article 36 par rapport à l'article 85 du Traité de la C.E.E. concernant les contrats de licence de brevets, in S.E.W., 1964, pp. 181-184.
- MOUSSERON, J.-M. L'abus de monopole conféré par le brevet d'invention, in Etudes de Droit commercial à la mémoire de H. CAHILLAC, Paris, 1968, pp. 345-365.
- PLAISANT, R., Le principe de la territorialité du Droit des brevets dans le Marché Commun, in Brevets et marques au regard du droit de la concurrence en Europe et aux Etats-Unis, pp. 111-117.
- PLASSERAUD, Yves, HIANCE, Martine, Brevets et marques dans le droit européen de la concurrence, in Direction, 1968, pp. 1175-1179.
- SAINT-GAL, Yves, Aspect actuel de la réglementation de la concurrence et de la protection des droits de propriété industrielle dans le cadre communautaire européen, in Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1970, pp. 47-67.
- SAINT-GAL, Yves, Aspects actuels de la notion de marque et ses rapports avec la réglementation de la concurrence, in Ing.Cons., 1963, p. 49.
- SCHRANS, G., Les licences de brevets et les articles 36 et 85 du Traité de Rome, in Ing.Cons., 1964, pp. 233 et sv.
- SCHRANS, G., Accords de licences et droit antitrust, Document C.D.V.A., Liège, 1962.

SCHULTE, H-G., Lizenztauschverträge und Patentgemeinschaften im amerikanischen und im deutschen Recht, Athenäum Verlag, Frankfurt/Main, 1971.

TINBERG, Sigmund, Les contrats internationaux de licence de brevets et marques de fabrique à la lumière du droit antitrust américain, Document C.D.V.A., Liège, 1962.

VAN OMESLAGHE, P., L'évolution récente du droit européen des ententes à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice et des règlements, des décisions et des communications de la Concurrence de la C.E.E., in Recyclage de Droit commercial et économique, 1972, 82 p.

VERLOREN VAN THEMAAT, Die Bedeutung von art. 36 für die Kartellrechtliche Beurteilung von Patentlizenzverträgen nach art. 85 des EWG-Vertrages, in GRUR, Ausl., 1964, pp. 21-27.