


DIRECTEURS GÉNÉRAUX DE LA PUBLICATION :
ROBERT D. ANDERSON ET NANCY T. GALLINI

La politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle dans l'économie du savoir

The background of the cover features a grid pattern of thin, reddish-brown lines. Overlaid on this grid are several large, dark, irregular shapes that resemble stylized, jagged mountain peaks or abstract architectural forms. The overall color palette is muted, consisting of dark greens, browns, and greys.

**La politique de concurrence et
les droits de propriété intellectuelle
dans l'économie du savoir**

Les constatations et conclusions réunies dans cet ouvrage sont principalement le fruit de travaux réalisés par des chercheurs indépendants et quelques employés de l'État agissant à titre privé. Le projet a été élaboré et géré par le personnel d'Industrie Canada, lequel a aussi fourni une rétroaction constructive tout au long du déroulement des travaux. Néanmoins, la responsabilité ultime des études incombe aux auteurs et ne reflète pas nécessairement les positions ou les politiques d'Industrie Canada, du gouvernement du Canada ou des autres organismes auxquels sont affiliés les auteurs et les directeurs généraux de la publication.

Queen
HF
1414
-C6814
1998

DIRECTEURS GÉNÉRAUX DE LA PUBLICATION :
ROBERT D. ANDERSON ET NANCY T. GALLINI

La politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle dans l'économie du savoir

Documents de recherche d'Industrie Canada

Industry Canada
Library - Queen

SEP 15 1998

Industrie Canada
Bibliothèque - Queen

University of Calgary Press

© Ministère des Approvisionnements et Services Canada 1998

ISBN 1-895176-98-0

ISSN 1188-0996

University of Calgary Press
2500, University Dr. N.W.
Calgary (Alberta) Canada T2N 1N4

Données de catalogage avant publication (Canada)

Vedette principale au titre :

La politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle
dans l'économie du savoir

(Les Documents de recherche d'Industrie Canada, ISSN 1188-0996; v.9)

Publié aussi en anglais sous le titre : Competition Policy
and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy.

Comprend des références bibliographiques.

ISBN 1-895176-98-0

1. Concurrence.
2. Propriété intellectuelle.
3. Politique industrielle.
 - I. Anderson, Robert D.
 - II. Gallini, Nancy T.
 - III. Collection.

HF1414.C6714 1998

338.6'048

C98-910528-8

Tous droits réservés. On ne peut reproduire aucune partie du présent ouvrage, sous quelque forme ou par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique) sans autorisation préalable de l'éditeur. Toute demande de photocopie, d'enregistrement sur support magnétique ou autre ou de reproduction dans des systèmes de stockage et d'extraction d'informations relativement à une partie quelconque du présent ouvrage doit être faite par écrit auprès de la Canadian Reprography Collective, 379, rue Adelaide ouest, pièce M1, Toronto (Ontario) M5V 1S5.

SERVICES D'ÉDITION ET DE TRADUCTION : CIGC Services conseils inc.

MAQUETTE DE LA PAGE COUVERTURE : Paul Payer/ArtPlus Limited

Imprimé et relié au Canada

∞ Cet ouvrage est imprimé sur papier désacidifié.



Table des matières

PRÉFACE xi

1. POLITIQUE DE CONCURRENCE, DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET EFFICIENCE : APERÇU DES ENJEUX 1

ROBERT D. ANDERSON ET NANCY T. GALLINI

La nature et le rôle des droits de propriété intellectuelle 3

*Le rôle de la rivalité entre les entreprises comme moyen
de stimuler l'innovation et la diffusion de la technologie* 4

Les questions étudiées 6

Structure de l'ouvrage et aperçu des études 7

PARTIE I : PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, POLITIQUE DE CONCURRENCE ET EFFICIENCE ÉCONOMIQUE : LES ASPECTS STRUCTURELS 17

2. DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET POLITIQUE DE CONCURRENCE : CADRE D'ANALYSE DES QUESTIONS ÉCONOMIQUES ET JURIDIQUES 19

NANCY T. GALLINI ET MICHAEL J. TREBILCOCK

Introduction 19

*Les aspects économiques de l'interface propriété intellectuelle-
concurrence* 21

Le droit de la concurrence appliqué à la propriété intellectuelle 31

Analyse économique de certaines restrictions contractuelles 48

Conclusion 57

COMMENTAIRE 72

RICHARD GILBERT

3. PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE,
DIFFUSION DE LA TECHNOLOGIE
ET CROISSANCE DANS L'ÉCONOMIE CANADIENNE 77

DONALD G. McFETRIDGE

Introduction 77

Données empiriques sur la diffusion 82

Propriété intellectuelle et diffusion de la technologie 84

*Propriété intellectuelle et diffusion :
certains résultats empiriques* 89

Le Régime de licences obligatoires au Canada 92

Conclusion 111

COMMENTAIRE 123

F. MICHAEL SCHERER

4. EXAMEN DES ACQUISITIONS DE BREVETS
SOUS LA LÉGISLATION ANTITRUST :
DROITS DE PROPRIÉTÉ, LIMITES À L'ACTION
DES ENTREPRISES ET MODES D'ORGANISATION 131

ROBERT P. MERGES

Introduction 131

Structure industrielle et « portefeuille de brevets destructeur » 137

Droits de propriété intellectuelle et organisation de la production 138

Les nouvelles menaces 149

Conclusion 151

COMMENTAIRE 157

NEIL CAMPBELL

PARTIE II : PRATIQUES CONTRACTUELLES
ET MODALITÉS ORGANISATIONNELLES 161

5. ASPECTS ÉCONOMIQUES ET JURIDIQUES
DE LA VENTE LIÉE : JALONS POUR LE TRAITEMENT
DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE EN VERTU
DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE 163

WILLIAM F. BAXTER ET DANIEL P. KESSLER

Introduction 163

Aspects économiques des pratiques de vente liée :
recherche dans le domaine de l'organisation industrielle 166

La législation antitrust américaine régissant les pratiques de vente liée 172

Conclusion 177

COMMENTAIRE 182

RALPH A. WINTER

6. RESTRICTIONS AXÉES SUR L'EXCLUSIVITÉ
ET PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE 189

PATRICK REY ET RALPH A. WINTER

Introduction 189

Aspects économiques des restrictions axées sur l'exclusivité 196

Autres restrictions contractuelles 215

Le traitement juridique des restrictions axées sur l'exclusivité
aux États-Unis, dans la Communauté européenne et au Canada 219

Conclusion : conséquences pour les politiques canadiennes 225

COMMENTAIRE 236

MARIUS SCHWARTZ

7. COENTREPRISES DE RECHERCHE
ET AUTRES ENTENTES DE COOPÉRATION 241

SUZANNE SCOTCHMER

Introduction 241

*Les coentreprises de recherche en tant que fusions horizontales
sur les marchés de l'innovation* 243

*Les coentreprises de recherche en tant que fusions verticales :
l'innovation séquentielle* 250

Conclusion 252

Appendice 255

COMMENTAIRE 266

MICHAEL J. TREBILCOCK

8. INDUSTRIES DE RÉSEAUX, DROITS DE PROPRIÉTÉ
INTELLECTUELLE ET POLITIQUE DE CONCURRENCE 273

JEFFREY CHURCH ET ROGER WARE

Introduction 273

La concurrence dans les industries de réseaux 276

*Industries de réseaux, droits de propriété intellectuelle
et pouvoir de marché* 287

*Conséquences des externalités de réseau pour la conception
des droits de propriété intellectuelle* 291

*Le rôle des droits de propriété intellectuelle dans une industrie
de réseau d'importance capitale :
étude de cas de l'industrie du logiciel* 294

*Les questions de concurrence soulevées par les droits
de propriété intellectuelle dans les industries de réseaux* 306

COMMENTAIRE 343

JOSEPH FARRELL

PARTIE III : EXAMEN COMPARATIF
DES GRANDES QUESTIONS DE POLITIQUE 347

9. LA POLITIQUE DE CONCURRENCE,
LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
ET L'INTÉRÊT DU CONSOMMATEUR 349

DEREK IRELAND

Introduction 349

*Politique de concurrence, propriété intellectuelle
et intérêt du consommateur* 354

Complexité et diversité du point de vue du consommateur 362

Conclusion et programme de recherche pour les années à venir 375

Appendice A : Cadre analytique 379

Appendice B : Le consommateur et l'économie de l'information 385

*Appendice C : Sources possibles de débat et de friction concernant
les droits de propriété intellectuelle et l'intérêt du consommateur* 391

COMMENTAIRE 406

DENNIS A. YAO

10. STRATÉGIES D'APPLICATION DE LA LOI À L'INTERFACE
DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE ET
DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AUX ÉTATS-UNIS 411

WILLARD K. TOM ET JOSHUA A. NEWBERG

Contexte et principes fondamentaux 412

*Exemples typiques et énoncés de politiques de la période d'interdiction
- un nouvel examen* 415

Fondement doctrinal de chaque approche 422

Coûts et avantages de chaque approche 429

*L'approche des lignes directrices appliquée à certaines questions
soulevées par la législation antitrust* 435

Conclusion 450

COMMENTAIRE 470

WILLIAM F. BAXTER

11. DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET
SEGMENTATION DU MARCHÉ INTERNATIONAL DANS
LA ZONE DE LIBRE-ÉCHANGE NORD-AMÉRICAIN 475

ROBERT D. ANDERSON, PAUL M. FEUER, BRIAN A. RIVARD
ET MARK F. RONAYNE

Introduction 475

*Les répercussions économiques de la segmentation
des marchés internationaux à l'aide des DPI* 478

*La possibilité d'exclure des importations parallèles en vertu
des lois canadiennes et américaines sur la propriété intellectuelle* 488

*Politique de concurrence et traitement des restrictions contractuelles
au commerce international aux États-Unis et au Canada* 497

L'épuisement des DPI dans l'Union européenne 503

*Les options sur le plan des politiques :
l'application possible du principe de l'épuisement* 507

Conclusion 513

COMMENTAIRE 527

MARIUS SCHWARTZ

PARTIE IV : DISCUSSION EN TABLE RONDE ET CONCLUSIONS 533

12. TABLE RONDE SUR LA POLITIQUE DE CONCURRENCE,
LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
ET LES MARCHÉS DE L'INNOVATION 535

13. SOMMAIRE ET CONCLUSIONS 555

ROBERT D. ANDERSON ET NANCY T. GALLINI

Observations générales 556

Le traitement de certaines pratiques en matière de licences 558

Examen comparatif des enjeux et des questions de politique 560

Discussion en table ronde 562

LES AUTEURS 565



Préface

S'ASSURER D'UN TAUX ÉLEVÉ d'innovation et d'amélioration de la productivité est l'un des principaux défis qui guettent l'économie canadienne à l'approche du prochain siècle. Pour relever ce défi, il faudra notamment que la conception et l'application des politiques d'encadrement microéconomiques, comme dans les domaines de la concurrence et de la propriété intellectuelle, soient à jour et conformes à la pensée et à l'analyse économiques contemporaines. Ces politiques jouent un rôle de premier plan en fournissant un cadre à l'innovation et à la diffusion rapide des nouvelles technologies de l'information et elles sont particulièrement importantes dans le contexte des industries de réseaux et de l'économie du savoir de la fin des années 90.

L'application de la politique de concurrence aux droits de propriété intellectuelle et à l'innovation pose des défis très complexes pour les décideurs et les responsables de la réglementation. Si la politique de concurrence a traditionnellement cherché à maintenir la rivalité et à maximiser l'efficacité dans une perspective essentiellement statique, les spécialistes et les responsables de la réglementation reconnaissent de plus en plus qu'il faut tenir compte des effets dynamiques des politiques d'encadrement sur l'innovation et la diffusion des nouvelles technologies. Le présent ouvrage se veut une évaluation et une réflexion consacrées à l'application de la politique de concurrence à la propriété intellectuelle au Canada, en vue de contribuer à réaliser un équilibre approprié entre les stimulants à l'innovation et le maintien d'une saine rivalité entre les entreprises présentes sur les marchés des biens et des services.

Cette publication est le fruit d'un programme de recherche entrepris par le Bureau de la concurrence, en collaboration avec l'Office de la propriété intellectuelle du Canada et la Direction générale de l'analyse de la politique microéconomique, d'Industrie Canada. Il réunit dix études rédigées par d'éminents spécialistes du droit et de l'économie appliqués à la politique de concurrence et à la propriété intellectuelle provenant du Canada, des États-Unis et d'Europe ainsi que par des analystes à l'emploi du gouvernement qui ont acquis de l'expérience au sein des organismes chargés d'appliquer la politique de concurrence au Canada et aux États-Unis. L'ouvrage comprend en outre : i) des observations pénétrantes (et parfois dissonantes) faites par des commentateurs informés lors

d'un symposium organisé pour examiner les premières ébauches de ces études, à Aylmer, au Québec, en mai 1996, ii) le sommaire d'une discussion en table ronde qui s'est déroulée lors de ce symposium sur le thème « Politique de concurrence, propriété intellectuelle et marchés de l'innovation » et iii) une introduction et une conclusion rédigées par les directeurs de la publication. Cet ouvrage contribuera à une meilleure compréhension du rôle important que joue la politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle en vue de promouvoir une économie efficiente et innovatrice, au Canada comme à l'étranger.

La recherche présentée dans cet ouvrage a été planifiée et supervisée conjointement par les directeurs généraux de la publication, Robert Anderson, anciennement à l'emploi du Bureau de la concurrence et aujourd'hui conseiller à l'Organisation mondiale du commerce, à Genève, et Nancy Gallini, professeure et présidente du Département d'économique de l'Université de Toronto. Je voudrais profiter de cette occasion pour les remercier, de même que les auteurs et les commentateurs pour leur précieuse contribution à ce projet.

JOHN MANLEY
MINISTRE DE L'INDUSTRIE



Robert D. Anderson
Bureau de la concurrence
Industrie Canada, et
Organisation mondiale du commerce¹

et Nancy T. Gallini
Département d'économique
Université de Toronto

1

Politique de concurrence, droits de propriété intellectuelle et efficience : aperçu des enjeux

LA POLITIQUE DE CONCURRENCE et les droits de propriété intellectuelle (PI) sont des instruments essentiels des politiques publiques, qui permettent d'offrir des stimulants à l'innovation et à la diffusion rapide des technologies nouvelles. Plus précisément, les droits de propriété intellectuelle (DPI) – notamment les brevets et les droits d'auteur – visent à empêcher la copie à grande échelle de nouvelles inventions et de travaux créateurs, et à sauvegarder ainsi les rendements attendus des activités innovatrices. Par ailleurs, la politique de concurrence cherche à prévenir les pratiques commerciales restrictives qui compromettent la production et la diffusion efficaces des produits et des technologies. Le maintien d'un équilibre approprié entre la protection de la PI et la politique de concurrence revêt une importance cruciale pour assurer une incitation optimale à l'innovation et à l'efficience dans une économie fondée sur le savoir. Par conséquent, l'interaction entre ces deux instruments figure au cœur même du débat et des études scientifiques axés sur les politiques économiques dans les économies industrielles avancées²; c'est autour de cette question que s'articule le thème principal du présent ouvrage.

Le lien entre la politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle fut une préoccupation dominante dès les premières étapes de l'élaboration de la législation canadienne sur la concurrence³. La *Loi sur la concurrence* actuellement en vigueur renferme plusieurs dispositions traitant expressément de la PI⁴. De plus, les questions relatives à la PI et aux renseignements commerciaux exclusifs ont occupé une place prépondérante dans plusieurs poursuites récentes intentées en vertu de la *Loi sur la concurrence*⁵. Toutefois, aucun cadre analytique systématique n'existe pour l'application des dispositions statutaires pertinentes dans de telles poursuites.

Au cours des dernières années, les États-Unis et l'Union européenne ont émis de nouvelles lignes directrices concernant l'application de la politique de

concurrence dans le contexte des DPI⁶. Ces droits ont joué un rôle de premier plan dans plusieurs causes importantes dans ces pays⁷. Le Japon a aussi institué un ensemble de lignes directrices antitrust pour l'attribution de licences de technologie⁸. De plus, les politiques qui jouxtent l'interface de la politique de concurrence et des droits de propriété intellectuelle ont fait l'objet de délibérations à l'échelle tant multilatérale que régionale ces dernières années⁹.

L'interaction entre politique de concurrence et PI a servi de thème à un grand nombre d'études publiées dans les domaines de l'économie et du droit. Ces travaux donnent un aperçu utile des effets favorables et néfastes à la concurrence des modalités d'octroi de licences et d'autres aspects connexes du comportement des entreprises¹⁰. Mais, l'orientation optimale de la politique de concurrence à l'égard des droits de propriété intellectuelle fait toujours l'objet d'un vif débat entre théoriciens et praticiens de la politique de concurrence¹¹.

L'intérêt élevé que ce sujet suscite à l'heure actuelle parmi les universitaires et les responsables des politiques est le reflet de tensions importantes au niveau de la théorie économique. Les économistes reconnaissent maintenant que l'accumulation de connaissances et l'innovation sont essentielles non seulement à la croissance mais aussi au jeu de la concurrence dans une économie de marché¹². Tous s'entendent aussi pour souligner le rôle important que joue la rivalité entre les entreprises comme stimulant de l'innovation et de l'augmentation de la productivité. Toutefois, il y a un large éventail d'opinions en ce qui concerne la configuration précise du marché et les structures institutionnelles qui permettent de stimuler de façon optimale le développement et la diffusion des technologies nouvelles. L'influence qu'exerce l'organisation de l'entreprise (par exemple, le degré d'intégration verticale) et les conséquences des modalités d'octroi de licence sur le processus concurrentiel sont aussi des questions donnant lieu à un large débat¹³. Les positions adoptées par les théoriciens sur ces questions fondamentales pourraient avoir des conséquences importantes pour l'application de la politique de concurrence et d'autres politiques d'encadrement microéconomiques.

Sans prétendre résoudre toutes les questions théoriques sous-jacentes, le présent ouvrage vise à fournir des conseils pratiques sur l'application de la politique de concurrence dans le contexte des droits de propriété intellectuelle, en utilisant, en résumant et (s'il y a lieu) en étendant la portée de l'analyse empirique et des connaissances théoriques actuelles. L'ouvrage traite surtout des questions de concurrence liées aux brevets, bien que des aspects de l'analyse puissent s'appliquer à d'autres formes de propriété intellectuelle. Dans ce qui suit, nous présentons des renseignements pertinents sur les rôles respectifs de la concurrence et des droits de propriété intellectuelle par rapport à l'innovation et à la croissance, nous décrivons les principales questions abordées dans l'ouvrage et nous donnons un aperçu de son contenu.

LA NATURE ET LE RÔLE DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – brevets, marques de commerce, droits d'auteur, dessins industriels enregistrés, topographies de circuits intégrés, etc. – sont des éléments cruciaux pour stimuler l'innovation et la croissance dans l'économie d'aujourd'hui. En offrant une possibilité limitée d'empêcher d'autres personnes de profiter ou de jouir des avantages associés à des idées ou du matériel protégés, les DPI sont un stimulant vital à la recherche et au développement (R-D) qui rend possible la mise au point de nouveaux produits et procédés de fabrication et facilite la diffusion de technologies nouvelles et de travaux créateurs¹⁴. Les conditions précises de la protection varient en fonction du type de DPI¹⁵ considéré.

Les droits de propriété intellectuelle sont utilisés par les entreprises sur une grande échelle au Canada et dans d'autres pays où ils sont considérés comme des éléments d'actif stratégiques¹⁶. Toutefois, l'utilisation des DPI varie considérablement d'une industrie et d'une entreprise à l'autre¹⁷. D'autres éléments d'incitation, comme les avantages procurés aux premiers utilisateurs, qui existent indépendamment de la législation sur la PI, servent de complément au rôle de stimulant à l'innovation que joue la PI¹⁸.

Le cadre institutionnel et judiciaire régissant l'application (et l'annulation) des DPI est un facteur important qui influe sur leur impact global¹⁹. Aux États-Unis, les tribunaux ne protègent pas les intérêts d'un titulaire de brevet contre des actes de contrefaçon lorsqu'un brevet est exploité de façon « abusive ». Les critères de détermination d'une exploitation abusive comprennent, sans toutefois s'y limiter, les violations possibles de la législation antitrust. La portée du recours à l'argument de la violation présumée de la législation sur la concurrence (ou de toute autre utilisation abusive présumée) comme moyen de défense dans une poursuite en contrefaçon de brevets est beaucoup plus limitée au Canada²⁰. De plus, les poursuites en triples dommages-intérêts pour certaines infractions à la législation sur la concurrence sont possibles aux États-Unis, mais il n'existe pas de disposition semblable au Canada, ce qui a pour effet de limiter, pour une partie privée, l'incitation à invoquer une violation présumée de la loi sur la concurrence dans une poursuite en matière de brevets.

Récemment, un débat animé s'est engagé parmi les spécialistes de ces questions sur la durée et l'ampleur optimales (c'est-à-dire, la portée) des brevets et des autres formes de DPI²¹. La portée d'un brevet fait référence à l'éventail des produits qui pourraient lui porter atteinte. Plus la portée de la protection de la PI est vaste, plus il sera difficile pour les entreprises de mettre au point des inventions qui échapperont à son emprise et plus le détenteur des droits sera en mesure d'obtenir un rendement élevé. Manifestement, les préoccupations que soulève une portée exagérée pour les DPI, là où ils existent, accentuent la nécessité d'avoir des politiques de concurrence efficaces. De telles préoccupations semblent être particulièrement pertinentes dans le contexte des industries

de réseaux, où la combinaison de la protection conférée par la PI et d'importantes externalités (positives) liées à la taille d'un réseau peut engendrer un pouvoir de marché considérable²². Dans la majorité des cas, toutefois, il est peu probable que la simple présence de DPI contribue à conférer un pouvoir de marché important à leurs détenteurs²³ parce que l'« étendue » des produits couverts par un droit de propriété intellectuelle est habituellement plus restreinte que le « marché pertinent » dans l'optique de la politique de concurrence²⁴.

LE RÔLE DE LA RIVALITÉ ENTRE LES ENTREPRISES COMME MOYEN DE STIMULER L'INNOVATION ET LA DIFFUSION DE LA TECHNOLOGIE

DEPUIS LE TRAVAIL DE PIONNIER de Schumpeter dans *Capitalisme, socialisme et démocratie*, la recherche économique théorique a mis l'accent sur l'importance de la rivalité entre les entreprises dans le processus d'innovation. Schumpeter a soutenu que la concurrence au niveau de l'*activité innovatrice* était le fer de lance de l'économie capitaliste, mais il a aussi affirmé que l'exercice d'un certain pouvoir sur les marchés des produits était peut-être une condition nécessaire à cet égard²⁵.

Dans un ouvrage récent, Aghion et Howitt ont étendu la portée de l'analyse de Schumpeter, en soutenant que la concurrence sur les marchés des produits et au niveau des activités de R-D était probablement propice à l'innovation et à la croissance²⁶. Ce point de vue est fondé sur trois considérations. Premièrement, contrairement à ce qui se produit en situation de monopole, les efforts déployés par des entreprises concurrentielles au niveau de la R-D ne risquent pas de faire fondre (ou de « décimer ») les bénéfices tirés des produits existants²⁷. Deuxièmement, une concurrence plus intense sur le marché des produits, en rendant plus précaire la survie des entreprises, les incitera à innover de façon à acquérir (ou à préserver) une avance significative sur leurs rivales. Troisièmement, Aghion et Howitt affirment que les entreprises concurrentielles, parce qu'elles savent mieux s'adapter, parviendront probablement à déplacer plus rapidement des travailleurs vers les secteurs où les perspectives de développement et de commercialisation d'idées nouvelles sont les meilleures.

Cette évolution de la théorie met en relief une distinction importante, que l'on retrouve dans les écrits économiques récents, entre la concurrence sur les marchés des produits et l'activité innovatrice. La promotion de la concurrence sur les marchés des produits, qui était jusqu'à tout récemment le point de mire traditionnel de la politique de concurrence, n'assure pas nécessairement la présence d'une concurrence sur les *marchés de l'innovation*. Cette dernière notion, qui est mise en relief dans un document intitulé *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* que le gouvernement des États-Unis vient de

publier, met en cause « la recherche et le développement orientés vers certains produit et procédés nouveaux et améliorés, et des substituts immédiats pour ces activités de recherche et développement »²⁸. Cette démarche sert de complément à l'analyse traditionnelle du marché des produits, où l'on insiste sur le degré de concurrence réel et possible sur les marchés des produits finis et des services²⁹.

Les études empiriques corroborent l'importance générale de la rivalité entre les entreprises en tant que stimulant à l'innovation et à l'amélioration de la productivité, mais elles ne parviennent pas à établir un lien étroit entre le taux d'innovation et des structures de marché particulières³⁰. Toutefois, les travaux traitant de l'économie de l'entreprise appuient fortement la notion d'une corrélation positive entre la concurrence et l'activité innovatrice. Ainsi, Michael Porter a conclu que la rivalité entre les entreprises, notamment sur les marchés *intérieurs*, contribuait directement à la compétitivité internationale des entreprises d'un pays :

Le lien entre une forte rivalité sur les marchés intérieurs et la création et le maintien d'un avantage concurrentiel dans une industrie représente l'une des conclusions empiriques les plus solides de nos travaux de recherche. [...] La rivalité sur les marchés intérieurs engendre des pressions favorables non seulement à l'innovation mais à la mise au point d'innovations qui permettent d'améliorer les avantages concurrentiels des entreprises d'un pays³¹.
[Traduction]

Des conclusions semblables sont mentionnées dans l'étude de 1996 de la Federal Trade Commission des États-Unis, qui traite de la politique de concurrence et du nouveau marché mondial de la haute technologie (*Study on Competition Policy and the New High-Tech Global Market Place*). Les auteurs de l'étude affirment que les gens d'affaires ayant participé à l'étude avaient insisté sur le fait que la concurrence est un stimulant de premier plan à l'innovation et que l'innovation continue est un élément primordial de succès sur des marchés de plus en plus mondialisés³².

Dans ce contexte, le défi de la politique de concurrence est d'assurer le maintien d'un niveau élevé de rivalité entre les entreprises sur les marchés sans compromettre les pratiques commerciales qui sont normalement nécessaires pour atteindre des niveaux d'efficacité souhaitables. Dans les faits, la politique de concurrence de la majorité des pays industrialisés vise à offrir la marge de manoeuvre nécessaire pour l'établissement de modalités de fonctionnement efficaces entre les entreprises – par exemple, en accordant un traitement spécial aux coentreprises de R-D³³. L'application de la politique de concurrence dans le contexte des droits de propriété intellectuelle soulève toutefois des questions particulièrement difficiles – des enjeux sur lesquels nous nous penchons dans cet ouvrage.

LES QUESTIONS ÉTUDIÉES

LE PRÉSENT OUVRAGE VISE À EXAMINER LE RÔLE APPROPRIÉ de la politique de concurrence dans le contexte de l'exercice des droits de propriété intellectuelle et de l'activité innovatrice. À cette fin, il met l'accent sur plusieurs questions importantes que nous résumons ci-après.

Quel traitement la politique de concurrence devrait-elle accorder à certaines pratiques liées à l'attribution de licences et à la R-D ?

Les pratiques en matière de PI qui sont controversées dans le contexte des objectifs de la politique de concurrence peuvent être réparties en trois grandes catégories : 1) l'acquisition de brevets; 2) les transferts de technologie par l'intermédiaire de modalités d'attribution de licence; 3) les accords de collaboration entre des entreprises innovatrices. Ces pratiques soulèvent des préoccupations lorsqu'elles sont perçues comme des tentatives visant à étendre la domination commerciale en empêchant l'accès au marché, en supprimant l'innovation ou en demandant des prix excessifs par rapport à ceux que justifient les droits afférents au brevet. À divers degrés, toutefois, ces pratiques peuvent aussi favoriser l'atteinte d'objectifs légitimes sur le plan de l'efficacité. Plusieurs des textes publiés dans le présent ouvrage visent à aider les responsables de la politique de concurrence à trouver un juste équilibre entre les effets néfastes et favorables de ces pratiques dans le contexte de leur analyse de cas individuels.

La politique de concurrence devrait-elle tenter de corriger les niveaux excessifs ou insuffisants de protection que confèrent certains droits de propriété intellectuelle ?

Par exemple, la politique de concurrence pourrait viser à faire contrepoids à la forte protection offerte par la PI dans les industries de réseaux en imposant des contraintes rigoureuses aux pratiques restrictives liées à l'attribution de licences; par ailleurs, elle pourrait contribuer à compenser un faible niveau de protection en permettant aux entreprises d'imposer des restrictions privées dans les contrats de licence. Le défi dans ce cas consiste à déterminer si la politique de concurrence devrait viser à influencer sur l'activité de R-D de cette façon ou si elle devrait plutôt s'en tenir à des préoccupations non liées à la création d'innovations.

Enfin, les études réunies dans le présent ouvrage traitent d'un éventail plus vaste de questions liées à l'interaction de la politique de concurrence et de la propriété intellectuelle dans différentes sphères de compétence. Parmi les questions abordées figurent les suivantes : les avantages que pourraient com-

porter des lignes directrices sur le traitement de la propriété intellectuelle par la politique de concurrence, dans l'optique de l'incitation des entreprises à innover et à diffuser leurs technologies; certaines considérations liées à la protection du consommateur dans le contexte des technologies nouvelles; enfin, les répercussions de l'utilisation des brevets en vue de segmenter les marchés internationaux.

STRUCTURE DE L'OUVRAGE ET APERÇU DES ÉTUDES

LES ÉTUDES PRÉSENTÉES DANS CET OUVRAGE sont regroupées en quatre grandes parties :

Partie I : Propriété intellectuelle, politique de concurrence et efficacité économique : les aspects structurels

*Nancy T. Gallini et Michael J. Trebilcock,
« Droits de propriété intellectuelle et politique de concurrence :
cadre d'analyse des questions économiques et juridiques »*

Les auteurs de cette étude présentent un aperçu des principales questions économiques liées à l'interaction de la politique de concurrence et de la propriété intellectuelle au Canada. Plus précisément, les auteurs déterminent et évaluent certaines caractéristiques distinctives qui pourraient être invoquées pour justifier un traitement différent dans le contexte de la politique de concurrence. D'autres modalités d'encadrement de l'application de la politique de concurrence aux DPI y sont présentées. Les auteurs analysent aussi la législation et la jurisprudence ayant trait à certaines pratiques d'attribution de licences au Canada, aux États-Unis et dans l'Union européenne. Le cadre économique proposé est ensuite appliqué à divers exemples de poursuites en vertu de la loi sur la concurrence mettant en cause la propriété intellectuelle.

*Donald G. McFetridge,
« Propriété intellectuelle, diffusion de la technologie
et croissance dans l'économie canadienne »*

McFetridge examine dans son exposé les répercussions des droits de propriété intellectuelle sur la diffusion des innovations et il analyse le lien entre diffusion technologique et croissance économique dans l'économie canadiennes. L'auteur présente aussi une analyse de l'expérience du Canada avec les licences obligatoires comme instrument de promotion d'une diffusion rapide des technologies nouvelles.

Robert P. Merges,

« Examen des acquisitions de brevets sous la législation antitrust : droits de propriété, limites à l'action des entreprises et modes d'organisation »

L'auteur de cet exposé analyse plusieurs questions liées à l'acquisition et au transfert des DPI, en mettant l'accent sur les brevets et les droits d'auteur. Merges insiste sur les dangers que l'acquisition stratégique de brevets peut comporter sur le plan de la concurrence et sur les conséquences de la protection de la PI pour l'organisation de la production. Il met en relief le rôle de la politique de concurrence en tant qu'instrument important qui peut être utilisé pour neutraliser les effets de l'accumulation de brevets dans des circonstances appropriées.

Partie II : Pratiques contractuelles et modalités organisationnelles

William F. Baxter et Daniel P. Kessler,

« Aspects économiques et juridiques de la vente liée : jalons pour le traitement de la propriété intellectuelle en vertu de la politique de concurrence »

Les auteurs de cet exposé analysent les répercussions sur l'efficacité et la concurrence des accords de ventes liées qui mettent en cause des droits de propriété intellectuelle. Un accord de ventes liées existe lorsqu'un producteur subordonne l'acquisition d'un produit, le produit clé, à l'achat d'un autre produit, le produit lié. Les auteurs présentent leurs commentaires sur diverses justifications apportées aux modalités de ventes liées par ceux qui ont écrit sur le sujet, notamment l'utilisation de cette pratique comme moyen d'étendre la durée d'un brevet ou le créneau d'un produit.

Patrick Rey et Ralph A. Winter,

« Restrictions axées sur l'exclusivité et propriété intellectuelle »

Dans ce document, Rey et Winter présentent une analyse des modalités d'exclusivité dans les contrats de licence. Celles-ci peuvent comprendre des droits exclusifs à l'utilisation d'une technologie particulière, l'attribution de territoires exclusifs à certains détenteurs de licences, des clauses de licences en retour exclusives et des modalités commerciales exclusives. Ces pratiques deviennent une source de préoccupation lorsqu'elles favorisent une intensification de la domination commerciale en empêchant l'accès à un marché, en supprimant l'innovation ou en facilitant l'imposition de prix excessifs. Par ailleurs, ces pratiques peuvent favoriser, à divers degrés, l'atteinte d'objectifs légitimes sur le plan de l'efficacité. Les auteurs définissent divers critères qui peuvent aider à distinguer les effets néfastes des effets bénéfiques de ces pratiques.

Suzanne Scotchmer,

« *Coentreprises de recherche et autres ententes de coopération* »

L'auteur analyse l'application de la législation sur la concurrence aux coentreprises de R-D, les accords de concession réciproque de licences, la mise en commun de brevets et d'autres modalités à caractère horizontal – c'est-à-dire des accords conclus entre des entreprises qui, autrement, seraient en concurrence les unes avec les autres. À l'instar des auteurs d'autres études économiques publiées récemment sur le sujet, Scotchmer insiste sur le fait que le partage de renseignements technologiques et d'autres aspects connexes de ces pratiques peuvent simultanément stimuler l'efficacité et restreindre la concurrence. Elle analyse aussi plusieurs questions de politique et d'application de la loi en se référant notamment aux industries de la biotechnologie.

Jeffrey Church et Roger Ware,

« *Industries de réseaux, droits de propriété intellectuelle et politique de concurrence* »

Les auteurs de cette étude examinent l'interaction de la politique de concurrence et des DPI dans les industries de réseaux, où les questions de normalisation et de compatibilité technologiques sont importantes. Parmi ces industries, on compte celles des télécommunications, du traitement de l'information et du transfert électronique de fonds, où la protection de la PI a été élargie afin d'inclure les logiciels, les systèmes d'exploitation, les puces et d'autres technologies de l'information. Dans ces industries, un degré de collaboration entre les entreprises (par exemple, pour l'établissement de normes) peut s'avérer nécessaire afin d'assurer une prestation efficace des services. Mais il importe que cette collaboration n'aille pas jusqu'à favoriser la collusion ou entraver l'adoption de technologies plus efficaces. Les auteurs envisagent ces questions dans une optique positive mais ils en examinent aussi les aspects normatifs : dans quelles circonstances ces pratiques sont-elles efficaces et quand faudrait-il les décourager en faisant appel à la politique de concurrence ?

Partie III : Examen comparatif des grandes questions de politique

Derek Ireland,

« *La politique de concurrence, la propriété intellectuelle et l'intérêt du consommateur* »

L'auteur de cette étude s'interroge sur les conséquences de l'adoption d'une optique favorable au consommateur dans la conception des DPI et l'application de la politique de concurrence, notamment dans un contexte d'asymétrie de l'information. L'une des questions soulevées est celle de savoir si la politique

actuelle a pu intégrer efficacement les préoccupations des consommateurs concernant, entre autres, la sécurité et l'environnement. Ces questions sont particulièrement pertinentes dans le contexte de la biotechnologie. L'auteur souligne que, dans une certaine mesure, les responsables de la politique de concurrence peuvent tenir compte des préoccupations soulevées dans son exposé en faisant une interprétation plus large et plus souple des notions de bien-être du consommateur et de gains d'efficience productive.

*Willard K. Tom et Joshua A. Newberg,
« Stratégies d'application de la loi à l'interface de la politique
de concurrence et de la propriété intellectuelle aux États-Unis »*

Les auteurs de cette étude examinent les répercussions et les fondements logiques des lignes directrices en matière de concurrence appliquées à la propriété intellectuelle (*Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*) que le Département de la Justice des États-Unis et la Federal Trade Commission (FTC) ont émises récemment, ainsi que d'autres initiatives connexes à l'application de la politique antitrust. Ils présentent notamment des commentaires sur la notion de marché de l'innovation et sur d'autres stratégies servant à évaluer les effets concurrentiels des modalités d'attribution des licences de PI. Les auteurs analysent divers mémoires soumis lors des audiences récentes de la FTC sur la mondialisation et la politique antitrust, qui donnent un aperçu de l'interaction entre la politique de concurrence, la PI et les politiques économiques internationales.

*Robert D. Anderson, Paul M. Feuer, Brian A. Rivard
et Mark F. Ronayne,
« Droits de propriété intellectuelle et segmentation du marché international
dans la zone de libre-échange nord-américaine »*

Dans cette étude, les auteurs analysent l'utilisation des droits de propriété intellectuelle en vue de faciliter la segmentation des marchés au niveau international. Ils accordent une attention spéciale au principe de l'« épuisement », qui prévoit que les droits de propriété intellectuelle ne peuvent être utilisés pour restreindre le mouvement des biens à l'échelle internationale une fois qu'ils ont été légitimement mis en marché dans un pays. Les auteurs examinent aussi des questions liées aux accords de licence internationaux et aux transferts de technologie.

Chacune des études précitées est suivie d'un commentaire critique qui pousse plus loin l'analyse ou présente un point de vue opposé.

Partie IV : Discussion en table ronde et conclusions

« *Table ronde sur la politique de concurrence, la propriété intellectuelle et les marchés de l'innovation* »

Dans une quatrième partie qui donne un caractère unique à l'ouvrage, le lecteur trouvera un compte rendu d'une discussion en table ronde, lors de laquelle la plupart des auteurs et des commentateurs ont poursuivi l'analyse et le débat portant sur les questions abordées dans les divers exposés. Cette table ronde a donné lieu à des échanges animés concernant l'application optimale de la politique de concurrence dans les industries de l'information.

Robert D. Anderson et Nancy T. Gallini,
« *Sommaire et conclusions* »

Le dernier chapitre renferme les principales conclusions des diverses études ainsi qu'une analyse de leurs conséquences sur l'élaboration et la mise en oeuvre des politiques.

NOTES

- 1 Le travail de Robert Anderson a été réalisé en grande partie alors qu'il était à l'emploi du Bureau de la concurrence d'Industrie Canada.
- 2 La mise en application de la politique de concurrence dans le contexte des droits de propriété intellectuelle a constitué l'un des principaux thèmes d'une étude de vaste portée sur le rôle de la politique de concurrence dans le contexte économique actuel entreprise par la U.S. Federal Trade Commission en 1995-1996. Voir Federal Trade Commission, *Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High-Tech, Global Marketplace*, mai 1996. Voir aussi l'ouvrage collectif publié sous la direction de Thomas M. Jorde et David J. Teece, *Antitrust, Innovation and Competitiveness*, Oxford University Press, New York, 1992.
- 3 Les correctifs visant à tenir compte d'abus présumés en matière de DPI furent un élément central des modifications apportées en 1910 et en 1946 à ce qu'était alors la *Loi des enquêtes sur les coalitions*. Les questions liées à la PI figuraient aussi au centre des débats entourant les tentatives visant à apporter d'autres changements à la législation dans les années 70. Voir R. D. Anderson, S. D. Khosla et M. F. Ronayne, « The Competition Policy Treatment of Intellectual Property Rights in Canada: Retrospect and Prospect », dans *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, publié sous la direction de R. S. Khemani et W. T. Stanbury, Institut de recherche en politiques publiques, Halifax, 1991, chapitre 15, p. 497-538.
- 4 Pour un examen de la question, voir l'étude de Nancy T. Gallini et Michael J. Trebilcock, « Droits de propriété intellectuelle et politique de concurrence : cadre d'analyse des questions économiques et juridiques », chapitre 2 du présent ouvrage.

- 5 Voir, par exemple, *Canada (Directeur des enquêtes et recherche) c. The NutraSweet Co.* (1990) 32 C.P.R. (3d) 1 (Tribunal de la concurrence, le 4 octobre 1990); *Directeur des enquêtes et recherche c. The D&B Companies of Canada Ltd.* (Tribunal de la concurrence, le 30 août 1995).
- 6 Voir Département de la Justice des États-Unis et Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, Government Printing Office, Washington (D.C.), le 6 avril 1995; et Commission de la Communauté européenne, *Block Exemption Regarding Technology Transfer*, Bruxelles, le 31 janvier 1996.
- 7 Par exemple, dans la cause *Dell Computer Corp.*, la Federal Trade Commission (FTC) alléguait que Dell avait restreint la concurrence concernant certaines normes de conception des systèmes informatiques en menaçant d'exercer des droits de brevet. Dans la cause *Pilkington*, le Département de la Justice a accusé la société Pilkington, qui avait mis au point un procédé révolutionnaire de flottage du verre, d'avoir exercé un monopole sur le marché mondial du verre flotté par l'octroi de brevets et de licences qui avaient pour effet de limiter les territoires où les titulaires de licences pouvaient se concurrencer. Pour une analyse et des citations, voir Federal Trade Commission, *Anticipating the 21st Century*, *supra*, note 2.
- 8 Voir Hideki Ogawa, « New Technology Licensing Guidelines in Japan », *World Competition Law and Economics Review*, vol. 13, n° 2, décembre 1989.
- 9 L'Accord multilatéral sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) renferment tous deux de nouvelles dispositions importantes concernant la concurrence et la PI. En particulier, l'article 40 de l'ADPIC permet aux États membres d'adopter des mesures pour contrecarrer les pratiques restrictives en matière d'attribution de licence et il oblige les parties contractantes à accueillir de façon bienveillante les demandes de consultation par d'autres parties contractantes concernant les effets de ces pratiques dans des cas particuliers. Dans le contexte nord-américain, le chapitre 15 de l'ALENA prévoit que chacune des parties à l'accord adoptera ou maintiendra des mesures visant à contrecarrer de façon générale le recours à des pratiques commerciales anticoncurrentielles. Le chapitre 17 renferme des dispositions sans précédent relatives aux normes de protection. L'article 1704 de l'Accord précise que les parties peuvent adopter ou maintenir des mesures appropriées pour faire échec aux abus à caractère anticoncurrentiel des droits de propriété intellectuelle.
- 10 Parmi les apports classiques aux écrits dans ce domaine figurent ceux de William Baxter, « Legal Restrictions on the Exploitation of the Patent Monopoly: An Economic Analysis », *Yale Law Journal*, vol. 76, 1966, p. 267; Ward S. Bowman, *Patent and Antitrust Law: A Legal and Economic Appraisal*, University of Chicago Press, Chicago, 1973; Louis Kaplow, « Extension of Monopoly Power Through Leverage », *Columbia Law Review*, vol. 85, 1985, p. 15. On trouvera un survol utile des questions pratiques liées à la mise en application qui tient compte des perspectives théoriques des années 80 dans l'ouvrage de l'Organisation de coopération et de développement économiques, *Politique de concurrence et propriété intellectuelle*, 1989. Pour un aperçu des contributions théoriques récentes dans ce domaine, voir Gallini et Trebilcock, chapitre 2 du présent ouvrage.
- 11 Pour une analyse d'un large éventail d'opinions théoriques dans ce domaine, voir *Anticipating the 21st Century*, *supra*, note 2.
- 12 Howitt a fait remarquer que « l'essence même de la concurrence dans une économie libre n'a pas grand-chose à voir avec le fait que les entreprises prennent ou non les prix

- comme des paramètres, comme le suppose la théorie sur les prix. La concurrence vient plutôt du processus d'innovation qui est à l'origine de la destruction créatrice. Les entreprises qui réussissent à survivre ne réagissent pas aux difficultés en réaffectant des ressources et en manipulant les prix dans le contexte de paramètres techniques connus. Elles innovent en trouvant des façons inédites de réduire leurs coûts et d'ouvrir de nouveaux débouchés, ou de fabriquer des produits qui trouveront acquéreur même quand les temps sont difficiles ». Peter Howitt, « Croissance et savoir-faire : problèmes de quantification », dans *La croissance fondée sur le savoir et son incidence sur les politiques microéconomiques*, publié sous la direction de Peter Howitt, University of Calgary Press, Calgary, 1996, chapitre 1, p. 11-34.
- 13 Pour un survol utile de ces questions, voir A. L. Keith Acheson et Donald G. McFetridge, « Propriété intellectuelle et croissance endogène », dans *La croissance fondée sur le savoir et son incidence sur les politiques microéconomiques*, *ibid.*
- 14 *Ibidem*; Donald G. McFetridge, « Propriété intellectuelle, diffusion de la technologie et croissance dans l'économie canadienne », chapitre 3 du présent ouvrage.
- 15 Plus précisément, les brevets, qui constituent le principal sujet d'analyse du présent ouvrage, représentent un droit de propriété à l'égard de nouvelles inventions, au niveau des produits ou des procédés de fabrication. Ils permettent à leurs détenteurs (les titulaires de brevets) d'empêcher d'autres intervenants de fabriquer, d'utiliser ou de vendre l'invention pour une période pouvant aller jusqu'à 20 ans, à compter de la date du dépôt de la demande de brevet. En échange du droit d'exclusivité, le titulaire du brevet doit divulguer l'essentiel de son invention dans sa demande de brevet, permettant ainsi à d'autres de la copier au moment de l'échéance du brevet. Le droit d'auteur se distingue des brevets à bien des égards. D'abord, il s'applique à l'expression fixe d'une idée, et non à l'idée sous-jacente elle-même. Au lieu d'être obtenu par l'intermédiaire d'une demande officielle, le droit d'auteur voit le jour automatiquement lorsqu'une oeuvre est intégrée à un moyen d'expression physique. Il convient de mentionner deux autres types de droits de propriété intellectuelle. Premièrement, au Canada, la *Loi sur les topographies de circuits intégrés* protège la conception originale des semi-conducteurs en microplaquettes. Une loi semblable, la *Semiconductor Chip Protection Act*, existe aux États-Unis depuis 1984. La durée de la protection est de 10 ans. Deuxièmement, une autre loi spéciale – la *Loi sur la protection des obtentions végétales* – protège les nouvelles variétés de végétaux au Canada. Dans ce cas, la durée de la protection est de 18 ans. Enfin, il convient de souligner que la législation sur les secrets commerciaux fournit une certaine forme de protection de la propriété intellectuelle. Toutefois, contrairement à la protection conférée par les brevets, cette législation n'offre pas de protection contre une découverte indépendante d'un procédé ou d'une autre invention. Pour un examen utile du rôle et des caractéristiques distinctives des divers types de droits de propriété intellectuelle, voir Acheson et McFetridge, « Propriété intellectuelle et croissance endogène », *supra*, note 13.
- 16 Consommation et Affaires commerciales Canada, *La propriété intellectuelle et les intérêts commerciaux du Canada : rapport sommaire*, Ottawa, 1990.
- 17 John Baldwin, *The Use of Intellectual Property Rights by Economic Sector*, Industrie Canada, Document de travail, 1996.
- 18 Wesley M. Cohen et Richard C. Levin, « Empirical Studies of Innovation and Market Structure », dans *Handbook of Industrial Organization*, publié sous la direction de Richard Schmalensee et Robert D. Willig, 1990.

- 19 Gordon F. Henderson, *La propriété intellectuelle au Canada : contestation en justice, législation et formation – Une étude sur la propriété intellectuelle et les mécanismes de contestation en justice*, Consommation et Affaires commerciales Canada, Ottawa, 1991.
- 20 *Ibidem*; Henderson, Khosla et Ronayne, *supra*, note 3.
- 21 Pour un survol de cette documentation, voir Gallini et Trebilcock, *supra*, note 4.
- 22 Voir Jeffrey Church et Roger Ware, « Industries de réseaux, droits de propriété intellectuelle et politique de concurrence », chapitre 8 du présent ouvrage.
- 23 La notion de pouvoir de marché a trait à l'aptitude d'une entreprise (ou d'un groupe d'entreprises agissant de façon concertée) à maintenir les prix au-dessus des niveaux concurrentiels, sans subir une baisse de leurs ventes assez rapide pour rendre la hausse de prix non rentable. Le pouvoir de marché peut aussi se manifester par une incidence négative sur la qualité du service, l'innovation et d'autres variables pertinentes. Voir Directeur des enquêtes et recherche, *Fusionnements – Lignes directrices pour l'application de la loi*, mars 1991, p. 3.
- 24 Voir J. Paul McGrath, « Patent Licensing: A Fresh Look at Antitrust Principles in a Changing Economic Environment », *Patent and Trademark Review*, vol. 82, n° 9, septembre 1984, p. 355-365.
- 25 Joseph A. Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Dunod, Paris, 1959. Faisant écho à ce point de vue, Schumpeter affirme que la concurrence parfaite est non seulement impossible mais elle constitue un modèle de calibre inférieur, et il n'y a aucune raison de la présenter comme un modèle d'efficience optimale.
- 26 Philippe Aghion et Peter Howitt, « A Schumpeterian Perspective on Growth and Innovation », dans *Advances in Economics and Econometrics: Theory and Applications*, publié sous la direction de David Kreps et Ken Wallis, Cambridge University Press, Cambridge (en préparation).
- 27 Cet effet fut d'abord isolé par Kenneth J. Arrow, « Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention », dans *The Rate and Direction of Economic Activity*, publié sous la direction de Richard R. Nelson, Princeton University Press, Princeton, 1962.
- 28 Département de la Justice des États-Unis et Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines*, *supra*, note 6. Voir aussi Richard N. Gilbert et Steven C. Sunshine, « Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, n° 2, hiver 1996, p. 569-601.
- 29 Gilbert et Sunshine, *ibidem*.
- 30 Parmi les études pertinentes figurent celle de Cohen et Levin, *supra*, note 18, celle de M. Bailey et H. Gersback, « Innovation and the Nature of Competition », *Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics*, 1992, et celle de F. M. Scherer, « Schumpeter and Plausible Capitalism », *Journal of Economic Literature*, vol. 30, n° 3 septembre 1992, p. 1416-1433.
- 31 Michael Porter, *The Competitive Advantage of Nations*, Free Press, New York, 1992, p. 121. Porter établit aussi un lien explicite entre la nécessité d'une rivalité inter-entreprises et l'importance de la politique de concurrence. Il soutient qu'une politique antitrust rigoureuse est essentielle au taux de progression d'une économie.
- 32 U.S. Federal Trade Commission, *Anticipating the 21st Century*, *supra*, note 2.
- 33 Voir R. D. Anderson et S. D. Khosla, « La politique de concurrence en tant que dimension de la politique économique : une analyse comparative », Document hors-série n° 7, Industrie Canada, Ottawa, mai 1995.

REMERCIEMENTS

UN GRAND NOMBRE DE PERSONNES ont contribué à la production de cet ouvrage. Les directeurs de la publication désirent transmettre leurs remerciements aux auteurs et aux commentateurs, ainsi qu'aux personnes suivantes : Paul Feuer et Brian Rivard, du Bureau de la concurrence, pour leur précieuse collaboration au niveau de l'analyse des textes et des tâches de rédaction connexes; Denis Gauthier, Someshwar Rao et Gilles Mcdougall, de la Direction générale de l'analyse microéconomique d'Industrie Canada, pour leur excellente collaboration et leurs suggestions utiles tout au long du projet; Derek Ireland, anciennement du Bureau de la concurrence et maintenant du Bureau de la consommation, pour son appui au moment du lancement du projet; Claire Rock et Nicole Vézina, du Bureau de la concurrence, pour leur enthousiasme et l'efficacité des services de traitement de texte qu'elles nous ont fournis. Enfin, nous tenons à exprimer de façon toute spéciale notre gratitude à Val Traversy, ancien directeur général de la Direction de l'économie et des affaires internationales au Bureau de la concurrence, pour son appui inestimable, ainsi que l'encadrement et l'inspiration qu'il a su communiquer pendant toute la durée du projet.



Partie I

*Propriété intellectuelle, politique de concurrence
et efficacité économique : les aspects structurels*



Nancy T. Gallini
Département d'économie
Université de Toronto



Michael J. Trebilcock
Faculté de droit
Université de Toronto

2

Droits de propriété intellectuelle et politique de concurrence : cadre d'analyse des questions économiques et juridiques

INTRODUCTION

LES QUESTIONS DE DROIT ET DE POLITIQUE soulevées par la propriété intellectuelle ont retenu de plus en plus l'attention des responsables des politiques dans le monde. Les progrès modernes de la technologie ont fait apparaître des catégories de produits et de procédés qui présentent de nouveaux défis pour les autorités responsables des brevets et de la concurrence. En outre, les marchés ont eux-mêmes changé. Avec la suppression de nombreuses barrières au commerce, la survie sur des marchés mondiaux hautement concurrentiels dépend du développement ou de l'adoption de technologies de pointe. Cette évolution a rendu nécessaire une réévaluation des lois qui influent sur le développement et la diffusion des innovations – en l'occurrence les lois sur la propriété intellectuelle (PI) et les lois sur la concurrence.

Du point de vue de la maximisation du bien-être social, une tension inhérente existe entre la législation sur la concurrence et la législation sur les brevets, que Kaplow a décrite en ces termes : une pratique est habituellement présumée violer les lois sur la concurrence parce qu'elle est anticoncurrentielle. Mais l'objet même de l'octroi d'un brevet est de récompenser son titulaire en limitant la concurrence, en reconnaissant pleinement que les maux monopolistiques sont le prix que la société devra payer¹.

Cette tension découle du problème bien connu que posent les biens publics. La propriété intellectuelle englobe de l'information qui est un bien public : la consommation de l'information par l'inventeur n'empêche pas les autres de la consommer et, ainsi, en l'absence de droits de propriété, une innovation sera imitée. Reconnaisant le caractère de bien public que possède la PI, la législation sur les brevets accorde des droits de propriété intellectuelle (DPI) à l'égard des innovations; en l'absence de DPI, l'incitation à investir dans des innovations diminuerait. Cette législation reconnaît aussi que les avantages

dynamiques découlant des DPI engendrent un coût sur le plan de la répartition des ressources dans la mesure où l'utilisation de l'innovation sera sous-optimale : l'information est relativement peu coûteuse à transmettre et son prix efficient est par conséquent nul; par ailleurs, les droits d'exclusion permettent au titulaire du brevet d'établir un prix positif pour cette information, réduisant ainsi sa production et sa diffusion. En conférant des droits exclusifs mais de portée et de durée limitées à l'égard d'une innovation, un DPI accordé en vertu de la législation sur les brevets vise à réaliser un équilibre approprié entre ces préoccupations concurrentes².

La *Loi sur la concurrence* a un impact sur l'exercice des droits de l'innovateur – et, partant, sur sa rétribution – en restreignant certaines pratiques associées aux DPI. L'arbitrage entre l'efficacité dynamique et l'affectation efficiente des ressources qui sous-tend la législation sur les brevets s'applique aussi dans le cas de la législation sur la concurrence et, ici également, la tension entre les deux approches est évidente. En termes simples, la PI accordée vise à protéger les droits de propriété et, ce faisant, elle limite la concurrence. À l'opposé, la *Loi sur la concurrence* traduit généralement le principe selon lequel le bien-être des consommateurs est mieux servi en supprimant les obstacles à la concurrence. Mais cette vision à court terme qu'adoptaient antérieurement les responsables de la politique de concurrence a été remplacée par une vision à plus long terme qui reconnaît que le progrès technologique contribue au moins autant au bien-être social que la suppression des éléments d'inefficacité dans l'affectation des ressources découlant de prix non concurrentiels³. Par conséquent, on est de plus en plus disposé à restreindre la concurrence aujourd'hui afin de promouvoir la concurrence par l'intermédiaire de nouveaux produits et procédés demain⁴. Ainsi, les DPI et la politique de concurrence sont maintenant vus comme des moyens complémentaires d'atteindre l'efficacité dans une économie de marché⁵.

Le problème de la coordination de la politique en matière de brevets et de la politique de concurrence fait l'objet d'une analyse économique dans la section suivante. D'abord, nous examinons brièvement les travaux pertinents publiés sur la question des brevets et des licences, puis diverses propositions à caractère économique sur le traitement des DPI dans le cadre de la politique de concurrence, notamment en ce qui a trait aux contrats d'attribution de licences⁶ qui représentent la plus grande partie des causes impliquant les brevets et la concurrence⁷.

Nous passons ensuite à une analyse comparative des lois qui traduisent l'interface de la PI et de la législation sur la concurrence aux États-Unis, au Canada et dans l'Union européenne (UE), en cherchant à faire ressortir les principales similitudes et différences entre les divers régimes. Comme pour l'analyse économique, l'analyse juridique est axée sur les modalités de licence applicables à des innovations brevetées – tant les restrictions unilatérales imposées par une entreprise dominante (par exemple les prix imposés, les licences groupées, l'exclusivité, la concession de licences au retour, les redevances sur la production) que les ententes multilatérales entre concurrents (par

exemple la mise en commun de brevets et l'octroi réciproque de licences)⁸. Les analyses économique et juridique sont réunies dans une section subséquente où notre analyse économique est appliquée à des restrictions particulières en matière de licences et au traitement que leur réservent les responsables de la politique de concurrence. Nos conclusions viennent clore l'étude.

LES ASPECTS ÉCONOMIQUES DE L'INTERFACE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE-CONCURRENCE

COMME NOUS L'AVONS MENTIONNÉ DANS L'INTRODUCTION, le défi auquel font face les responsables des politiques est de coordonner les instruments relatifs aux brevets (portée⁹ et durée du brevet) et les instruments de la politique de concurrence (restrictions contractuelles) de manière à assurer une affectation efficiente des ressources en vue de la mise au point et de l'utilisation de nouveaux produits et procédés. Nous analysons ce problème après avoir fait un bref examen de la documentation économique consacrée à ces questions.

LA DOCUMENTATION ÉCONOMIQUE TRAITANT DE L'INTERFACE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE-CONCURRENCE

DEPUIS NORDHAUS¹⁰, UN CERTAIN NOMBRE D'AUTEURS ont examiné le problème décrit ci-dessus. Dans ce courant de la documentation, deux instruments du brevet sont envisagés¹¹ : la durée du brevet accordé et sa portée (son étendue). Si la durée du brevet établit la mesure dans laquelle les entreprises possèdent des droits exclusifs sur leurs propres inventions, la portée du brevet établit la mesure dans laquelle un pionnier possède des droits de propriété sur les inventions connexes. En d'autres termes, la portée du brevet précise jusqu'à quel point les imitations peuvent se rapprocher de l'innovation originale sans empiéter sur le brevet accordé. Si la portée du brevet est étroite, les entreprises peuvent alors mettre au point un substitut rapproché – par exemple, en apportant de petits changements à la composition chimique d'un médicament.

Tandon puis Gilbert et Shapiro¹² ont modélisé ce problème de planification sociale en deux étapes. Dans la première, le niveau ou le montant de la rétribution de l'innovateur est déterminé, tandis que dans la deuxième, le problème revient à mettre au point la structure de la politique relative aux brevets – c'est-à-dire la combinaison portée-durée du brevet qui engendre l'incitation nécessaire pour que s'effectue le niveau de recherche souhaité.

Leur modèle aboutit à un résultat frappant : la façon socialement efficiente d'optimiser la rétribution de l'innovateur est d'adopter une politique de en matière de brevets qui comporte une durée illimitée assortie d'une portée étroite¹³ qui, de fait, vient limiter la rétribution. Les deux études montrent qu'une faible réduction du prix de monopole du titulaire de brevet, compensée

par un prolongement de la durée du brevet qui préserve l'incitation qu'a l'entreprise à innover, contribue à améliorer le bien-être social. En d'autres termes, une réduction de la portée contribue davantage à réduire la perte sèche qu'à accroître les avantages qui reviennent à l'innovateur, ce qui favorise des brevets de longue durée mais de portée étroite.

Ces résultats ne sont toutefois pas robustes aux changements que l'on peut apporter à l'hypothèse de la concurrence sur le marché. Si l'innovateur fait face à la concurrence d'entreprises qui fabriquent leurs propres produits différenciés ou des imitations du produit breveté, comme cela est habituellement le cas, la politique optimale pourrait consister à assurer un important flux de bénéfices (un brevet de vaste portée) sur une courte période de temps.

À titre d'exemple, dans l'étude de Klemperer¹⁴, la portée est définie par l'ensemble des produits qui se rapprochent de l'innovation protégée par le brevet. Dans ce modèle, l'innovateur original établit le prix de manière à ce que les consommateurs achètent une certaine variété du produit, même s'ils peuvent passer à des variétés moins populaires à ce prix. Bien que les variétés moins populaires (ou les imitations) ne comportent aucun coût de développement dans ce modèle, les consommateurs doivent assumer un coût de transport lorsqu'ils achètent des produits inférieurs. L'équilibre du modèle réside dans le fait que les brevets de vaste portée ont pour effet de hausser les prix mais de réduire la perte sèche (relativement aux avantages) qui découle de la migration des consommateurs vers des produits inférieurs. Si les coûts de substitution sont semblables parmi les consommateurs, l'innovateur pourra alors établir un prix qui lui permettra de tenir à l'écart du marché les producteurs d'imitations inférieures, ce qui rend souhaitable des brevets de longue durée mais de portée restreinte. Mais si les consommateurs ont un prix d'acceptation identique pour la variété la plus populaire, alors des brevets de courte durée mais de vaste portée seront efficaces parce qu'un brevet de portée limitée entraînerait un coût social du fait du passage des consommateurs à d'autres marques.

Gallini¹⁵ étend l'analyse pour permettre que les rivaux réagissent à la politique de brevet en produisant des imitations. Comme dans les autres études, un brevet confère un monopole sur le médicament breveté pour une durée donnée. Même si la *reproduction* (par exemple la production du même médicament) est interdite au cours de la durée du brevet, les entreprises peuvent *imiter* un produit ou un procédé de telle manière que le résultat soit d'une certaine manière différent. Pour toute durée et toute portée d'un brevet, un rival peut soit attendre l'expiration du brevet pour commencer à fabriquer le produit soit tenter de développer son propre produit. Plus est longue la période qui doit s'écouler avant que le rival puisse utiliser l'innovation, plus grande est l'incitation à imiter. Il y aura une durée de brevet « critique » pour chaque niveau de coûts d'imitation qui entraînera l'entrée d'un premier rival. À mesure qu'augmente la durée du brevet au delà de ce seuil critique, d'autres imitateurs entreront, jusqu'à ce que les bénéfices attendus soient dissipés. En augmentant la durée d'un brevet, on se trouve donc à encourager l'imitation inutile; pour prévenir

cela, un brevet de vaste portée dont la durée est définie de manière à produire le rendement souhaité pour l'innovateur devient la politique optimale.

La politique de concurrence est absente de ces modèles ou, dans certains cas, elle est superflue puisque l'on peut modifier la portée du brevet. Ainsi, dans l'étude de Gilbert et Shapiro, la portée du brevet et la politique de concurrence sont des substituts parfaits pour limiter les bénéfices de l'innovateur durant chaque période : la portée du brevet est définie comme le bénéfice que l'on permet à l'innovateur de toucher (ou, de façon équivalente, le prix qu'il est autorisé à établir) pour chaque période. Ainsi, le niveau de bénéfice socialement efficient découlant de ce modèle peut être atteint soit en imposant une portée étroite soit en appliquant une politique de concurrence rigoureuse. Par contre, la substituabilité entre le brevet et la politique de concurrence n'est pas parfaite dans les études de Klemperer et Gallini, parce que le prix ne peut être contrôlé qu'indirectement en réduisant la portée de la protection offerte par le brevet. Mais toute tentative visant à abaisser le prix en réduisant la portée du brevet peut donner lieu à une imitation inefficace, ce qui laisse penser que les deux politiques sont nécessaires pour en arriver à une affectation efficiente des ressources consacrées à la mise au point et à l'adoption des innovations¹⁶.

En réalité, la politique en matière de brevets et la politique de concurrence sont des instruments complémentaires pour rétribuer l'innovateur de la façon la plus efficiente possible : la portée du brevet, en prévenant l'imitation et, la politique de concurrence, en influant sur le prix par l'intermédiaire des contraintes imposées sur les contrats de transfert de technologie. Green et Scotchmer¹⁷ reconnaissent cette distinction. Dans leur étude, l'incitation à effectuer de la recherche dépend non seulement de la politique en matière de brevets, mais aussi de la capacité des entreprises de collaborer grâce à des accords de concession de licences. Deux types d'accords de collaboration sont envisagés : 1) l'octroi de licences *ex ante* ou les coentreprises entre le pionnier et un innovateur subséquent, avant que soient faits les investissements en R-D à la seconde étape; 2) l'octroi de licences *ex post*, après qu'aient été faits les investissements à la seconde étape. La portée de la demande de brevet détermine s'il y aura octroi de licences *ex post* : si la portée du brevet demandé est étendue, l'« innovation » de seconde génération empiète sur le brevet et les entreprises concluent alors des accords de licence *ex post*; si la portée du brevet demandé est étroite, les deux entreprises se livrent alors concurrence sur le marché.

Une interaction subtile est perceptible entre la politique en matière de brevets et la politique de concurrence : la portée du brevet détermine le pouvoir de marchandage de l'innovateur dans ses négociations avec le preneur de licence. Ainsi, la portée du brevet et la politique de concurrence sont des instruments distincts ayant des impacts différents sur l'incitation à faire de la recherche et à transférer des technologies : l'une établit les « seuils de menace » ou le coût d'opportunité de conclure un accord de licence (c'est-à-dire si un rival pourra ou non lancer une imitation), tandis que l'autre définit l'ensemble réalisable de contrats légaux d'octroi de licences. Green et Scotchmer concluent

que, dans une situation où l'innovation est de nature séquentielle – c'est-à-dire où les innovations s'appuient les unes sur les autres – l'affectation optimale des ressources est garantie par une politique de concurrence qui permet les coentreprises et l'octroi de licences *ex post* et une politique en matière de brevets qui accorde un droit de vaste portée au premier innovateur.

Chang¹⁸ suit les traces de Green et Scotchmer en examinant la politique de prix optimale entre l'innovateur et les entrants potentiels pour différents régimes de brevets. Notamment, il envisage quatre cas où les brevets sont de portée vaste ou étroite et où la politique de concurrence est stricte ou permissive en matière de fixation des prix. Pour ces différents paramètres, Chang montre qu'une protection étendue devrait être accordée aux innovations qui ont soit une très grande valeur, soit très peu de valeur relativement aux améliorations subséquentes, tandis que la politique de concurrence devrait restreindre les pratiques de fixation des prix entre l'innovateur et les entrants de manière à réduire les stimulants à l'entrée inefficace d'imitateurs.

Si ces travaux éclairent la question, les résultats obtenus ne sont pas robustes et ne vont pas suffisamment loin pour proposer une politique de concurrence appropriée en matière de PI; ainsi, les travaux de Green et Scotchmer et de Chang se limitent aux coentreprises et à la fixation des prix¹⁹. Une préoccupation peut-être plus importante soulevée par cette analyse est la tâche redoutable que l'on confie à la politique de concurrence : en coordination avec la politique en matière de brevets, la première doit déterminer le flux des bénéfices tirés des brevets qui incitera l'entreprise à réaliser le niveau souhaité d'investissement en R-D. Dans un contexte de certitude technologique et commerciale et de faibles coûts de coordination, une telle tâche ne serait pas insurmontable. Dans un contexte moins idéal, cette tâche serait épineuse au mieux. Comme nous l'indiquons plus loin, l'analyse que renferment ces travaux représente une approche parmi plusieurs à la politique de concurrence qui devrait s'appliquer à la PI. Pour notre part, nous faisons valoir que, comparativement aux autres solutions où l'on met moins l'accent sur la R-D, la politique de concurrence à l'égard de la PI, telle que modélisée dans les travaux publiés, n'est ni pratique ni socialement efficace dans des situations plus complexes.

APPROCHES DIFFÉRENTES EN CE QUI A TRAIT AU TRAITEMENT DES DPI DANS LE CADRE DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE

NOUS DÉBUTONS NOTRE RECHERCHE d'une politique de concurrence efficace à l'égard de la PI en définissant trois effets que cette politique peut avoir sur le surplus social engendré par l'innovation. La politique de concurrence

- engendre des stimulants à l'innovation *ex ante*,
- influe sur les stimulants *ex post* au transfert de nouvelles technologies et de nouveaux produits et

- favorise la concurrence au niveau des prix sur les marchés des produits qui utilisent de nouveaux procédés et produits.

Ainsi, la politique de concurrence influe sur le bien-être par l'intermédiaire de ses effets sur la R-D, sur l'octroi de licences et sur les prix. Habituellement, la politique de concurrence s'intéresse au troisième de ces effets, à savoir les effets anticoncurrentiels sur les prix et la production. Nous faisons valoir ici que la politique de concurrence à l'égard de la PI devrait aussi s'intéresser aux effets favorables à la concurrence qui découlent de la diffusion – le deuxième type d'impact mentionné ci-dessus. Le rôle que devrait jouer la politique de concurrence en vue de promouvoir la R-D (le premier effet) est plus contesté, comme nous l'indiquons plus loin.

Les paramètres d'une politique de concurrence à l'égard des DPI

Compte tenu de ces observations initiales, nous croyons que les principes suivants devraient guider la politique de concurrence à l'égard de la propriété intellectuelle :

- P1 : On ne devrait pas présumer qu'un droit de propriété intellectuelle engendre un pouvoir de marché.
- P2 : La politique de concurrence devrait reconnaître les droits de propriété fondamentaux accordés en vertu de la législation sur les brevets.
- P3 : Une restriction rattachée à une licence devrait être autorisée si elle n'a pas un effet anticoncurrentiel par rapport au résultat que l'on obtiendrait en interdisant la licence; autrement, il faudrait évaluer les effets sur le plan de l'efficacité d'une éventuelle restriction touchant les prix et la diffusion de la propriété intellectuelle.

Le premier principe (P1) souligne le point important et largement reconnu selon lequel la portée d'un brevet n'équivaut pas à un marché où la concurrence est menacée; autrement dit, la plupart des produits et des procédés font face à un grand nombre de substituts. À titre d'exemple, dans une enquête menée auprès de détenteurs de licences, on a constaté qu'il n'y avait aucun proche substitut dans seulement 27 p. 100 des cas, tandis qu'il y avait plus de dix concurrents dans plus de 29 p. 100 des cas²⁰. On ne devrait pas supposer qu'un brevet confère un pouvoir de marché mais, le cas échéant, celui-ci n'enfreint pas les lois anti-monopole. Ce principe est conforme à celui qui sous-tend l'application générale de la politique de concurrence : le pouvoir de marché acquis grâce à des compétences supérieures, à la prévoyance et au travail assidu ne devrait pas être condamné²¹, bien que l'on puisse prévenir l'exercice anticoncurrentiel de ce droit.

Le deuxième principe fondamental (P2) n'est pas aussi simple qu'il paraît à première vue. Pour les innovations protégées par brevet, le droit des brevets assure l'existence de droits de propriété, tandis que la politique anti-monopole restreint l'exercice de ces droits. Ainsi, au Canada, ce principe figure au paragraphe 79(5) de la *Loi sur la concurrence* (les DPI font l'objet d'une exemption explicite des dispositions relatives à l'abus de position dominante); pourtant, on estime que les licences obligatoires ont un rôle à jouer lorsque l'exercice du droit de propriété soulève des préoccupations sur le plan de la concurrence.

Aux États-Unis, le droit qu'a l'innovateur d'empêcher les autres de fabriquer, d'utiliser ou de vendre l'invention, en vertu de la *Patent Act*, est respecté par les tribunaux antitrust. Cependant, au delà de ce droit de « refuser d'accorder une licence », il n'y a pas beaucoup de garantie explicite. À titre d'exemple, si le droit d'accorder une licence exclusive à l'égard de la totalité des droits est inhérent au brevet, ce droit ne permet pas l'attribution à quiconque ni ne permet de restriction partielle – par exemple le droit de fabriquer ou d'utiliser mais non de vendre, ou d'accorder une licence en imposant des restrictions sur le prix, la quantité ou l'utilisation. En outre, lorsque l'interdiction faite aux autres d'utiliser le droit de propriété accroît le pouvoir dominant sur le marché au delà de celui prévu par le droit des brevets, la politique de concurrence peut intervenir – par exemple lorsque des brevets sont accumulés aux fins de supprimer la concurrence. En d'autres termes, la reconnaissance de l'existence du droit ne signifie pas que l'exercice de ce droit échappera à la vigilance des responsables de la politique de concurrence.

Le troisième principe de base (P3) reconnaît les rôles que doivent jouer la politique de concurrence en vue de promouvoir la diffusion efficiente de la technologie et l'établissement des prix des biens qui utilisent cette technologie. À noter que le principe évalue l'impact d'une restriction rattachée à une licence par rapport à un cas de référence où la restriction est interdite. Ainsi, si le donneur et le preneur de licence étaient des concurrents horizontaux avant l'attribution de la licence, l'innovateur peut alors choisir de ne pas accorder de licence à son concurrent s'il lui est interdit d'imposer des restrictions par contrat. Dans ce cas, le scénario de référence utilisé pour comparer la licence est celui où aucune licence n'est accordée. Lorsque le transfert de la technologie engendre des avantages sociaux par rapport à l'exploitation exclusive du brevet, ce principe permet de telles restrictions, même lorsqu'elles ont des effets anti-concurrentiels.

Mais l'octroi de licences n'est pas toujours souhaitable socialement – par exemple, les « accords de licence factices » qui servent à transférer des technologies ayant peu de valeur uniquement aux fins de partager un marché entre des concurrents. Parmi les autres restrictions contestées, il y a celles visant à fermer le marché à des technologies concurrentes (accords d'exclusivité) et les mécanismes de mise en commun des brevets qui facilitent les cartels, à moins que la diffusion par ce moyen n'engendre des gains d'efficacité compensatoires et qu'on ne puisse concevoir un arrangement moins préjudiciable.

En outre, si la restriction liée à la licence n'est pas nécessaire pour favoriser la diffusion – dans le cas d'entreprises liées verticalement, par exemple – alors l'analyse serait semblable à celle qui s'applique aux cas qui ne font pas intervenir de PI : les effets anticoncurrentiels seraient évalués en fonction des avantages possibles sur le plan de l'efficacité afin de déterminer les mérites que pourrait avoir la restriction sur le plan social.

Bien que ces règles ou lignes directrices en matière de politique de concurrence reconnaissent explicitement les droits conférés par brevet et les avantages, sur le plan de la diffusion, associés à des restrictions particulières rattachées aux licences, ainsi que les effets défavorables éventuels au niveau des prix, elles ne précisent pas si la politique de concurrence devrait évaluer l'impact que peut avoir la restriction rattachée à la licence sur l'incitation à innover. Le rôle que devrait jouer la politique de concurrence en vue de promouvoir la recherche et le développement est plus contesté, comme il ressort des positions différentes adoptées par les auteurs qui ont contribué au présent ouvrage et des causes en justice que nous examinons plus loin. On peut adopter trois points de vue différents pour répondre à la question suivante : quelle importance devraient avoir les considérations relatives à la R-D dans les causes portant sur la concurrence?

Point de vue 1 : La politique de concurrence devrait intervenir pour corriger les excès ou les déficiences perçus dans la protection accordée à la PI en vertu de la politique en matière de brevets.

Cette vision découle de celle adoptée dans les ouvrages économiques résumés ci-dessus, à savoir que les deux politiques sont coordonnées de manière à produire les stimulants appropriés à la recherche et à l'utilisation la plus efficace possible des ressources de la société. De ce point de vue, la politique de concurrence intervient directement en vue d'assurer que l'innovateur reçoive un rendement adéquat sur son investissement en R-D. À titre d'exemple, si l'on juge que la politique en matière de brevets engendre une incitation inadéquate à la recherche, la politique de concurrence devrait être plus permissive; lorsqu'elle est trop généreuse et que les entreprises rivales ne sont pas incitées à innover, elle devrait intervenir au niveau de certains accords de licence.

Point de vue 2 : La politique de concurrence devrait déterminer si une licence réduit la concurrence sur les marchés de l'innovation.

Cette position fait écho à celle proposée en 1995 par le Département de la Justice et la Federal Trade Commission des États-Unis dans les *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (ci-après, *lignes directrices de 1995*)²² : les restrictions qui entravent l'innovation au niveau des produits et des procédés futurs – ou, pour reprendre les termes des *lignes directrices de 1995*, la

concurrence sur les « marchés de l'innovation » – devraient être interdites²³. Le marché de l'innovation est une notion prospective définie comme étant la recherche et le développement orientés vers des biens ou des procédés nouveaux ou améliorés et les proches substituts de ces travaux de recherche et de développement²⁴. Cette politique ressemble à la première dans la mesure où les considérations relatives à la R-D y sont prises en compte; cependant, l'accent est mis sur l'effet des restrictions contractuelles sur l'innovation future et non sur le rendement accordé aux efforts d'innovation passés. Plusieurs types d'arrangements seraient contestés selon cette approche : les fusions entre des entreprises capables de développer des technologies semblables; les restrictions liées à des accords d'exclusivité qui empêchent un détenteur de licence d'utiliser la technologie d'un donneur de licence rival et, enfin, les accords de mise en commun de brevets perçus comme pouvant supprimer l'innovation future.

Point de vue 3 : La politique de concurrence devrait déterminer si une licence réduit la concurrence éventuelle sur les marchés du produit ou de la technologie.

Contrairement aux deux approches précédentes, celle-ci s'appuie sur l'argument selon lequel la préoccupation première de la politique de concurrence ne devrait pas être la R-D, mais les effets que peut avoir un contrat sur la diffusion et le prix, au niveau de l'efficacité. Pour ce qui est des effets de la politique de concurrence mentionnés précédemment, cette approche met l'accent sur la création de stimulants aux transferts de technologie et sur l'assurance que les marchés de produits fonctionnent de façon efficace, en s'en remettant au droit des brevets pour ce qui est du problème de la création de stimulants à l'innovation²⁵. À noter que cette position, qui évite l'analyse du marché de l'innovation, ne s'appuie pas sur la doctrine plus classique de la « concurrence éventuelle ». Autrement dit, si une restriction rattachée à une licence est perçue comme ayant pour effet de réduire la concurrence éventuelle sur les marchés du produit ou de la technologie, elle devrait alors être interdite²⁶.

Comparaison des trois approches

Chacune des trois approches reçoit l'appui d'auteurs ayant contribué au présent ouvrage : les études de Church et Ware et de Merges favorisent la première; l'étude de Rey et Winter, la seconde et, enfin, celle de Scotchmer, la troisième. De fait, les trois points de vue peuvent être appropriés, selon les conditions particulières qui s'appliquent au marché ou à la technologie. À titre d'exemple, l'organisme responsable de la concurrence peut décider qu'il suivra de façon générale la deuxième ou la troisième approche dans la plupart des cas, tout en se ménageant la possibilité d'adopter la première s'il y a de fortes présomp-

tions que la protection de la PI est trop étendue et qu'elle entrave inutilement la concurrence.

En règle générale, nous recommandons que la politique de concurrence suive la troisième approche : cette politique de second rang offre l'avantage de répartir les responsabilités selon les avantages comparatifs des deux entités juridiques. La tâche confiée à la politique en matière de brevets est de définir les droits qui stimulent l'innovation (en termes de durée et de protection contre l'imitation); la tâche de la politique de concurrence est de prévenir le transfert et l'utilisation anticoncurrentiels de la technologie tout en respectant les droits exclusifs fondamentaux qui sont prévus dans la législation sur les brevets. De fait, cette politique influera sur le rendement global que touchera l'innovateur et, par conséquent, sur l'incitation à innover, mais la décision d'accorder la licence sera fondée sur les éléments d'incitation à consentir des licences *a posteriori*, et non sur les stimulant *ex ante* à l'innovation²⁷. Comme nous le montrons plus loin (dans la section consacrée à l'analyse économique), les tentatives faites par les responsables de la concurrence pour jouer un rôle plus direct en vue de garantir le rendement à l'innovateur ont engendré de la confusion au niveau des décisions rendues.

Même si les considérations relatives à la R-D ne sont pas explicitement prises en compte, comme il est recommandé dans la première approche, la politique de concurrence dispose d'un mécanisme interne permettant un ajustement précis de la politique en matière de brevets. Si la protection conférée par le brevet est faible, l'imitation est alors facilitée, ne laissant à l'innovateur qu'un pouvoir minimal sur le marché. À l'opposé, lorsque les brevets sont robustes et efficaces, les restrictions (telles que les arrangements restrictifs) seraient scrutées attentivement. En d'autres termes, dans la mesure où l'efficacité avec laquelle la politique en matière de brevets protège les droits de propriété est en corrélation avec le degré de pouvoir de marché acquis, une politique de concurrence qui est sensible au pouvoir exercé sur le marché peut indirectement « rajuster » la protection accordée en vertu d'un brevet.

De même, l'analyse classique axée sur la concurrence éventuelle semble permettre de répondre adéquatement aux préoccupations que soulève la seconde approche. À titre d'exemple, si des innovateurs rivaux visés par une restriction rattachée à une licence sont aussi des concurrents éventuels sur le marché du produit, alors l'effet négatif prévu au niveau des prix, sur le marché du produit, d'une réduction de la concurrence éventuelle pourrait suffire à interdire une restriction particulière sans faire appel à l'analyse du marché de l'innovation. Si des concurrents au niveau de l'innovation ne sont pas des concurrents sur le marché du produit, l'analyse de la concurrence éventuelle pourrait demeurer adéquate, contrairement à la recommandation faite par la Federal Trade Commission²⁸. Dans ce cas, le marché pertinent serait le marché de la technologie plutôt que le marché du produit. En d'autres termes, une réduction de la concurrence au niveau de l'innovation signifie une réduction de la concurrence éventuelle sur les marchés de la technologie et l'analyse

classique axée sur la concurrence éventuelle pourrait intervenir pour tenir compte des préoccupations soulevées par les restrictions contestées au niveau des licences²⁹.

En résumé, nous recommandons que les responsables de la concurrence n'accordent qu'une attention limitée aux effets sur la R-D des restrictions qui se rattachent aux licences. Des études économiques approfondies n'ont pas permis de révéler un lien causal entre l'innovation et la concurrence; il est donc peu réaliste de s'attendre à ce que les responsables de la politique de concurrence aient plus de succès en tentant de prédire le préjudice social qui pourrait découler de certains arrangements au niveau de l'activité innovatrice. De fait, l'incapacité d'en arriver à une prévision exacte pourrait entraver ou décourager l'innovation plutôt que la promouvoir³⁰. En outre, certaines restrictions, même si elles risquent de supprimer la concurrence au niveau des activités de R-D futures, peuvent être nécessaires pour inciter le titulaire du brevet à transférer l'innovation au départ (par exemple dans le cas des licences réciproques), rendant ainsi moins importantes les préoccupations à l'égard de la R-D future.

Quant à savoir si les considérations relatives à la R-D sont explicitement prises en compte par les responsables de la politique de concurrence, une distinction importante existe entre la PI et les autres formes de propriété, comme il ressort du cadre présenté précédemment : la PI peut être utilisée par de nombreuses personnes simultanément, contrairement aux biens matériels qui, une fois transférés, ne font que changer de main. Étant donné que le coût social du transfert des innovations est effectivement nul, il est socialement efficace que l'innovation soit librement accessible. Cependant, le titulaire d'un brevet peut hésiter à accorder des licences à ses concurrents à moins qu'il ne puisse imposer certaines restrictions à l'utilisation de l'innovation. Cette distinction pourrait justifier une application différente de la *Loi sur la concurrence* à la PI³¹.

Il importe de mentionner une deuxième distinction importante entre la PI et les autres formes de propriété parce qu'elle peut avoir des conséquences importantes aux fins de l'évaluation requise en vertu du principe P3 : dans de nombreux contrats de licence, la relation entre les parties est à la fois horizontale et verticale. Le donneur et le preneur de licence sont liés horizontalement s'ils avaient été en concurrence sur le marché du produit en l'absence de la licence; ils ont un lien vertical si la PI représente un intrant utilisé dans la fabrication du produit du preneur de licence. Des exemples d'une telle relation « mixte » sont présentés dans la section consacrée à l'analyse économique, plus loin dans l'étude.

Nous nous tournons maintenant vers un examen du droit des brevets et du droit de la concurrence ainsi que de la jurisprudence liée à la propriété intellectuelle au Canada, aux États-Unis et dans l'Union européenne.

LE DROIT DE LA CONCURRENCE APPLIQUÉ À LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

LE CONTEXTE JURIDIQUE AU CANADA

Aperçu

Au Canada, tant la *Loi sur les brevets* que la *Loi sur la concurrence* régissent l'exercice abusif des droits de brevet et prévoient des recours à cet égard³². Un troisième ensemble de dispositions législatives a aussi été utilisé à l'occasion dans des causes de PI, à savoir la doctrine de *common law* visant les pratiques commerciales restrictives³³. Comme aux États-Unis, les DPI étaient vus avec suspicion au Canada avant les années 80. Mais contrairement à ce qui s'est produit dans ce pays, cette méfiance s'est traduite davantage dans des efforts visant à légiférer pour limiter l'exercice des droits de brevet que dans la jurisprudence³⁴. Au cours des années 80, les autorités ont adopté une attitude plus positive à l'égard des DPI, reconnaissant leur importance pour la croissance économique du Canada et sa capacité de soutenir la concurrence sur les marchés mondiaux. La *Loi sur la concurrence* de 1986 ainsi que la politique récente en matière de brevets reflètent cette nouvelle vision. Compte tenu du nombre limité de causes entendues au Canada dans ce domaine, il est particulièrement important d'analyser les dispositions législatives.

La *Loi sur les brevets*

La *Loi sur les brevets* précise à la fois la durée et la portée des droits de brevet, elle restreint l'exercice du brevet et prévoit le recours à des licences obligatoires et le retrait des droits de brevet. Les pratiques qui constituent un comportement abusif en vertu de la *Loi sur les brevets* sont définies au paragraphe 65(2). Parmi ces abus, il y a l'incapacité de répondre adéquatement ou à des conditions raisonnables à la demande pour l'article breveté au Canada, le refus d'accorder une licence à des conditions raisonnables lorsqu'il est dans l'intérêt public de le faire et une entrave déloyale au commerce ou à l'industrie au Canada par le recours à des conditions de licence déloyales. Ces dispositions comportent l'examen de certaines restrictions « à la concurrence », par exemple les ventes liées ou les restrictions quant au champ d'utilisation lorsque ces restrictions visent à entraver de façon irraisonnable la fabrication, l'utilisation ou la vente de matières non brevetées³⁵. En outre, on peut demander l'émission d'une licence obligatoire en vertu de la *Loi sur les brevets* dans certains cas où une entreprise refuse d'accorder une licence. La responsabilité de superviser ces dispositions de la *Loi sur les brevets* est confiée au Commissaire des brevets et au Procureur général : toute personne peut déposer une requête auprès du Commissaire en faisant valoir qu'il y a eu abus. Si le Commissaire constate qu'il

y a eu abus, il peut ordonner que le titulaire du brevet accorde une licence, conformément à l'article 66.

La Loi sur la concurrence

La *Loi sur la concurrence* traite aussi des détenteurs de DPI soit en les exemptant de ces dispositions soit en veillant à ce qu'ils soient assujettis à la loi. Deux articles prévoient des exemptions particulières à certaines parties de la *Loi sur la concurrence*.

Premièrement, le paragraphe 77(5) crée une exemption à l'égard des dispositions relatives à l'abus de position dominante, qui figurent aux articles 78 et 79 de la *Loi sur la concurrence*. Cette exemption est limitée aux actes liés *uniquement* à l'exercice de tout droit ou à la jouissance de tout intérêt découlant des lois sur la PI. On ne devrait pas y voir une exemption générale : si l'exercice d'un DPI va au delà des fins envisagées dans ces lois, il peut y avoir infraction aux articles 78 et 79³⁶.

Deuxièmement, le paragraphe 86(4), qui traite des accords de spécialisation, prévoit une exemption spécifique à l'égard de l'examen prévu à l'article 45 (complots) et à l'article 77 (accords d'exclusivité) dans le cas des ententes qui, par exemple, limitent la production de manière à ce que les entreprises puissent soutenir plus efficacement la concurrence internationale, ou encore qui comportent l'attribution réciproque de licences ou la mise en commun de brevets. Ces ententes doivent d'abord être approuvées par le Tribunal de la concurrence, lequel peut imposer l'octroi généralisé de licences à l'égard de ces brevets dans l'ensemble de l'industrie comme condition d'enregistrement d'un accord de spécialisation.

Deux articles de la *Loi sur la concurrence* visent spécifiquement à faire en sorte que les détenteurs de PI soient assujettis aux dispositions de la loi. Premièrement, l'article 32 permet au Procureur général de présenter une requête à la Cour fédérale du Canada en vue d'obtenir diverses ordonnances remédiatrices afin de corriger les abus de DPI³⁷. Les pouvoirs de remédiation de la Cour fédérale sont étendus et englobent le pouvoir de révoquer le brevet, de déclarer nul l'accord contractuel ou encore d'imposer l'octroi obligatoire de licences³⁸. Il est important de noter, toutefois, que si l'article 32 traite explicitement des DPI, il n'a été que rarement invoqué³⁹. En outre, comme pour toute allégation d'abus en vertu de l'article 32, le Procureur général doit établir que les pratiques en question ont eu pour effet de diminuer *excessivement* la concurrence. Deuxièmement, l'article 61, qui interdit les prix imposés, renferme une disposition de « non-exemption » à l'égard des détenteurs de DPI, de sorte que s'ils tentent d'influencer les prix sur le marché en aval, ils peuvent s'exposer à des poursuites criminelles.

Outre la référence explicite aux DPI dans ces quatre articles, plusieurs autres articles de la *Loi sur la concurrence* renferment des dispositions qui

touchent l'exercice de ces droits, comme dans le droit antitrust aux États-Unis. Notamment, l'article 77 (restrictions verticales examinables) englobe les pratiques d'attribution de licences à l'égard de DPI, par exemple les ventes liées, les accords d'exclusivité et les restrictions de territoire/marché; l'article 75 traite des refus de vendre, qui peuvent s'appliquer au refus d'accorder une licence à l'égard de la propriété intellectuelle, tandis que l'article 45 traite des complots, qui peuvent entraîner des peines criminelles. Le détenteur d'une licence qui décide de contester un abus potentiel de DPI ne peut le faire directement qu'en vertu de la *Loi sur les brevets*. Les plaintes déposées en vertu de la *Loi sur la concurrence* doivent, dans la plupart des cas, l'être par l'entremise du Directeur du Bureau de la concurrence, bien que l'article 36 prévoit un droit d'action privé pour les dommages simples dans le cas d'infractions aux dispositions criminelles de la loi. Cela contraste avec la législation américaine, où la portée des actions privées est beaucoup plus grande.

PRATIQUES UNILATÉRALES LIÉES À L'ATTRIBUTION DE LICENCES PAR UNE ENTREPRISE DOMINANTE

Ventes liées et extension des DPI

La jurisprudence limitée rend une analyse détaillée du droit canadien à l'égard des ventes liées extrêmement difficile. Jusqu'à maintenant, il n'y a eu que quatre causes de vente liée où des accusations ont été portées. Seules deux de ces causes ont donné lieu à un procès et aucune n'a entraîné une condamnation.

Des plaintes en vertu de l'article 32 de la *Loi sur la concurrence* ont été déposées dans deux cas contre la société Union Carbide. Dans le premier cas, le détenteur de la licence utilisait des machines brevetées qui permettaient d'extraire un film de polyéthylène à partir de résine et il devait acheter la résine auprès du titulaire du brevet et d'un groupe donné de fournisseurs⁴⁰. Les détenteurs de licences étaient forcés de payer des redevances plus élevées s'ils importaient de la résine de polyéthylène d'autres fournisseurs. La Couronne a fait valoir que cette pratique entraînait une diminution excessive de la concurrence sur le marché de la résine. Dans le règlement intervenu, la société Union Carbide a convenu d'abandonner cette pratique. Dans le second cas, on a fait valoir que plusieurs pratiques de la même société impliquant des brevets pour des procédés et des machines servant à produire des films de polyéthylène étaient anticoncurrentielles. Ces pratiques englobaient notamment les redevances établies selon un barème dégressif que l'on estimait discriminatoire à l'égard des petits fournisseurs, le versement de redevances au delà de la durée du brevet, des restrictions relatives aux contestations de brevets, ainsi que des limitations quant au champ d'exploitation. La société Union Carbide a convenu de cesser toutes ces pratiques et la plainte a été retirée.

La première des deux causes portant sur une allégation de vente liée en rapport avec la PI qui se soit rendue jusqu'à l'étape du procès est celle visant la société NutraSweet⁴¹. NutraSweet a été accusée d'accorder aux acheteurs un prix moins élevé aux États-Unis, là où le brevet relatif à l'aspartame (un édulcorant artificiel) était encore en vigueur s'ils achetaient également leur aspartame de NutraSweet au Canada, où le brevet était expiré, ce qui avait pour effet de lier les ventes aux États-Unis et au Canada. Le tribunal n'a pas constaté la pratique présumée. La seconde cause qui portait sur la décision de prolonger un brevet – *Culzean Inventions Ltd. c. Midwestern Broom Company Ltd. et al.*⁴² – a été entendue en vertu des dispositions de la *common law* portant sur les pratiques commerciales restrictives. Dans ce cas, le titulaire du brevet avait tenté d'obtenir des redevances du détenteur de licence après l'expiration du brevet. Ce dernier a fait valoir que cette pratique était illégale et constituait une tentative visant à prolonger la durée du brevet. Mais comme l'accord avait été conclu librement entre les parties et que le plaignant n'a pu démontrer le « caractère excessif » de l'arrangement, le tribunal a conclu que les redevances n'enfreignaient pas la doctrine.

Refus d'accorder une licence

Le droit exclusif que possède le titulaire du brevet d'utiliser et d'exploiter l'innovation n'est pas reconnu aussi largement dans la *Loi sur les brevets* du Canada que dans la législation américaine. Les licences obligatoires sont un instrument qui peut être et qui a été utilisé si l'innovation n'est pas exploitée à un degré adéquat, notamment lorsque l'octroi de licences (à des conditions raisonnables) servirait l'intérêt public (ce qui englobe les avantages pour les consommateurs).

Les tribunaux ont jugé que les redevances étaient « excessives » en vertu de la législation sur les brevets si elles étaient si élevées que le brevet ne pouvait être exploité. Dans certains cas, cela a été interprété comme un « refus d'accorder une licence » et l'on a imposé l'octroi obligatoire de licences⁴³. Cette situation tranche nettement avec celle qui ressort de la jurisprudence américaine, où les tribunaux ont indiqué que l'innovateur n'avait pas à demander une redevance considérée acceptable par le détenteur de la licence⁴⁴. Au Canada, il n'est pas nécessaire de démontrer les effets sur la concurrence pour établir la présence d'un tel « abus » en vertu de la *Loi sur les brevets*. Il n'est pas clair que l'article 75 (le refus de fournir en vertu de la *Loi sur la concurrence*) s'applique aux DPI. Plus vraisemblablement, à moins que la pratique ne fasse partie d'un complot, les cas de refus d'accorder une licence ne seraient pas jugés en vertu du droit de la concurrence⁴⁵.

Restrictions visant le prix de revente

Il n'y a eu aucune cause portant sur des restrictions de prix à la revente de produits cédés sous licence, mais l'article 61 de la *Loi sur la concurrence* stipule clairement que la PI ne sera pas traitée différemment de toute autre forme de propriété.

Restrictions axées sur l'exclusivité

Restrictions territoriales

En ce qui a trait à la répartition internationale du territoire, les restrictions visant le territoire de production/vente accordé à un détenteur de licence étranger sont assujetties à la fois à la *Loi sur la concurrence* et à la *Loi sur les brevets*. La *Loi sur les brevets* permet au titulaire du brevet d'invoquer la contrefaçon lors de l'importation parallèle de biens intégrant la PI, tandis que la *Loi sur la concurrence* est l'instrument par lequel il est possible de contester les accords de nature territoriale. Il y a eu peu de causes portant sur l'importation parallèle de biens brevetés au Canada pour établir si des territoires exclusifs seront contestés, même si les causes portant sur les biens visés par des marques de commerce abondent, comme le précisent Anderson et coll. ailleurs dans le présent ouvrage⁴⁶. Le pouvoir que possède le titulaire du brevet de segmenter le marché international s'étend au marché intérieur. Dans le contexte de la segmentation tant du marché international que du marché intérieur, lorsque des restrictions territoriales imposées par de grands fournisseurs ont pour effet de réduire la concurrence, ceux-ci n'échapperont pas à l'application de la législation sur la concurrence et peuvent faire l'objet d'un examen individuel en vertu de l'article 77 de la *Loi sur la concurrence*⁴⁷.

Contrats d'exclusivité

Le transfert exclusif des droits de brevet n'est pas forcément une infraction en vertu de la *Loi sur les brevets* ou de la *Loi sur la concurrence*. À titre d'exemple, dans la cause *E. C. Walker and Sons, Ltd. c. Lever Bros Machine Corporation*⁴⁸, le tribunal a permis au titulaire du brevet de refuser d'accorder une licence parce qu'il avait déjà consenti une licence à l'égard de la machine brevetée sur une base exclusive. Cependant, puisque la *Loi sur les brevets* interdit la suppression des innovations, un contrat d'exclusivité, en particulier s'il vise un concurrent éventuel du donneur de licence, sera considéré suspect si le détenteur de la licence n'exploite pas l'invention, parce qu'une telle exclusivité pourrait supposer la cartellisation.

Accords d'exclusivité

NutraSweet est la seule cause entendue dans ce domaine⁴⁹; elle a abouti à un jugement d'abus de position dominante impliquant un accord d'exclusivité. Le Directeur a déposé une requête auprès du Tribunal en vue d'obtenir des ordonnances remédiatrices en invoquant que *NutraSweet* empêchait son concurrent de desservir le marché en accordant des rabais aux clients qui utilisaient le symbole *NutraSweet* (protégé par une marque de commerce), en application de la clause du client le plus favorisé et de la clause de l'offre concurrente dans les ententes conclues entre *NutraSweet* et ses clients⁵⁰. Le Tribunal a acquiescé à la requête du Directeur en affirmant que *NutraSweet* n'avait droit à aucune protection supplémentaire contre la concurrence au delà de celle que lui accordaient les brevets qu'elle avait obtenus et qui lui donnaient une avance considérable sur ses concurrents éventuels⁵¹; il a donc interdit le recours à des clauses d'exclusivité, à la clause du client le plus favorisé, à la clause de l'offre concurrente ou à toute clause connexe.

Ententes multilatérales : mise en commun et licences réciproques

La mise en commun de brevets qui ne contribue pas à une plus grande efficacité et qui a pour effet d'éliminer la concurrence entre les membres du groupe ou à fixer ou à restreindre les prix sera considérée au même titre que tout autre accord de collusion visant à supprimer la concurrence⁵². Au Canada, la seule cause horizontale portant sur des DPI horizontaux a été une tentative infructueuse de la part d'un contrefacteur présumé de faire déclarer qu'il y avait eu « usage abusif du brevet » en raison d'un complot⁵³. Contrairement à ce que l'on observe aux États-Unis, cette défense est rarement employée au Canada parce que les tribunaux considèrent que même si l'on constate un usage abusif du brevet, le brevet ne serait pas révoqué s'il avait été acquis légalement avant que soit commise l'infraction anticoncurrentielle; par conséquent, le tribunal permettrait au titulaire du brevet de conserver celui-ci⁵⁴.

LE CONTEXTE JURIDIQUE AUX ÉTATS-UNIS

Aperçu

Aux États-Unis, la législation sur les brevets et la législation antitrust définissent et régissent l'étendue des DPI. Le *Patent Code* de 1952 est une loi fédérale qui définit le droit inhérent au brevet comme étant le droit d'exclure les autres de la fabrication, de l'utilisation ou de la vente de l'invention partout aux États-Unis⁵⁵. L'exercice des DPI est assujéti au droit public et privé en vertu de deux

cadres juridiques – la doctrine de l'« usage abusif » inhérente au droit des brevets et les lois antitrust.

Les cas d'usage abusif des brevets se présentent lorsqu'un titulaire d'un brevet intente une action en contrefaçon de ses DPI et que la partie adverse fait valoir qu'il n'y a pas eu contrefaçon parce que le titulaire a fait un usage abusif du brevet, habituellement en infraction des lois antitrust⁵⁶. Si la défense a gain de cause, le brevet est annulé, supprimant ainsi la possibilité qu'il y ait eu contrefaçon. Bien que la jurisprudence antitrust ait influencé le droit dans ce domaine, l'usage abusif du brevet « lié à des pratiques anticoncurrentielles » a été démontré dans de nombreuses causes où les actes visés n'auraient pas, par ailleurs, enfreint les lois antitrust⁵⁷. En 1988, la *Patent Misuse Reform Act* a été adoptée; même si ce texte de loi ne résout pas le conflit, il vient ajouter le critère antitrust du pouvoir dominant sur le marché dans les cas de vente liée, en vertu de la doctrine de l'usage abusif du brevet⁵⁸.

Les dispositions des lois antitrust qui s'appliquent à l'exercice anticoncurrentiel des DPI sont les articles 1 et 2 de la *Sherman Act* et les articles 3 et 7 de la *Clayton Act*⁵⁹. Mais, il n'y a aucune référence explicite aux DPI dans ces lois. En appliquant le droit antitrust à la PI, les autorités chargées de faire respecter ces lois ont adopté deux principes qui découlent du droit exclusif accordé en vertu du *Patent Code*. Premièrement, le titulaire du brevet n'est pas obligé d'utiliser son innovation ou d'accorder une licence à l'égard de celle-ci. Deuxièmement, le titulaire du brevet peut accorder des licences exclusives pour des territoires particuliers aux États-Unis⁶⁰.

Outre les lois antitrust, la Federal Trade Commission (FTC) et le Département de la Justice des États-Unis ont publié des lignes directrices pour préciser la façon dont ils envisagent l'application de la loi dans le domaine de la PI. En 1988, le Département de la Justice a publié les *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (lignes directrices de 1988)⁶¹. Selon ces lignes directrices, le détenteur de la PI a « pleinement le droit » d'exploiter le pouvoir de marché que lui procure sa propriété intellectuelle à moins qu'un accord de licence ait vraisemblablement pour effet d'engendrer, d'accroître ou de faciliter l'exercice d'un pouvoir de marché au delà de ce qui découlerait de la PI elle-même. Les *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* publiées par le Département de la Justice et la FTC en 1995⁶² font écho aux trois grands principes qui sous-tendent les lignes directrices de 1988 : premièrement, la PI est comparable à toute autre forme de propriété; deuxièmement, les DPI ne supposent pas forcément qu'il y a un pouvoir de marché et, troisièmement, les licences octroyées à l'égard de la PI peuvent avoir des effets favorables à la concurrence, notamment lorsqu'elles sont combinées à des facteurs de production complémentaires. Contrairement aux lignes directrices de 1988, qui appliquaient les dispositions législatives relatives aux fusions à la plupart des accords de licence, les *lignes directrices* de 1995 prévoient une application beaucoup plus étendue de la loi à des pratiques particulières adoptées par les détenteurs de DPI, par exemple la répartition horizontale du marché, la fixation des prix et

les prix imposés. À cet égard, les *lignes directrices* de 1995 tentent de concilier l'approche du Département de la Justice et de la FTC et celle adoptée par les tribunaux.

Les *lignes directrices* de 1995 définissent une « zone de sécurité » à l'intérieur de laquelle les pratiques relatives à la PI ne seront pas contestées : un accord ne sera pas soumis à un examen si la restriction n'est pas en soi illégale et si les parties au contrat représentent, collectivement, au plus 20 p. 100 de chaque type de marché (technologie, produit, innovation) touché par la restriction. Ces accords seront assujettis à une analyse fondée sur le principe de la règle de raison. Par contre, les accords qui débordent de la zone de sécurité et qui n'ont aucun avantage sur le plan de l'efficacité seront contestés en vertu de la règle *per se* (par exemple les ententes fictives). Le premier scénario représente toutefois la majorité des cas⁶³.

Pratiques unilatérales d'octroi de licences d'une entreprise dominante

Application de la doctrine de l'usage abusif d'un brevet

Restrictions relatives à la vente liée et prolongement des DPI

De façon générale, lier deux produits ou refuser de les vendre séparément n'est illégal que si le vendeur possède un pouvoir sur le marché du produit clé ou si des effets anticoncurrentiels importants découlent du jumelage des produits. Historiquement, toutefois, on a souvent constaté que les liens, dans le domaine des brevets, comportaient un usage abusif du brevet même si aucune des conditions précédentes n'était vérifiée⁶⁴. Dans la cause *Motion Pictures Patents Co. c. Universal Film Manufacturing Co.*⁶⁵, la Cour suprême a invalidé la restriction applicable à la licence qui stipulait que seuls les films loués auprès du titulaire de brevet pouvaient être présentés avec le projecteur du titulaire du brevet. Ce jugement n'était pas fondé sur les lois antitrust mais, plutôt, sur la politique générale en matière de brevets qui interdit le recours à des exigences de jumelage pour étendre la portée du monopole conféré par le brevet. Ce raisonnement a été confirmé et appliqué dans un certain nombre de causes subséquentes où l'on a supposé qu'il y avait un pouvoir économique⁶⁶.

Des causes récentes ont par contre abouti à des résultats divergents. Le tribunal a adopté une approche permissive dans le jugement rendu en 1980 dans la cause *Dawson Chemical Co.*⁶⁷, mais en reconnaissant que l'usage abusif de la vente liée réduirait sensiblement l'incitation des entreprises à investir dans la recherche⁶⁸. À l'opposé, la plus récente cause portant sur des produits liés, même si le jugement ne vise pas des brevets/licences, renferme des éléments qui font écho à la position plus restrictive adoptée dans les causes antérieures. Dans la cause *Jefferson Parish*⁶⁹, le tribunal a confirmé le lien à l'unanimité, mais il

était divisé sur la façon de traiter généralement les produits liés. S'appuyant sur la jurisprudence, la majorité a affirmé qu'un lien devrait faire l'objet d'un traitement *per se* en raison du pouvoir de marché que suppose un brevet. Conformément à l'opinion courante, toutefois, la minorité a affirmé que cette opinion était erronée et que l'on ne pouvait présumer qu'il y avait exercice d'un pouvoir sur le marché⁷⁰. Bien que la loi demeure encore confuse sur cette question, on observe un consensus de plus en plus large parmi les économistes et les responsables des politiques à l'effet que l'existence d'un brevet ne doit pas mener inexorablement à la présomption d'un pouvoir de marché⁷¹.

Licences groupées et conditions rattachées aux redevances – Octroyer des licences pour un ensemble de produits ou fonder les redevances sur les ventes totales du détenteur de licence plutôt que sur l'utilisation d'un intrant visé par la licence sont d'autres formes de vente liée et plusieurs causes ont porté sur de telles pratiques. Lorsque l'octroi d'une licence est assujéti à l'acceptation d'un ensemble de produits de l'entreprise qui dispose d'un pouvoir sur le marché, l'accord peut être invalidé⁷². Cependant, lorsque l'accord a été conclu mutuellement pour l'une ou l'autre des raisons suivantes, une redevance fondée sur les ventes totales peut être autorisée : si la redevance représente la « méthode de paiement la plus pratique »⁷³; si elle évite une surveillance coûteuse de la production intégrant l'innovation⁷⁴; si le détenteur de la licence peut mettre fin à l'accord après l'expiration de certains des brevets⁷⁵ ou si le produit breveté est utilisé dans des proportions fixes avec d'autres intrants. Dans ses lignes directrices de 1988, le Département de la Justice a indiqué qu'il adopterait une position différente de celle des tribunaux en ce qui a trait à l'application des dispositions relatives aux accords de vente liée et, de façon générale, qu'il ne se préoccuperait pas de la méthode servant à mesurer les redevances rattachées à une licence⁷⁶. Cela dit, le règlement qu'a tenté d'obtenir le Département de la Justice dans la cause *Microsoft* indique qu'il ne tolère pas de tels accords par des entreprises dominantes lorsqu'ils sont perçus comme une tentative visant à fermer le marché à des concurrents. Dans cette affaire, le Département de la Justice a fait valoir que la redevance imposée par Microsoft sur les ventes totales d'ordinateurs avait pour effet d'interdire le marché à ses concurrents parce qu'un fabricant qui utilisait le système d'un rival devait verser des redevances tant à Microsoft qu'au concurrent. Une demande de décret de consentement qui aurait mis fin à cette pratique a d'abord été rejetée par le tribunal, mais a par la suite été approuvée⁷⁷.

Licences de retour – Une autre pratique qui a été interprétée comme une forme de vente liée dans les contrats de licence est l'inclusion d'une clause de licences de retour – une restriction par laquelle le donneur de licence exige que le preneur de licence lui transfère le brevet ou lui accorde lui-même une licence sur toute amélioration qu'il pourrait apporter à l'innovation originale. L'attitude adoptée par les tribunaux dans ce domaine a été beaucoup plus rigoureuse que celle du Département de la Justice. Dans la cause *TransWrap*⁷⁸, le détenteur de

la licence a refusé d'accorder des licences « en retour » à l'égard de ses brevets portant sur des améliorations aux machines originales. La Cour suprême s'est prononcée contre le donneur de licence en précisant que la licence de retour créait un « double monopole » et elle a exprimé sa crainte que les fruits de l'invention d'une industrie toute entière puissent être systématiquement canalisés entre les mains du titulaire du brevet original⁷⁹. À l'opposé, le Département de la Justice considère les licences de retour comme un arrangement qui peut favoriser l'innovation et l'octroi subséquent de licences à l'égard des fruits de l'innovation⁸⁰. Cependant, les *lignes directrices* de 1995 renferment une mise en garde contre de telles modalités si elles réduisent l'incitation à la recherche parmi les concurrents ou si la rivalité sur les marchés de l'innovation s'en trouve limitée.

Application des lois antitrust

Refus d'accorder une licence

Les tribunaux ont généralement reconnu, dans leurs jugements, que le titulaire d'un brevet n'était pas obligé d'utiliser son brevet ou de le céder sous licence à d'autres⁸¹. Mais ce point de vue n'a pas échappé à la contestation. Ainsi, en 1975, la FTC a déposé une poursuite contre la société Xerox en faisant valoir qu'elle avait refusé d'accorder des licences pour ses télécopieurs à haute vitesse utilisant du papier ordinaire. Dans le cadre du règlement à l'amiable qui est intervenu, Xerox et ses partenaires étrangers dans cette coentreprise ont été obligés de céder sous licence la technologie et le savoir-faire connexe aux États-Unis⁸².

Si le refus d'accorder une licence à d'autres parties est perçu comme faisant partie d'un complot entre le donneur et le preneur de licence⁸³, ou qu'il sert à imposer des restrictions illégales à l'égard des preneurs de licence (par exemple un prix imposé), il sera contesté. De façon plus générale, des concurrents ne peuvent refuser d'accorder des licences ou s'abstenir d'exploiter un brevet dans le cadre d'un complot ou d'un accord anticoncurrentiel⁸⁴. De tels refus d'accorder des licences sont souvent la conséquence d'accords de licence exclusive, dont nous traitons ci-après.

Restrictions relatives au prix de revente

Dans la cause *United States v. General Electric Co.*⁸⁵, la Cour suprême a jugé que le titulaire d'un brevet devait avoir la possibilité d'imposer des restrictions de prix raisonnables au détenteur de la licence afin de pouvoir réaliser les bénéfices qu'il obtiendrait s'il fabriquait exclusivement le bien et de s'assurer qu'il tirera une rétribution pécuniaire de son monopole⁸⁶. Depuis cette cause, les tribunaux ont adopté une position plus stricte à l'égard des restrictions de prix imposées en rapport avec la PI. Quinze ans plus tard, la Cour suprême, dans la

cause *Univis Lens*⁸⁷, a statué que les droits de brevet d'*Univis* étaient épuisés après la première vente de ses lentilles, rendant illégales d'autres restrictions relatives aux prix en vertu de l'article 1 de la *Sherman Act*. Le tribunal a établi une distinction avec la cause *General Electric* parce que le détenteur de la licence dans la cause *Univis Lens* n'était pas un producteur de l'innovation. Dans les causes ultérieures où les restrictions de prix ont été interdites, les tribunaux ont aussi établi une distinction avec la cause *General Electric* en invoquant divers motifs et en soulignant que le preneur de licence n'était pas un fabricant du produit⁸⁸, qu'il y avait de multiples licences⁸⁹, qu'une grande partie des entreprises de l'industrie détenaient des licences⁹⁰, que la restriction de prix visait un produit non breveté fabriqué à l'aide d'un procédé breveté⁹¹ et que le donneur et le preneur de licence s'étaient accordés réciproquement des licences à l'égard de brevets concurrents⁹². En dépit de cette série de jugements négatifs sur les restrictions relatives au prix de revente, la cause *General Electric* pourrait réapparaître comme précédent dominant si les tribunaux assouplissent leur position à l'égard des prix imposés pour des produits non brevetés⁹³.

Restrictions relatives à l'exclusivité

Territoires exclusifs – La restriction relative aux « territoires exclusifs » est une contrainte verticale qui limite l'étendue du territoire où le détenteur de la licence peut produire et vendre le produit. Elle comporte habituellement une restriction visant le donneur de licence, qui ne peut accorder de licences à d'autres pour ce territoire particulier, ainsi que le détenteur de la licence, qui ne peut étendre ses activités à l'extérieur de la zone désignée. Une restriction semblable est celle ayant trait au « champ d'exploitation », par laquelle la licence accordée ne porte que sur un usage particulier de l'innovation ou sur un marché donné de celle-ci⁹⁴.

Le *Patent Code* reconnaît explicitement le droit d'établir des restrictions territoriales dans les accords de licence et de sanctionner ces restrictions au moment de la première vente du produit. Mais après que le produit ait fait son entrée sur le marché américain, il n'est plus légal, en soi, pour un détenteur de DPI d'utiliser son droit de brevet afin de limiter le commerce de son produit⁹⁵. Même à cela, les restrictions territoriales peuvent être autorisées en vertu du principe de la règle de raison⁹⁶. En outre, les autorités ont fait preuve d'une certaine souplesse à l'égard des restrictions territoriales internationales visant à prévenir l'importation de biens brevetés aux États-Unis en provenance d'autres pays (importations parallèles)⁹⁷, notamment lorsqu'ils sont vus comme une façon d'assurer la rétribution pécuniaire du monopole que confère le brevet⁹⁸.

De façon plus générale, les lignes directrices de 1988 précisent que si le donneur de licence n'a pas l'obligation de créer un marché concurrentiel pour sa propre technologie, l'attribution de territoires exclusifs pourra être contestée lorsque le détenteur de la licence est un concurrent ou un concurrent éventuel, que les marchés sont concentrés ou que les barrières à l'entrée sont élevées. De

même, dans le cas des biens non brevetés produits à l'aide de procédés brevetés, les licences qui renferment des restrictions relatives à des territoires exclusifs seront examinées dans le contexte de la règle de raison⁹⁹.

Contrats d'exclusivité – Dans un contrat d'exclusivité, le titulaire du brevet s'engage à ne pas accorder de licence à l'égard du brevet à une autre personne que le preneur de licence. Si le titulaire du brevet a le droit exclusif de transférer son innovation, l'identité du preneur de brevet est importante pour assurer la légalité du transfert. Si ce dernier est un concurrent, le transfert est considéré comme l'acquisition d'un élément d'actif et, en conséquence, il sera évalué à la lumière des lignes directrices sur les fusions¹⁰⁰. En outre, l'article 2 de la *Sherman Act* peut entrer en jeu si l'entreprise pratique une politique d'acquisition de licences exclusives dans un domaine pour ensuite s'abstenir d'exploiter les brevets.

Accords d'exclusivité – Il y a accord d'exclusivité lorsque le détenteur de la licence est tenu de ne pas utiliser ou vendre la technologie ou les produits des rivaux du donneur de licence. Bien qu'il y ait relativement peu de jurisprudence portant sur les accords d'exclusivité, les tribunaux ont interdit de telles restrictions lorsqu'elles touchaient un pourcentage significatif des acheteurs ou des vendeurs et qu'elles privaient soit d'autres fournisseurs d'un marché pour leurs produits soit d'autres acheteurs d'une source d'approvisionnement¹⁰¹. Les tribunaux ont condamné cette pratique considérée comme une utilisation du monopole légal conféré par le brevet en vue d'éliminer la fabrication et la vente d'articles concurrents non brevetés¹⁰². En plus des contrats explicites d'exclusivité, les entreprises peuvent structurer les redevances à verser afin d'obtenir le même effet¹⁰³.

Accords multilatéraux : mise en commun et concession réciproque de licences¹⁰⁴

Suivant un raisonnement semblable à celui qui sous-tend les jugements portant sur l'échange d'information dans des affaires ne mettant pas en cause des brevets, les tribunaux ont traité la mise en commun de brevets et l'octroi réciproque de licences dans le contexte d'une règle de raison où la réduction des coûts des poursuites en justice pour contrefaçon de brevets est considérée comme une fin légitime de la mise en commun de brevets¹⁰⁵. De même, les *lignes directrices* de 1995 s'appuient sur le raisonnement voulant que si l'attribution de licences réciproques et les modalités de mise en commun de brevets ne sont pas anticoncurrentielles en soi, les restrictions connexes pourraient soulever des préoccupations sur le plan de la concurrence. Les *lignes directrices* renferment une mise en garde à l'égard des accords conclus avec des concurrents horizon-

taux, notamment lorsqu'il s'agit d'accords exclusifs de mise en commun qui mettent en cause un pourcentage élevé des participants au marché, qu'ils comportent une coordination conjointe des innovations de substitution¹⁰⁶ ou qu'ils semblent supprimer l'innovation¹⁰⁷, à moins qu'il n'y ait des éléments d'efficacité en contrepartie¹⁰⁸.

LE CONTEXTE JURIDIQUE DANS L'UNION EUROPÉENNE

Aperçu

Dans l'Union européenne (UE), la politique de concurrence à l'égard de la PI, notamment l'octroi de licences liées à des brevets et au savoir-faire, est régie par l'article 85 (traitant des accords anticoncurrentiels) et de l'article 86 (traitant de l'abus de position dominante) du Traité de Rome. L'objectif premier du Traité est l'intégration des marchés¹⁰⁹. L'article 85 interdit et annule tout accord qui pourrait toucher le commerce entre les États membres et dont l'objet ou l'effet est de prévenir, de restreindre ou de fausser la concurrence au sein du marché commun. Cependant, le paragraphe 85(3) prévoit une exemption dans le cas des accords qui contribue soit à améliorer la production ou la distribution des biens soit à favoriser le progrès technique ou économique. Pour qu'une pratique soit exemptée, elle doit permettre aux consommateurs de toucher une juste part des avantages qui en découlent; elle doit être indispensable à la réalisation de ces avantages et elle ne peut avoir pour effet de supprimer la concurrence¹¹⁰. Les exemptions générales à l'égard des licences liées à des brevets et au savoir-faire, promulguées en 1984 et 1987 respectivement¹¹¹, définissent les pratiques en cette matière¹¹² qui sont exemptées en vertu du paragraphe 85(3)¹¹³.

Bien que la protection des DPI nationaux soit mentionnée dans d'autres articles du Traité, la libre circulation des biens est primordiale. Dans la plupart des cas, le Traité a préséance sur les lois nationales, même si l'article 36 reconnaît explicitement les DPI nationaux. Le conflit qui pourrait surgir entre les deux législations est aplani du fait que, si le Traité respecte l'existence des DPI¹¹⁴, telle que reconnue par les lois nationales sur la PI, il régleme l'exercice de ces droits. Cependant, la Cour de justice et la Commission européenne ne s'entendent pas toujours sur la ligne de démarcation entre l'« existence » des droits et l'« exercice » anticoncurrentiel de ceux-ci. Comme nous l'avons déjà signalé, les pratiques qui gênent la libre circulation des biens aux frontières sont particulièrement suspectes. Contrairement au Canada et aux États-Unis, la segmentation territoriale par pays se classe dans le peloton de tête des pratiques douteuses. De façon générale, la notion d'exclusivité dans les contrats semble être une préoccupation fondamentale de la Commission.

Pratiques unilatérales d'octroi de licences par une entreprise dominante

Vente liée et prolongement des DPI

Les clauses de vente liée sont illégales conformément à l'article 85, à moins qu'elles ne soient indispensables à l'exploitation du brevet. On n'accorde que rarement des exemptions en vertu du paragraphe 85(3) dans les cas de vente liée¹¹⁵. En outre, ni l'une ni l'autre des exemptions générales n'englobe la pratique des ventes liées à moins qu'elle ne soit nécessaire pour exploiter de façon techniquement satisfaisante l'invention visée par la licence ou pour garantir une qualité élevée¹¹⁶. Forcer le détenteur d'une licence à acheter un produit dont il ne veut pas déborde du cadre de ces exemptions¹¹⁷. Le principe qui intervient est semblable à celui qui s'applique à la licence groupée

Licence groupée et modalités de redevance

La Commission a statué que les modalités de redevance liées à des brevets expirés ou à des brevets qui ne sont pas utilisés contrevenaient au paragraphe 85(1) et qu'elles étaient sans « justification économique », notamment si le détenteur de la licence ne peut mettre un terme au contrat¹¹⁸. Comme aux États-Unis, la Commission s'est dite préoccupée par la possibilité que cette pratique ne réduise l'incitation à faire de la recherche ou à utiliser les innovations de concurrents. Contrairement aux redevances de brevet, les redevances liées à un savoir-faire non public perçues après l'expiration d'un brevet sont sanctionnées en vertu de l'exemption générale visant le savoir-faire. Cependant, des restrictions s'appliquent aux prolongations de contrats réalisées par le transfert de savoir-faire supplémentaire au delà de ce qui était prévu dans le contrat original. Parmi les autres infractions, il y a les redevances liées à des produits non brevetés ainsi que les produits fabriqués soit avec un procédé non breveté soit avec des connaissances qui se trouvent dans le domaine public.

Licences au retour

La Commission a généralement permis les licences au retour visant les améliorations de l'innovation originale et les brevets non liés à l'invention originale, notamment lorsque la licence a un caractère non exclusif et que l'une ou l'autre des parties peut mettre fin à l'accord après l'expiration du brevet original¹¹⁹. Conformément à cette approche, l'exemption générale à l'égard des brevets englobe un « échange mutuel »¹²⁰. De même, l'exemption générale à l'égard du savoir-faire impose des contrats non exclusifs mais prévoit la protection des secrets commerciaux du donneur de licence; elle précise aussi que les clauses de licence au retour ne peuvent se prolonger au delà de la durée de la licence de base. Il n'y a aucune exemption pour les clauses exclusives de licence au retour.

Refus d'octroyer une licence

La principale cause dans ce domaine est *Volvo/Weng*¹²¹, dans laquelle Volvo a refusé d'accorder une licence à la société Weng à l'égard de pièces d'automobile brevetées; la question était de savoir si le refus d'accorder une licence constituait un abus de la position dominante conférée par le droit de brevet. La Cour de justice a statué que le fait de forcer une entreprise à céder sous licence son invention, même lorsque le détenteur éventuel de la licence est prêt à verser des redevances raisonnables, reviendrait à supprimer l'existence du droit exclusif. Ainsi, il n'y a pas eu abus de position dominante. Cependant, le tribunal a précisé que l'exercice du droit exclusif pouvait être réglé en vertu de l'article 86 si une entreprise occupant une position dominante sur le marché tentait d'en « profiter injustement » en refusant arbitrairement de livrer des pièces détachées à des réparateurs indépendants, en établissant le prix des pièces détachées à des niveaux inéquitables ou en cessant de produire des pièces pour des modèles particuliers de voiture qui sont en demande lorsque ces pratiques « ont un effet sur le commerce entre les membres de la CE »¹²².

Restrictions relatives au prix de revente

Pour ce qui est tant des brevets que du savoir-faire, il n'y a pas d'exemption générale à l'égard des contrats qui restreignent le prix des produits visés par une licence. De même, les restrictions visant la production ne font pas l'objet d'une exemption générale dans le cas des biens brevetés, mais le savoir-faire peut donner lieu à une exemption à certaines conditions¹²³. Même si elles ne sont pas assujetties à une exemption générale, les restrictions visant la production peuvent être exemptées du paragraphe 85(1) aux termes du paragraphe 85(3)¹²⁴.

Exclusivité et prolongement des DPI

Contrats d'exclusivité

On a jugé que les contrats d'exclusivité restreignaient le commerce intra-communautaire puisque le donneur de licence ne pouvait concurrencer le détenteur de la licence ou accorder des licences à d'autres parties. Si l'on a jugé que les contrats d'exclusivité enfreignaient le paragraphe 85(1), ils ont habituellement été exemptés en vertu du paragraphe 85(3) parce qu'ils étaient « indispensables » au détenteur de la licence pour qu'il investisse dans la technologie. Ce raisonnement et cette conclusion ont changé suite à la cause *Maize Seed*, où le tribunal a indiqué que l'exclusivité était permise, sauf lorsqu'elle servait à restreindre le commerce au sein de la Communauté¹²⁵. Encore une fois, la question de l'exclusivité a été au centre d'un litige dans la cause

*Boussois/Interpane*¹²⁶, où la Commission s'est écartée de l'approche suivie dans la cause *Maize Seed* et a jugé qu'il y avait eu infraction à l'article 85; toutefois, elle a accordé une exemption en vertu du paragraphe 85(3) en raison des avantages compensatoires découlant des restrictions relatives aux territoires exclusifs.

Les dispositions d'exclusivité ayant trait au savoir-faire qui visent à prévenir la concurrence au niveau de la recherche ne font pas l'objet d'une exemption générale, bien qu'un donneur de licence puisse retenir de l'information et s'assurer que son savoir-faire n'est pas utilisé dans des produits concurrents. Cette position concorde avec les efforts du Département de la Justice et de la FTC aux États-Unis en vue de préserver la concurrence sur les marchés de l'innovation.

Territoires exclusifs

La plus grande partie des cas d'exclusivité portent sur des restrictions territoriales. Les restrictions territoriales qui interdisent les importations parallèles ne sont pas permises lorsque les importations proviennent d'un État membre de l'UE¹²⁷. Si les biens ont été mis en marché dans la Communauté avec l'autorisation du détenteur de la PI, il ne peut y avoir de restrictions quant à l'endroit où a lieu la revente de ces biens intégrant la PI¹²⁸; en d'autres termes, la doctrine de l'épuisement prévaut dans l'ensemble de l'Union¹²⁹. Cependant, dans la cause *Maize Seed*¹³⁰, une distinction importante a été faite entre les détenteurs de licences exclusives « ouvertes » et « fermées » ou « absolues »¹³¹. Le tribunal n'a pas partagé le point de vue de la Commission sur la question de l'exclusivité d'un contrat attribué à un importateur allemand et a précisé qu'une « licence exclusive ouverte » ne restreignait pas la concurrence en vertu de l'article 85 étant donné qu'elle ne bloquait pas les importations parallèles en provenance d'autres États membres de l'UE. En outre, aucune exemption ne s'appliquait en vertu du paragraphe 85(3) parce que les faits ne justifiaient pas un système spécial de droits d'obtenteur¹³²; enfin, les ententes n'étaient ni justifiées ni « indispensables » au progrès économique.

La distinction entre licence « ouverte » et « absolue » apparue dans la cause *Maize Seed* a été adoptée aux fins de l'exemption générale visant les licences de brevet qui a été émise deux ans plus tard. Les territoires « ouverts » – où les donneurs de licences conviennent de ne pas vendre dans une zone désignée et les détenteurs de licence conviennent de ne pas « fabriquer ou utiliser » les produits ou les procédés visés par la licence dans les territoires réservés au donneur de licence ou aux autres détenteurs de licence – sont exemptés, tandis que les territoires « absolus » (où les importations parallèles font l'objet de restrictions) figurent sur la liste noire. La réglementation établit aussi une distinction entre les ventes « actives » et « passives »; les restrictions visant une politique « active » de mise en marché du produit assujetti à la licence sur les territoires des autres détenteurs de licence sont exemptées, mais les restrictions visant les ventes passives (par exemple ne pas vendre à des

importateurs tiers) généraient les importations parallèles au sein de l'UE et sont donc interdites.

Qui plus est, lorsque l'entente contribue à améliorer la production ou le progrès économique tout en permettant aux consommateurs de toucher une juste part des avantages qui en découlent et que la restriction est indispensable pour inciter le détenteur de la licence à adopter et à promouvoir la technologie, lorsque les biens proviennent de l'extérieur de l'UE ou lorsqu'ils proviennent d'un État membre de l'UE en vertu d'une licence obligatoire¹³³, les biens parallèles peuvent alors faire l'objet d'une exclusion d'importation dans l'un des États membres. Enfin, la Commission peut permettre des restrictions territoriales visant à prévenir l'entrée dans l'UE d'exportations provenant de l'extérieur de la Communauté lorsque les obstacles pratiques à ces exportations sont vraisemblablement insurmontables¹³⁴ ou lorsqu'ils n'ont aucun effet sur le commerce intra-communautaire¹³⁵. Si les territoires exclusifs ne mettent pas en cause les échanges inter-États, les lois nationales sur la concurrence, qui sont généralement permissives à l'égard des restrictions de marché verticales, peuvent alors avoir préséance¹³⁶.

Les ententes multilatérales : mise en commun et concession réciproque de licences

Les ententes portant tant sur la concession réciproque et la mise en commun de licences débordent du cadre de l'exemption générale, mais un traitement plus rigoureux de ces pratiques est prévu lorsqu'un groupe d'entreprises met ses brevets à la disposition des autres membres du groupe¹³⁷. Les regroupements sont dénoncés s'ils créent un « goulot monopolistique » et n'offrent aucun avantage ancillaire sur le plan de la concurrence. Par contre, une entente de concession réciproque de licences pourra être permise si les parties ne sont pas assujetties à des restrictions territoriales au sein du marché commun pour la fabrication, l'utilisation ou la mise en marché des produits visés par ces ententes ou pour l'utilisation des procédés cédés sous licence¹³⁸.

SOMMAIRE DE L'ANALYSE JURIDIQUE

IL Y A DES DIFFÉRENCES MARQUÉES entre les lois sur la concurrence de ces trois sphères de compétence quant au traitement des DPI. Aux États-Unis, les lois sont rédigées en termes généraux et laissées à l'interprétation des tribunaux, tandis qu'au Canada la Loi sur la concurrence renferme des dispositions précises qui s'appliquent directement aux DPI. Cependant, le Département de la Justice et la FTC publient des lignes directrices qui servent à encadrer la contestation des pratiques liées aux DPI, contrairement au Canada où de telles lignes directrices n'existent pas à l'heure actuelle. Dans l'UE, les exemptions générales à

l'égard des licences de brevet et de savoir-faire renferment des listes explicites de pratiques qui sont interdites, exemptées ou assujetties à une analyse fondée sur la règle de raison. Ces lignes directrices détaillées fournissent un cadre clair mais plus restrictif pour les activités des donneurs de licences par rapport au Canada et aux États-Unis. Un examen comparatif du cheminement législatif et judiciaire pertinent aux DPI constitue une première étape en vue de formuler des règles cohérentes qui pourraient éclairer les tribunaux et les organismes chargés d'appliquer la loi.

ANALYSE ÉCONOMIQUE DE CERTAINES RESTRICTIONS CONTRACTUELLES

DANS CETTE SECTION, nous analysons certaines restrictions applicables aux licences en utilisant le cadre général décrit précédemment. Nous n'examinons pas tous les avantages et tous les coûts associés à ces restrictions; plutôt, nous mettons l'accent sur les caractéristiques distinctives de la PI qui pourraient supposer un traitement différent en vertu de la législation sur la PI. Nous revenons sur des causes pertinentes dans le domaine de la concurrence, examinées dans la section précédente, afin de voir si les jugements rendus sont conformes au cadre proposé dans notre étude.

REFUS D'ACCORDER LES LICENCES

LES LOIS AMÉRICAINES RECONNAISSENT CLAIEMENT le droit inconditionnel d'exclure les autres; comme nous l'avons vu dans la section précédente, cela est moins clair au Canada et dans l'Union européenne. Si un innovateur n'est pas tenu d'être le « gardien de l'intérêt public », une licence exclusive visant des brevets connexes, lorsque le détenteur de la licence refuse de les utiliser ou de les céder en seconde main, peut être interdite, même aux États-Unis, si la licence crée un monopole alors qu'il y aurait un duopole en l'absence de la licence¹³⁹.

Respecter le droit qu'a une entreprise d'exploiter exclusivement sa propriété intellectuelle est conforme à la législation sur les brevets et au principe P2 du cadre que nous avons décrit précédemment. Il est important de signaler que si ce droit n'était pas protégé et si les innovateurs étaient forcés d'accorder des licences, les tribunaux seraient placés dans la position peu enviable de contrôler les prix. En d'autres termes, un innovateur pourrait établir un prix à un niveau suffisamment élevé qu'il ne serait acceptable à aucun détenteur de licence éventuel. Il serait alors nécessaire de fixer un prix « raisonnable ».

Il peut y avoir des circonstances où il serait souhaitable d'exiger que le titulaire du brevet cède sous licence son innovation – par exemple, dans les cas d'abus d'une position dominante. De fait, l'octroi d'une licence a été utilisé comme mesure correctrice en vertu de la doctrine de l'utilisation abusive aux

États-Unis. Une question plus épineuse, abordée dans l'étude de McFetridge ailleurs dans le présent ouvrage, est de déterminer s'il faut recourir à l'octroi obligatoire de licences simplement parce que l'innovation a un caractère « essentiel », même en l'absence de toute infraction de nature anticoncurrentielle.

RESTRICTIONS RELATIVES AUX PRIX

EN CONFIRMANT LE JUGEMENT DE LA COUR DE DISTRICT dans la cause *General Electric*¹⁴⁰, la Cour suprême des États-Unis est arrivée à la conclusion qu'en raison du brevet qu'elle détenait, la société General Electric (GE) devrait être autorisée à imposer des restrictions de prix dans le cadre de la licence accordée à la société Westinghouse afin de réaliser les mêmes bénéfices qu'elle obtiendrait si elle fabriquait le produit exclusivement. Le tribunal a fait le raisonnement qu'étant donné que GE n'était pas obligée d'accorder une licence, elle conserverait les droits de production si on lui interdisait d'imposer des restrictions de prix. Comme la licence était réputée ne pas réduire la concurrence par rapport à l'absence de licence, cette restriction a été autorisée.

L'analyse économique vient corroborer la préoccupation du tribunal, à savoir qu'en l'absence de restrictions sur les prix, les titulaires de brevets pourraient refuser de céder sous licence leur innovation à des concurrents. Katz et Shapiro montrent que cet argument peut être valide lorsque la production du détenteur de licence ne peut être surveillée et que le donneur de licence doit recourir à une formule de redevances fixes¹⁴¹. Si les bénéfices tirés de la licence sont inférieurs à ceux que procurerait la production exclusive de l'innovation, le donneur de licence ne sera pas incité à octroyer des licences puisque la concurrence viendra réduire ses bénéfices, même si un tel transfert était socialement efficient. Le recours à des prix imposés, à des restrictions visant la production ou à des restrictions territoriales pourrait rétablir l'incitation à accorder des licences et permettre la diffusion de la technologie.

Si le jugement du tribunal était conforme au cadre examiné précédemment en ce qu'il reconnaissait l'influence des restrictions de prix sur l'incitation à transférer l'innovation, le tribunal a obscurci sa décision en définissant l'ensemble des restrictions permises comme étant celles correspondant raisonnablement à la rétribution à laquelle aurait droit le titulaire du brevet. La signification que prête le tribunal à l'expression « rétribution raisonnable » n'est pas tout à fait claire : veut-on parler du rendement attendu sur l'effort passé de R-D ou de l'exploitation exclusive du brevet. Turner fait valoir que cette règle n'apporte pas plus de précision qu'un critère fondé sur la règle de raison en offrant peu d'orientation tout en engendrant une confusion considérable¹⁴². Comme nous l'avons affirmé en justifiant notre principe 3, les tribunaux ne devraient pas se livrer à de tels calculs. Cette confusion peut expliquer le grand nombre de jugements subséquents où l'on a tenté de circonscrire le jugement rendu dans la cause GE¹⁴³.

Ce qui est plus important, l'analyse du tribunal demeurait incomplète. Tout en reconnaissant que GE pourrait ne pas avoir été incitée à accorder des licences si elle ne pouvait imposer des restrictions de prix, le tribunal n'a pas évalué si l'octroi d'une licence assortie de restrictions sur les prix était socialement préférable à l'absence totale de licence. En d'autres termes, une analyse minutieuse des avantages et des coûts de la diffusion, comme l'exige le principe P3, n'a pas été faite¹⁴⁴. Dans le cas où le donneur et le preneur de licence se livrent concurrence pour des produits autres que l'innovation, l'octroi d'une licence à l'égard de l'innovation, accompagnée de restrictions de prix, ne sera pas nécessairement préférable à l'absence de licence. À titre d'exemple, si le détenteur de la licence et le titulaire du brevet sont des concurrents horizontaux en l'absence d'une licence, alors en présence d'une licence assortie de restrictions de prix, le détenteur de la licence internalisera l'effet sur la demande pour l'innovation d'une réduction des prix de ses produits de substitution. Par conséquent, la concurrence sur le marché des autres produits ou pour lesquels le donneur et le preneur de licence rivalisent pourra s'en trouver réduite même si la restriction de prix s'applique uniquement à l'innovation transférée. Selon le principe P3 du cadre que nous avons proposé précédemment, si une telle restriction est nécessaire pour que l'innovateur consente à accorder des licences, alors ces effets négatifs sur le plan de la répartition des ressources devraient être pris en considération simultanément aux avantages positifs découlant de la diffusion de l'innovation¹⁴⁵.

Dans cette cause, le tribunal a adopté une position plus ferme à l'égard des restrictions de prix dans un contexte où elles auraient probablement dû faire l'objet d'un traitement plus permissif. Dans la cause *Line Material*¹⁴⁶, on a interdit à deux innovateurs détenant des brevets apparentés d'établir un prix de revente pour le bien final. Le transfert des brevets apparentés (un brevet original et un autre portant sur une amélioration) était efficient, mais ce transfert aurait fait en sorte que les deux entreprises deviennent de proches concurrents, rendant nécessaire une certaine forme de restriction, comme dans le cas de *General Electric*¹⁴⁷. Ces restrictions sont efficientes sur le plan social si les produits faisant l'objet de licences réciproques sont complémentaires (par exemple des facteurs entrant dans la production d'un bien final); les prix imposés ont alors pour effet d'*abaisser* le prix du bien final relativement au prix qui prévaudrait si l'on produisait séparément les intrants complémentaires¹⁴⁸. Dans de tels cas, les restrictions relatives aux prix devraient être clairement permises dans les accords comportant l'octroi réciproque de licences. Les restrictions sur la production ou les restrictions territoriales pourraient être plus acceptables aux responsables de l'application de la loi sur la concurrence même si les effets économiques de ces pratiques ne sont pas nécessairement moins préjudiciables¹⁴⁹.

L'EXCLUSIVITÉ DANS LES CONTRATS

ICI, NOUS PRÉSENTONS UN APERÇU des modalités d'octroi de licences exclusives – les contrats d'exclusivité, les territoires exclusifs et les accords d'exclusivité. Une analyse plus approfondie de ces modalités et d'autres pratiques semblables figure dans l'étude de Rey et Winter, ailleurs dans cet ouvrage.

Contrats d'exclusivité

En vertu d'un contrat d'exclusivité, le donneur de licence accorde une ou plusieurs licences exclusives (par exemple pour différents secteurs géographiques) qui restreignent le droit qu'il a de consentir des licences à d'autres et, parfois, qui lui interdisent d'exploiter lui-même la technologie. Comme nous l'avons indiqué précédemment, il existe un droit non équivoque d'offrir une licence exclusive mais non nécessairement de l'offrir à *quiconque*, en particulier à un concurrent sur un marché concentré. Si la concurrence future est supprimée par le transfert d'un droit exclusif, celle-ci représente alors un transfert de biens (le brevet) du donneur au preneur de licence et les normes relatives aux fusions devraient s'appliquer¹⁵⁰. À noter qu'en l'absence de PI, l'entente ressemblerait à la situation où un concurrent accepte de ne pas produire, laquelle serait évaluée en fonction d'un critère de complot *per se*.

Si une entreprise se voit interdire d'accorder une licence exclusive, elle pourrait alors envisager une intégration verticale avec le preneur de licence éventuel, ce qui pourrait s'avérer inefficace. Dans ce cas, l'entreprise pourrait, en vertu de la législation sur les brevets, exploiter exclusivement la licence elle-même. En d'autres termes, l'intégration verticale est une solution de rechange à l'octroi d'une licence exclusive; si les responsables de l'application de la législation antitrust s'interposaient au droit que possède l'innovateur d'accorder une licence exclusive, ce dernier pourrait tenter de contourner cette règle en réorganisant l'entreprise. Cependant, une loi qui permettrait l'exclusivité lorsque les éléments d'actif se trouvent au sein d'une entreprise, mais non lorsqu'ils sont répartis entre deux entreprises distinctes, ne semble pas avisée.

Territoires exclusifs

En vertu des restrictions relatives aux territoires exclusifs, les détenteurs de licences se voient accorder le droit exclusif de vendre ou de produire le bien sur un territoire donné. Les avantages et les coûts d'une telle forme d'exclusivité sont bien connus¹⁵¹. Les restrictions territoriales qui gênent la circulation des importations parallèles sont généralement tolérées sur le marché intérieur en vertu des lois sur la concurrence et, sur le marché international, en vertu de la législation sur les brevets au Canada et aux États-Unis. Cette situation contraste

avec celle observée dans l'UE, où une telle forme de segmentation est perçue comme étant contraire à l'intégration des marchés¹⁵².

Même si le jugement rendu par la Cour de justice européenne dans la cause *Maize Seed*¹⁵³ a constitué un point tournant dans une perspective économique, il n'est pas allé assez loin. La préoccupation première du tribunal était de faire en sorte que les accords privés n'aient pas pour effet de compartimenter le marché commun, une préoccupation très éloignée de la notion d'efficacité économique inhérente au principe P3 du cadre examiné ci-dessus.

Même si la Cour a permis une certaine protection territoriale dans les cas où les coûts de démarrage étaient élevés afin d'encourager l'investissement requis dans un produit, elle n'a pas autorisé une protection territoriale absolue et entière contre les importations du produit. En d'autres termes, la décision permettait au détenteur de licence d'être un producteur exclusif dans un pays, mais non d'être un vendeur exclusif du produit. À moins que les coûts de transport ne soient élevés, cette protection limitée pourrait ne pas offrir un stimulant suffisant pour que le détenteur éventuel d'une licence s'intéresse au produit, notamment s'il doit engager des coûts de départ élevés pour en faire la production ou si les entreprises rivales peuvent facilement profiter de la publicité et d'autres investissements.

Dans son analyse fondée sur la règle de raison, le tribunal n'a pas reconnu qu'il y avait une concurrence importante dans l'industrie; la présence de nombreux autres concurrents sur le marché de la semence de maïs n'a pas constitué un facteur intervenant dans ce jugement. Cela a fait ressortir une distinction importante entre l'approche adoptée dans l'UE à l'égard des restrictions verticales et celles retenues ailleurs : l'objectif de l'intégration du marché fausse la politique de concurrence au détriment des restrictions applicables à la concurrence intra-marque, même lorsqu'il y a une concurrence importante entre les marques. Une telle règle pourrait ne pas aboutir à un résultat efficient.

Le débat sur les aspects économiques des territoires exclusifs est particulièrement intéressant dans le contexte international. La segmentation du marché soulève deux préoccupations : premièrement, elle peut constituer un mécanisme facilitant l'établissement d'un cartel entre les titulaires de brevets¹⁵⁴; deuxièmement, on peut craindre que la division des marchés facilite la mise en place d'un régime de discrimination au niveau des prix. S'il est bien connu que la discrimination au niveau des prix peut contribuer à améliorer le bien-être, dans un contexte mondial le résultat dépend du fait que le pays appartient au groupe où les prix sont élevés ou à celui où les prix sont bas, ou encore qu'il est un importateur ou un exportateur net de technologie¹⁵⁵. Cependant, les coûts à assumer en permettant la discrimination au niveau des prix pour certains articles à prix élevé peuvent être compensés par les avantages qu'il y aurait à garantir le transfert d'innovations à faible prix vers un pays en particulier¹⁵⁶. Ces arbitrages sont examinés en détail dans l'étude d'Anderson et coll., ailleurs dans le présent ouvrage.

Accord d'exclusivité

En vertu des restrictions figurant dans les accords d'exclusivité, l'innovateur promet au détenteur exclusif d'une licence de ne pas transférer l'innovation aux concurrents de ce dernier ou, encore, le détenteur de la licence convient de ne pas acheter ses fournitures auprès des concurrents du donneur de licence. Dans le premier cas, on peut faire valoir que l'innovation devrait être accessible à toutes les entreprises en aval afin de ne pas gêner la concurrence, notamment si la PI constitue un bien essentiel. Cependant, le fait d'imposer à un donneur de licence non intégré l'obligation d'octroyer sans discrimination des licences irait à l'encontre de la législation sur les brevets, qui accorde à un titulaire de brevet intégré verticalement (un donneur et un preneur de licence intégrés) le droit d'utiliser exclusivement l'innovation. En d'autres termes, une règle qui forcerait une entreprise non intégrée à consentir des licences sur une base non discriminatoire, mais non une entreprise intégrée, serait fondée sur la répartition des éléments d'actif. La justification d'une telle mesure est loin d'être claire¹⁵⁷ et pourrait, de fait, constituer une discrimination à l'égard des innovateurs de taille relativement restreinte.

VENTE LIÉE ET PROLONGEMENT DES DPI

IL Y A VENTE LIÉE LORSQU'UN AUTRE PRODUIT (breveté ou non) doit être acquis simultanément au produit ou à la technologie visée par la licence. La loi américaine à l'égard des ventes liées exige que l'on démontre l'existence d'un pouvoir de marché pour le produit clé, que le commerce est sensiblement touché sur le marché des produits liés et que ces produits sont distincts. La question de savoir si le premier critère est respecté par l'octroi d'un brevet devrait maintenant être élucidée : les brevets ne comportent pas nécessairement un pouvoir de marché, tel qu'exprimé dans le principe P1 du cadre que nous avons présenté au début.

Les ventes liées réduisent les coûts de transaction et certains des problèmes reliés à l'incertitude et au cadre contractuel incomplet qui gêne l'échange de technologies nouvelles et relativement inconnues. À titre d'exemple, les ventes liées réduisent les coûts de surveillance requis pour vérifier l'utilisation de l'innovation; elles permettent aussi au donneur de licence de mesurer l'intensité avec laquelle l'innovation est utilisée afin qu'il puisse percevoir la redevance appropriée. Cette pratique protège aussi la réputation de l'innovateur : lorsque les consommateurs disposent d'une information imparfaite et qu'ils ne peuvent identifier la source d'un produit mal performant (c'est-à-dire le produit lui-même ou des réparations), les fournisseurs des intrants peuvent « profiter » de la réputation de l'innovateur en réduisant la qualité de l'intrant. L'innovateur peut par conséquent vouloir lier un nouveau procédé au service d'entretien connexe qu'il offre pour son produit.

Si la valeur du procédé breveté est inconnue, la vente liée encourage le détenteur de la licence à accepter cette dernière en lui permettant de verser un prix moins élevé pour le procédé, mais en versant simultanément une redevance fondée sur l'intensité d'utilisation. Cela est particulièrement important dans le cas du savoir-faire, où l'innovateur ne veut pas révéler trop d'information au détenteur de la licence. Par contre, si les compétences des détenteurs éventuels de licences sont inconnues, la pratique de la vente liée permet au titulaire du brevet d'accorder des licences à plusieurs entreprises en offrant l'innovation à bas prix et en obtenant un rendement élevé auprès des entreprises qui réussissent grâce au produit lié¹⁵⁸.

L'application de la législation sur la concurrence ne devrait pas différer à l'égard de la propriété intellectuelle dans les cas de vente liée : comme auparavant, le pouvoir de marché à l'égard du produit clé et le pourcentage du marché qui se trouve lié sont des considérations importantes. Cependant, comme nous l'avons déjà indiqué, nombre des « avantages » découlant de la vente liée se présentent dans le contexte d'une nouvelle technologie, ce qui se traduit par une incertitude au sujet de la valeur de l'innovation, des coûts de surveillance, etc. Ainsi, même si l'application des lois sur la concurrence était identique, les contrats qui bénéficieraient d'un traitement relativement tolérant seraient notamment ceux qui touchent à la propriété intellectuelle¹⁵⁹.

À titre d'exemple, dans la cause *Hazeltine*¹⁶⁰, la société Hazeltine Research avait accordé à la société Automatic Radio Manufacturing Co. le droit d'utiliser un groupe de 570 brevets et de 200 brevets en instance, en contrepartie d'une redevance équivalant à un pourcentage du prix de vente de l'acquéreur, peu importe que les brevets soient utilisés ou non – avec un paiement forfaitaire minimum de 10 000 dollars annuellement. Lorsque Automatic a refusé de verser la somme en affirmant qu'elle n'avait utilisé aucun des brevets, Hazeltine l'a poursuivie en justice afin d'obtenir la redevance minimale. Dans son argument, Automatic a fait valoir que la restriction contractuelle était une vente liée qui établissait le versement des redevances selon un pourcentage des ventes de l'ensemble des produits du détenteur de licence, y compris les produits non brevetés et qu'il s'agissait donc d'un prolongement invalide du brevet.

La majorité du tribunal s'est prononcée en faveur de Hazeltine, concluant qu'il ne s'agissait pas d'une utilisation abusive *per se* des brevets. Les juges ont estimé que les redevances stipulées n'étaient pas excessives, qu'elles constituaient la façon la plus commode d'établir la valeur commerciale des privilèges accordés dans le cadre de l'accord de licences et que l'accord ne constituait pas un prolongement illégal du domaine visé par le brevet.

En appliquant le cadre que nous élaboré précédemment, il semblerait que le jugement majoritaire dans la cause *Hazeltine* était juste. Afin d'établir si le jugement était approprié, il faudrait faire intervenir les critères habituels de concurrence qui s'appliquent aux causes où n'intervient pas la propriété intellectuelle – le pouvoir de marché à l'égard du bien clé et le pourcentage du marché qui se trouve lié. Mais certains aspects de la PI, par exemple le coût

élevé de surveillance de l'utilisation du produit intégrant l'innovation, peuvent justifier un traitement plus tolérant.

Puisque Hazeltine n'était pas un fabricant, il serait plus approprié de comparer la licence à un autre mécanisme d'établissement du prix, par exemple une redevance d'utilisation à l'unité, qu'à un scénario où il n'y aurait pas de licence : si la concurrence se trouve réduite comparativement à un accord moins préjudiciable, il faudrait alors tenir compte des effets compensatoires qui sont favorables à la concurrence. Même si la majorité des juges n'a pas directement pris en considération les autres formes d'accords de licence en donnant son aval à l'entente, elle a reconnu que celle-ci engendrait des économies au niveau des coûts puisqu'elle constituait la méthode la plus pratique pour établir la valeur commerciale des privilèges accordés aux termes de l'accord de licence¹⁶¹.

Un deuxième argument économique que l'on peut invoquer pour permettre la vente liée, qui n'a pas été reconnu par le tribunal, fait écho à l'approche préconisée dans les travaux consacrés à la fiscalité optimale : un impôt sur la production totale est plus efficient qu'un impôt sur les intrants intermédiaires. Une redevance ressemble à un impôt sur l'utilisation de l'innovation : si la redevance s'applique à l'intrant breveté, il y aura distorsion de l'utilisation de cet intrant dans la production; mais si la redevance s'applique à la production, le détenteur de la licence sera incité à employer une combinaison efficiente d'intrants. Par conséquent, une redevance appliquée à la production totale peut engendrer des économies de coût en raison d'une production plus efficiente.

La vente liée peut constituer une pratique contestée lorsqu'il y a des marchés secondaires, ce qui est fréquent pour les produits brevetés dans les secteurs de haute technologie. À titre d'exemple, un fabricant d'ordinateur peut distribuer ses machines aux détaillants qui sont disposés à employer son système d'exploitation, à vendre ses logiciels ou à acheter des contrats de service auprès de lui. Les complications qui surgissent en présence de marchés secondaires sont examinées en détail dans l'étude de Church et Ware présentée ailleurs dans cet ouvrage. Les aspects juridiques et économiques de la vente liée, dans un contexte plus général, sont examinés plus en détail dans l'étude de Baxter et Kessler, ailleurs dans cet ouvrage.

ENTENTES HORIZONTALES

IL EST PEU PROBABLE QUE LES ENTENTES HORIZONTALES soient permises dans les cas où des concurrents horizontaux conjuguent, de fait, leur propriété intellectuelle pour la gérer conjointement. Si les biens sont des substituts, alors l'attribution conjointe de brevets pourrait entraîner des prix plus élevés pour les deux brevets que si ces derniers étaient gérés séparément¹⁶².

Eswaran propose un cadre intéressant pour analyser une telle forme d'entente horizontale¹⁶³. En utilisant un modèle de jeu à répétition dans lequel les entreprises sont confrontées progressivement l'une à l'autre, il soutient que les

licences réciproques peuvent engendrer une concurrence ayant pour effet de discipliner les participants à l'accord de licence réciproque pour qu'ils maintiennent le prix du cartel. Le raisonnement intuitif qu'il fait est que l'octroi de licences réciproques (qui ne comporte pas l'utilisation réciproque des technologies de chacun) contribuerait à exacerber les conséquences d'un éclatement, dans la mesure où chaque entreprise serait incitée à produire l'ensemble des produits¹⁶⁴, ce qui garantit un degré plus élevé de collaboration. En outre, l'incitation à tricher au sein du cartel est réduite lorsque les entreprises produisent des biens distincts plutôt que l'ensemble des produits visés par les licences réciproques¹⁶⁵. Contrairement à Priest¹⁶⁶, qui affirme que les licences réciproques peuvent ne pas être préjudiciables si d'autres restrictions ne figurent pas au contrat, Eswaran soutient que les licences réciproques peuvent, d'elles-mêmes, suffire à appuyer un comportement collusif et que les clauses restrictives sont superflues dans ce contexte. Par conséquent, il recommande que les accords de concession réciproque de licences soient invalidés lorsque les brevets demeurent inutilisés.

Eswaran applique son analyse à la cause *Hartford Empire*¹⁶⁷, dans laquelle les défendants étaient accusés d'avoir comploté et de s'être ligués pour exercer un monopole et restreindre le commerce en faisant l'acquisition de brevets qui englobaient la fabrication de machines de production de verre et en ne permettant pas à d'autres d'avoir une juste chance de participer librement au commerce de ces machines et à la fabrication et à la distribution des produits en verre. Plus de 800 brevets concurrents étaient en cause et toutes les entreprises de l'industrie détenaient des licences à l'égard d'un groupe de brevets qui renfermaient des restrictions sur la production et le domaine d'utilisation. Le gouvernement a demandé la dissolution du groupe.

La Cour suprême des États-Unis a statué que, par le recours à des modalités de collaboration et à des accords exécutoires, les sociétés défenderesses réglementaient et supprimaient la concurrence aux niveaux de l'innovation et de l'utilisation des machines de fabrication du verre¹⁶⁸ et se servaient conjointement des brevets dont elles étaient titulaires pour répartir les domaines de fabrication et maintenir les prix des produits en verre non brevetés. En dépit de cette conclusion, le tribunal n'a pas dissout le groupe. Ayant constaté que la poursuite de certaines activités serait bénéfique à l'industrie du verre, le tribunal a plutôt interdit certaines pratiques, notamment les brevets de nature préemptive. En d'autres termes, le tribunal a tenté de réaliser un équilibre entre les aspects *proconcurrentiels* de la mise en commun des brevets tout en supprimant ses effets anticoncurrentiels.

Eswaran aurait adopté une position plus rigoureuse que la Cour suprême : l'accord de mise en commun de Hartford donnait à chacun des membres accès aux technologies des autres, ce qui conférait au cartel le pouvoir d'imposer des peines sévères aux membres déviants. En outre, la répartition des champs d'activité décourageait les parties de déroger de la ligne de conduite du cartel par rapport à une situation où toutes les entreprises auraient fabriqué les produits

des autres. Il soutient donc que les effets anticoncurrentiels de cet accord sont vraisemblablement plus importants que toute considération d'efficience et que le groupe aurait dû être démantelé.

La recommandation d'Eswaran est conforme au cadre que nous avons présenté, notamment le principe 3, dans la mesure où il s'intéresse aux effets de prix sur le marché du produit plutôt qu'à la suppression de la concurrence sur les marchés de l'innovation, qui préoccupait le tribunal. Mais, contrairement à l'argument habituel voulant qu'une baisse de la concurrence au niveau de l'innovation puisse entraîner une baisse de la concurrence éventuelle et une hausse des prix sur le marché du produit, Eswaran fait valoir que les effets préjudiciables au niveau des prix sur le marché du produit sont attribuables à une intensification, plutôt qu'à une réduction, de la concurrence potentielle, qui provient des parties à l'entente qui tentent de renforcer leur position en faisant l'acquisition des innovations des autres. En d'autres termes, les prix sur le marché des produits pourraient augmenter à la faveur de tels accords même s'il n'y avait aucune réduction de la concurrence au niveau de l'innovation.

Comme l'a reconnu le tribunal, les technologies peuvent être échangées, mais demeurer non utilisées, pour des motifs anticoncurrentiels. À titre d'exemple, on peut échanger des technologies pour éviter de coûteux litiges en contrefaçon, mais ne pas les utiliser parce que les économies d'échelle rendent inefficaces les chaînes de production multiples. De façon plus générale, les accords horizontaux visant à réduire les coûts de transaction (comme dans la cause *Broadcast Music*⁶⁹) ou les coûts d'éventuelles poursuites en justice, ou qui permettent la combinaison d'intrants complémentaires, devraient être évalués selon le critère de la règle de raison. La nature précise de ce critère pour les coentreprises et les autres accords de coopération est examinée plus en détail dans l'étude de Scotchmer, ailleurs dans le présent ouvrage.

CONCLUSION

DANS CETTE ÉTUDE, nous avons examiné les aspects économiques de la politique de concurrence à l'égard de la propriété intellectuelle. Nous avons soulevé plusieurs points. Premièrement, nous avons recommandé une politique qui tenterait d'harmoniser le fait que la PI, en tant que bien public, comporte un prix de transfert *ex post* efficient de zéro avec le fait qu'en l'absence de DPI, il n'y aurait aucun investissement *ex ante*. Nous avons fait valoir que la politique de concurrence ne devrait pas être fondée sur le fait que l'attribution d'une licence engendre une rémunération insuffisante ou excessive des efforts de recherche de l'innovateur mais, plutôt, sur les considérations d'efficience qui se rattachent aux pratiques d'octroi de licences, tout en respectant les droits exclusifs fondamentaux conférés par un brevet.

Deuxièmement, la propriété intellectuelle diffère des autres formes de propriété parce qu'elle a un caractère de bien public, ce qui pourrait justifier une application différente de la législation sur la concurrence dans certains cas. À titre d'exemple, un accord de fixation des prix entre des concurrents horizontaux serait illégal en soi. Dans le cas des licences de PI, si une restriction au niveau des prix entre des entreprises peut contribuer à réduire la concurrence entre le donneur et le preneur de licence, les gains d'efficience associés à une restriction verticale (par exemple la suppression des comportements opportunistes) pourraient signifier que la restriction n'est pas aussi préjudiciable qu'elle le serait dans le cadre d'un contrat strictement horizontal. En outre, les avantages de la diffusion peuvent suffire à compenser les effets négatifs. Ces considérations relatives tant à la diffusion qu'aux effets de répartition d'un contrat mixte vertical/horizontal signifient que la politique de concurrence pourrait être plus permissive à l'égard des restrictions convenues entre concurrents horizontaux que pour les biens autres que la PI. Ces considérations peuvent modifier l'évaluation d'une pratique, en passant par exemple de l'application d'un critère *per se* (pour un accord horizontal entre concurrents) à celle d'un critère de règle de raison si le transfert de technologie est jugé suffisamment important.

Dans bien des cas, l'application de la loi pourra être la même que s'il n'y avait pas de brevet – comme pour les accords strictement verticaux – mais certains critères propres aux innovations (par exemple l'incertitude et les investissements spécifiques) peuvent justifier le recours à des pratiques restrictives. Par conséquent, si la loi peut être identique, la proportion des cas faisant intervenir la PI qui recevront un traitement plus permissif sera vraisemblablement supérieure à celle des cas d'où la PI est absente. Les arguments d'efficience habituels en faveur des restrictions verticales dans les contrats visant des produits non brevetés s'appliquent à la PI¹⁷⁰, tout comme les arguments à l'encontre des restrictions verticales qui excluent les entreprises possédant des technologies concurrentes sur les marchés en aval (par exemple un accord d'exclusivité) ou qui facilitent l'établissement d'un cartel entre titulaires de brevets concurrents.

De la même façon que la législation sur la concurrence ne devrait pas chercher à remettre en question le mandat de la politique en matière de brevets qui vise à encourager l'innovation, la législation sur les brevets ne devrait pas tenter de se régir les pratiques anticoncurrentielles. Dans de nombreux cas d'utilisation abusive de brevets aux États-Unis¹⁷¹, des dispositions contractuelles ont été jugées illégales même en l'absence de toute analyse du pouvoir de marché ou de l'effet sur la concurrence. Hovenkamp soutient que les allégations d'abus de DPI devraient être examinées à la lumière des principes de la législation antitrust, plutôt qu'en vertu d'un quelconque ensemble de principes que l'on est censé retrouver dans la politique en matière de brevets, bien qu'ils ne soient pas articulés dans la *Loi sur les brevets*¹⁷².

La répartition des tâches que nous recommandons dans le principe 3 du cadre proposé peut sembler évoquer le conflit historique entre la politique en

matière de brevets et la politique de concurrence. De fait, la répartition des tâches que nous proposons diffère sensiblement de ce modèle. En partant du fait que les deux politiques devraient tenter de réaliser un équilibre efficient entre les considérations dynamiques et les considérations d'efficience liées à la répartition des ressources, ce cadre reconnaît que les droits de brevet favorisent, plutôt que limitent, la concurrence. Par conséquent, contrairement à l'approche classique qui menaçait ces droits en imposant des contraintes au niveau des modalités contractuelles, nous recommandons dans le cadre proposé que la politique de concurrence soit harmonisée à la politique en matière de brevets en prévoyant des stimulants adéquats pour que les innovateurs partagent leurs découvertes avec d'autres lorsqu'il est efficient de le faire. En ce sens, la répartition des tâches proposée ici n'engendre pas de tension entre les deux législations mais, plutôt, elle attribue des rôles complémentaires à la politique en matière de brevets et à la politique de concurrence en vue d'atteindre un juste équilibre entre les éléments d'efficience dynamique et ceux liés à l'affectation des ressources.

NOTES

- 1 Louis Kaplow, « Extension of Monopoly Power through Leverage », *Columbia Law Review*, vol. 85, 1985, p. 515.
- 2 Voir W. Nordhaus, *Invention, Growth and Welfare: A Theoretical Treatment of Technological Change*, MIT Press, Cambridge, 1969. Voir également W. Bowman, *Patent and Antitrust Law: A Legal and Economic Appraisal*, University of Chicago Press, Chicago, 1973; W. Baxter, « Legal Restrictions on the Exploitation of the Patent Monopoly: An Economic Analysis », *Yale Law Journal*, vol. 76, 1966, p. 267; Kaplow, « Extension of Monopoly Power »; R. Merges et R. Nelson, « On the Complex Economics of Patent Scope », *Columbia Law Review*, vol. 90, 1990, p. 836; enfin, G. Priest, « Cartels and Patent Licence Arrangements », *Journal of Law and Economics*, vol. 20, 1977, p. 309, qui renferme d'autres analyses de l'interface de la politique en matière de brevets et de la politique de concurrence.
- 3 Voir R. Barro, « Economic Growth in a Cross-Section of Countries », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 106, n° 2, mai 1991, p. 407-444; H. Demsetz, « How Many Cheers for Antitrust after 100 Years? », *Journal of Economic Inquiry*, avril 1992, p. 207-218.
- 4 Demsetz reconnaît cet arbitrage dans « Barriers to Entry », *American Economic Review*, vol. 72, 1982, p. 47.
- 5 Cette opinion est exprimée clairement dans un rapport de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur la politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle (Paris, 1989) ainsi que dans la cause *Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc.*, 897 F.2d 1572.
- 6 Les droits de propriété intellectuelle peuvent prendre la forme d'un brevet, d'un droit d'auteur, d'un secret commercial ou d'une marque de commerce. Bien que les

- lois diffèrent selon le type de protection accordée, les questions économiques ayant trait à la concurrence et aux stimulants sont similaires.
- 7 L'abus de position dominante en l'absence de l'octroi de licences est l'accumulation de brevets (cumul pyramidal de brevets) dans l'intention d'exclure d'éventuels entrants. À titre d'exemple, voir *US v. El DuPont de Nemours and Company*, 351 US 377 (1956).
 - 8 D'autres infractions à la législation sur la concurrence ayant trait aux DPI – à titre d'exemple, l'accumulation des brevets et les infractions aux droits d'auteur – sont analysées dans d'autres études publiées dans cet ouvrage. Voir, par exemple, l'étude de Rob Merges sur les portefeuilles « destructeurs » et celle de Jeffrey Church et Roger Ware sur la protection du droit d'auteur.
 - 9 La portée d'un brevet est définie comme étant la gamme des produits qui sont présumés empiéter sur le brevet. Plus la portée du brevet est étendue, plus il est difficile pour les entreprises d'inventer en « contournant » le brevet et, partant, plus élevé sera le rendement obtenu par le titulaire du brevet.
 - 10 Nordhaus, *Invention, Growth and Welfare*, *supra*, note 2.
 - 11 Par exemple, voir P. Tandon, « Optimal Patents with Compulsory Licensing », *Journal of Political Economy*, vol. 90, 1982, p. 470; R. Gilbert et C. Shapiro, « Optimal Patent Length and Breadth », *Rand Journal of Economics*, vol. 21, 1990, p. 106; P. Klemperer, « How Broad Should the Scope of Patent Be? », *Rand Journal of Economics*, vol. 21, 1990, p. 113; N. Gallini, « Patent Policy and Costly Imitation », *Rand Journal of Economics*, vol. 23, 1992, p. 52; J. Green et S. Scotchmer, « Novelty and Disclosure in Patent Law », *Rand Journal of Economics*, vol. 21, 1990, p. 131.
 - 12 Tandon, « Optimal Patents », et Gilbert et Shapiro, « Optimal Patent Length and Breadth », *supra*, note 11.
 - 13 La portée du brevet est définie ici comme étant le flux de bénéfices qui revient à l'innovateur; de façon plus pratique, il s'agit de la gamme de produits qui empiéteraient sur le brevet.
 - 14 Klemperer, « How Broad Should the Scope of Patent Be? », *supra*, note 11.
 - 15 Gallini, « Patent Policy and Costly Imitation », *supra*, note 11.
 - 16 Dans ces modèles, le prix est l'équilibre qui s'établit entre l'innovateur et les imitateurs en concurrence sur le marché, compte tenu de la portée du brevet. Cela contraste avec le cadre de Gilbert et Shapiro où le prix (ou le bénéfice) est administré par les responsables de la politique de concurrence (ou de la politique en matière de brevets).
 - 17 J. Green et S. Scotchmer, « On the Division of Profits in Sequential Innovation », *Rand Journal of Economics*, printemps 1995.
 - 18 H. Chang, « Patent Scope, Antitrust Policy and Cumulative Innovation », *Rand Journal of Economics*, vol. 26, 1995, p. 34-57.
 - 19 Un courant important de la documentation est consacré aux stimulants stratégiques à l'octroi de licences; voir, par exemple, N. Gallini, « Deterrence through Market Sharing: A Strategic Incentive for Licensing », *American Economic Review*, vol. 74, 1984, p. 931-941; K. Rockett, « Choosing the Competition and Patent Policy », *Rand Journal of Economics*, vol. 21, n° 1, printemps 1990, p. 161-171; Eswaran, « Cross-Licensing of Competing Patents as a Facilitating Device », *Canadian Journal of Economics*, vol. 27, n° 3, août 1994, p. 689-708. Dans la plupart de ces travaux, les contrats de licence sont réputés comporter uniquement une redevance ou des frais fixes mais aucune restriction supplémentaire qui pourrait être jugée contestable en vertu des lois sur la concurrence.

- 20 OCDE, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, *supra*, note 5.
- 21 *United States v. the Aluminum Company of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir.1945).
- 22 U.S. Department of Justice et Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, 1995. Voir aussi R. Gilbert et S. Sunshine, « Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, 1995, p. 569-601.
- 23 Plus précisément, trois marchés ont été identifiés dans les lignes directrices comme étant pertinents : 1) les marchés des produits, 2) les marchés de la technologie et 3) les marchés de l'innovation. Les deux premiers sont des notions classiques qui englobent, respectivement, tous les produits et technologies substitués qui sont en concurrence les uns avec les autres.
- 24 La notion de marché de l'innovation employée dans un récent projet d'acquisition de la Division des transmissions Allison de la société General Motors par l'entreprise allemande ZF de Friedrichshafen a été contestée par le Département de la Justice pour le motif qu'elle aurait entraîné une concentration des éléments d'actif de R-D qui aurait pu avoir une incidence significative sur l'innovation future sur le marché des transmissions automatiques à haut rendement. Voir « GM sees North American Profit in '94: US to Block Sales of Allison Unit », *Wall Street Journal*, 17 novembre 1993.
- 25 À titre d'exemple, on peut supposer que la coordination de la politique en matière de brevets et de la politique de concurrence débouche sur une règle qui permet aux entreprises d'inclure des restrictions de prix dans les contrats de licences lorsque d'importantes dépenses de R-D sont requises. Puis, la tâche des tribunaux qui appliquent les lois sur la concurrence serait de déterminer *a posteriori* si les stimulants *ex ante* à l'innovation justifiaient les restrictions de prix. Une telle règle, outre qu'elle nécessiterait une expertise dépassant celle que possèdent les tribunaux de la concurrence, encouragerait les entreprises à invoquer des restrictions contractuelles pour des raisons de recherche, nonobstant l'innovation.
- 26 *Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High-Tech, Global Marketplace*, supplément spécial, rapport du personnel de la Federal Trade Commission, ch. 7, vol. 70, n° 1765, 6 juin 1996.
- 27 Une politique qui vise à encourager la recherche pourrait ressembler beaucoup à une politique qui cherche à encourager la diffusion dans la mesure où les deux peuvent nécessiter une certaine souplesse pour accroître les bénéfices que retire le titulaire de brevet de ces activités.
- 28 *Anticipating the 21st Century*, p. S-72, *supra*, note 26.
- 29 La différence entre la deuxième et la troisième approche peut sembler purement sémantique dans la mesure où même l'analyse de la concurrence éventuelle doit évaluer les effets d'une réduction de la concurrence au niveau de l'innovation. De fait, il y a une différence importante entre les deux approches : en vertu de la doctrine de la concurrence éventuelle, les autorités chargées d'appliquer la loi ont seulement à tenir compte de l'impact sur les prix de la concurrence réduite sur les marchés de la technologie et des produits, plutôt que des effets qui ne touchent pas les prix (c'est-à-dire le niveau, la rapidité ou la diversité des activités de R-D) évalués dans le contexte de l'analyse du marché de l'innovation.
- 30 Voir *supra*, note 26.
- 31 Un autre point de vue sur le traitement de la PI dans la politique de concurrence est que, une fois les droits de propriété garantis en vertu de la législation sur les brevets (supprimant ainsi le problème de bien public de la R-D), la PI devient comparable aux

- autres éléments d'actif; par conséquent, les mêmes règles antitrust devraient s'appliquer à la PI.
- 32 Pour une analyse plus détaillée de l'interface de la politique en matière de brevets et de la politique de concurrence au Canada, voir S. Globberman et R. Schwindt, « Intellectual Property Rights: Anticompetitive Abuses and Competition Policy Antidotes », et R. D. Anderson, S. D. Khosla et M. F. Ronayne, « Canadian Competition Law and Policy at the Centenary », dans *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, publié par R. S. Khemani et W. T. Stanbury, Institut de recherches en politiques publiques, Halifax (N.-É.), 1991.
 - 33 En vertu de cette doctrine, un contrat ne peut être contesté s'il est raisonnable tant entre les parties qu'en regard de l'intérêt public, mais il peut être contesté même si aucun abus anticoncurrentiel n'a été relevé. Cette doctrine a été considérée pertinente aux accords de licence exclusive, mais ceux-ci ont habituellement survécu à l'examen : voir, par exemple, *Tank Lining Corp. c. Dunlop Industrial Ltd.* (1982) 140 D.L.R. (3d) 659 (Ont.C.A.); *Barsch v. Avtex Airservices Ltd.* (1992) 107 A.L.R. 539, aff'd Fed. No. 5&9, unrep'd, August 27, 1993 (Fed. Ct.). Pour une analyse plus approfondie, voir M. J. Trebilcock, *The Common Law of Restraint of Trade: A Legal and Economic Analysis*, Carswell, Toronto, 1986.
 - 34 Pour une analyse plus complète voir Anderson et coll., « Canadian Competition Law and Policy at the Centenary », *supra*, note 32.
 - 35 Aucun cas n'a été rapporté en rapport avec ces dispositions.
 - 36 Voir, par exemple, *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.* (1990) 32 C.P.R. (3d) 1 (Tribunal de la concurrence), examiné ci-après.
 - 37 Une version antérieure, au libellé quelque peu différent, de l'actuel article 32, est d'abord apparue dans la législation anticoalition en 1910. Apparemment, les utilisations à des fins anticoncurrentielles des brevets ont été reconnues très tôt dans l'évolution de la politique de concurrence. Pour plus de détails sur les formes particulières d'abus, voir l'article 32, *Loi sur la concurrence*; voir aussi Globberman et Schwindt, « Intellectual Property Rights », p. 463, *supra*, note 32.
 - 38 Les licences obligatoires peuvent être invoquées à la fois en vertu de la *Loi sur les brevets* et de la *Loi sur la concurrence*.
 - 39 De fait, ce n'est qu'en 1967 qu'une cause (*Union Carbide*) a été intentée en vertu de la version antérieure de cet article. Outre la cause *Union Carbide* – qui ne s'est pas rendue à l'étape du procès – aucune autre procédure n'a été entamée en vertu de l'article 32. Voir R. D. Anderson et coll., « The Competition Policy Treatment of Intellectual Property Rights in Canada: Retrospect and Prospect », dans *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, publié sous la direction de R. S. Khemani et W. T. Stanbury, Institut de recherches en politiques publiques, Halifax (N.-É.), 1991, p. 497.
 - 40 *R. c. Union Carbide Canada Limited*, compte rendu de règlement, Cour de l'Échiquier du Canada, 9 décembre 1969 et 19 juin 1971, respectivement. Également, *Rapport annuel*, Directeur des enquêtes et recherches, exercices terminés les 31 mars 1970 et 1972.
 - 41 *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.*
 - 42 3 W.W.R. 11 [1984].
 - 43 Voir, par exemple, *International Cone Co. Ltd. c. Consolidated Wafer Co.* (1926) 2 D.L.R. 1015 (Ex.C.R.).
 - 44 *Bement v. National Harrow Co.* (1982) 186 U.S. 70.

- 45 Même s'il ne s'agit pas directement d'une cause portant sur la PI, *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Chrysler Canada Ltd.* (1989), 27 C.P.R. (3d) 1, accordée (1991), 38 C.P.R. (3d) 25 (Fed.C.A.) – la première cause portant sur un refus d'ap-provisionnement entendue par le nouveau Tribunal de la concurrence – comportait certains éléments de PI qui donnent une indication de la façon dont ces causes pour-raient se résoudre dans l'avenir. Dans le cas présent, Chrysler avait cessé de fournir des pièces de voiture à un distributeur canadien à des conditions plus favorables que celles offertes aux distributeurs situés aux États-Unis. Dans son jugement, le tribunal a indiqué que la présence d'une marque de commerce, en particulier, et d'un DPI de façon générale, ne témoigne pas nécessairement de l'existence d'un marché distinct.
- 46 Les propriétaires de biens visés par une marque de commerce semblent avoir la même protection contre les biens « gris » ou les importations parallèles portant une marque de commerce légitime, mais dont l'importation n'a pas été autorisée par le titulaire de la marque de commerce au Canada. Voir, par exemple, *Remington Rand Ltd. c. Transworld Metal Co. Ltd.* (1960) 32 C.P.R. 99; *Mattel Canada Inc. c. GTS Acquisitions and Nintendo of America Inc.* (1989) 27 C.P.R. (3d) 358 (Cour fédérale, Division de première instance); *H.J. Heinz of Canada Ltd. c. Edan Food Sales* (1991) 35 C.P.R. (3d) (Cour fédérale, Division de première instance).
- 47 Pour qu'il y ait eu infraction, on doit démontrer que a) l'entreprise est un important fournisseur du produit et que b) la concurrence a été réduite sensiblement. Il n'y a aucune cause où l'on a traité de territoires exclusifs dans le contexte de la propriété intellectuelle.
- 48 (1953) 13 Fox Pat.C.190 (Commr.)
- 49 *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.*
- 50 *Ibidem.* Le Directeur a prétendu que NutraSweet s'était livrée à plusieurs autres pra-tiques, y compris le recours à la clause de l'offre concurrente et à celle du client le plus favorisé.
- 51 *Ibidem.* La pratique consistant à priver d'une remise les détenteurs de licence qui font affaire avec d'autres fournisseurs ressemble à celle où l'on a imposé un coût aux déten-teurs de licence qui avaient fait appel à d'autres fournisseurs dans la cause *Microsoft*.
- 52 Il est important de signaler qu'une entente visant à rationaliser la production qui con-court à l'efficacité profiterait de l'exemption prévue à l'article 86 pour les accords de spécialisation.
- 53 *Philco Products Ltd. c. Thermionics Ltd.* (1943) 3 D.L.R.
- 54 Voir, par exemple, *Philco Products Ltd. et al. c. Thermionics Ltd. et al.* (1943), 3 D.L.R., p. 455. Pour une analyse détaillée de la jurisprudence portant sur les allégations d'abus anticoncurrentiel en tant que motif de défense dans les causes de contrefaçon, voir Anderson et coll., « Canadian Competition Law and Policy at the Centenary », *supra*, note 32.
- 55 Article 154 du *Patent Code*. La section 8 de l'article 1 de la Constitution donne au Congrès le pouvoir d'accorder des droits de brevet.
- 56 L'abus le plus fréquent en vertu de cette doctrine est la vente liée d'un produit breveté et d'un produit non breveté, mais on compte parmi les autres infractions les licences réciproques, les prix imposés, les clauses de non-concurrence et les restrictions quant au champ d'exploitation.
- 57 Pour plus d'information sur ce point, voir Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, West Publishing, St. Paul (Minn.), 1994, p. 218-219.

- 58 35 U.S.C.A. § 271(d).
- 59 L'article 3 a trait aux ventes liées et aux accords d'exclusivité, tandis que l'article 7 traite des fusions et des acquisitions.
- 60 L'article 261 de la *Patent Act* précise que le titulaire du brevet peut accorder et conférer un droit exclusif à l'égard d'une demande de brevet ou d'un brevet, pour l'ensemble ou une partie définie des États-Unis.
- 61 U.S. Department of Justice, Antitrust Division, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, 10 novembre 1988. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un texte de loi, les lignes directrices de 1988 décrivent des situations qui risquent de se présenter devant les tribunaux dans l'avenir et elles traitent de la façon dont le Département de la Justice appliquera la politique antitrust à la propriété intellectuelle.
- 62 U.S. Department of Justice et Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*.
- 63 Dans le dernier cas, il sera important de montrer qu'il n'existait pas d'autres moyens, moins contraignants, permettant d'obtenir les effets positifs liés à l'accord.
- 64 Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, p. 218-219, *supra*, note 57.
- 65 *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacturing Co.*, 243 US 502 (1916).
- 66 Voir, par exemple, *Morton Salt Co. v. G.S. Suppinger Co.*, 314 US 488 (1941); *B.B. Chemical v. Ellis*, 314 US 495 (1941); *Mercoid Corp. v. Mid-Continental Investment Co.*, 320 US 661 (1943); *Mercoid Corp. v. Minneapolis Honeywell Regulator Co.*, 320 US 680 (1943); *International Salt Co. v. United States*, 332 US 392 (1947); *United States v. Loew's Inc.*, 371 U.S. 38 (1962).
- 67 *Dawson Chemical Co. v. Rohm and Haas Co.*, 448 US 176 (1980).
- 68 *Ibidem*, p. 221-222. On a aussi relevé que les produits chimiques non brevetés n'avaient pas d'autre application et que, par conséquent, ces producteurs seraient probablement trouvés coupables de complicité de contrefaçon en vertu du paragraphe 271(c) du *Patent Code*. Il y a eu d'autres cas où des ventes liées ont été permises pour des procédés brevetés et des composantes non brevetées. Dans la cause *Electric Pipeline Inc. v. Fluid Systems Inc.*, 1956 Trade Cases ¶ 68,300, 231 F.2d 370, la vente liée a été permise parce que le titulaire du brevet avait conçu le système et les composantes en vue de répondre aux besoins des clients et qu'il garantissait le rendement du système.
- 69 *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 US 176 (1984). Dans cette cause, un contrat entre un hôpital et une entreprise d'anesthésiologie exigeait que tous les services soient exécutés par l'entreprise. Le répondant a fait valoir que ce contrat avait pour effet de fermer le marché (pour cet hôpital). La Cour suprême a renversé le jugement de la Cour d'appel qui avait jugé que le contrat était illégal en soi et qu'il constituait une infraction à l'article 1 de la *Sherman Act*.
- 70 *Ibidem*, p. 37, note 7.
- 71 Les récentes lignes directrices rendent ce point clair. En outre, il semble que les tribunaux commencent à appliquer cette règle dans leurs jugements; dans la cause *Spectrum Sports v. McQuillan*, 113 S. Ct. 884, 890 (1993), le tribunal a indiqué qu'il ne pouvait présumer qu'un brevet définissait, en soi, un marché pertinent.
- 72 *American Security Co. v. Shatterproof Glass Corp.*, 268 F.2d 769 (3d Cir. 1959). Il est important de signaler que cette accusation d'usage abusif peut être évitée en offrant un sous-ensemble à un prix différent ou en abaissant la redevance sur le secret commercial après l'expiration du brevet. Voir, par exemple, *Western Electric Co. v. Stewart-Warner Corp.*, 631 F.2d 333 (4th Cir. 1980); *Brulotte v. Thys Co.*, 379 US 29 (1964); *Rocform Corp. v. Acitelli-Standard Concrete Wall*, 367 F.2d 678 (6th Cir. 1966).
- 73 *Broadcast Music v. Columbia Broadcasting System Inc.*, 441 US 1, 99 S.Ct. 1551 (1979).

- 74 Voir, par exemple, *Automatic Radio Mfg. Co. v. Hazeltine Research Inc.*, 339 US 827 (1950); *Miller Insituform, Inc. et al. v. Insituform of N. America et al.*, 830 F 2d 60 6 (1987).
- 75 Voir, par exemple, *Beckman Instruments Inc. v. Technical Development Corp.*, 433 F 2d 55 (7th Cir. 1970).
- 76 Lignes directrices de 1988 du Département de la Justice, cas 10, p. 66.
- 77 Cette cause a été examinée plus en détail dans l'étude de Rey et Winter, ailleurs dans le présent ouvrage.
- 78 *Transparent-Wrap Machine Corp. v. Stokes and Smith Co.*, 329 US 637 (1946).
- 79 Le traitement plus permissif a été étendu aux clauses de licences de retour non exclusives.
- 80 U.S. Department of Justice et Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, p. 23.
- 81 Pour des exemples de causes de ce genre, voir *Hartford Empire Co. et al. v. United States*, 323 US 386 (1945); *SCM Corp. v. Xerox Corp.*, 564 F. 2d 1195 (2d Cir. 1981).
- 82 *Xerox Corp.*, 86 FTC 364 (1975).
- 83 Les ententes douteuses entre un donneur et un preneur de licence sont examinées en vertu de la règle de raison. *Moraine Products v. ICJ America, Inc.*, 1976-1 T.C. 60,935 (C7 1976). Voir « The Competition Policy Treatment of Intellectual Property Licensing in the U.S. and Canada », Bureau de la concurrence, mars 1987, qui renferme une excellente analyse de la loi américaine dans ce domaine.
- 84 Voir, par exemple, *Blount Mfg. Co. v. Yale & Towne Mfg. Co.*, 166 Fed. 555 (C.C.Mass. 1909).
- 85 *United States v. General Electric Co.*, 272 US 476 (1926).
- 86 Bien que le résultat puisse ne pas être différent, le raisonnement derrière chaque type de jugement diffère.
- 87 *United States v. Univis Lens Co.*, 316 US 241 (1941).
- 88 Voir, par exemple, *Royal Indus. v. St. Regis Paper Co.*, 420 F.2d 449, 452 (9th Cir. 1969).
- 89 Voir, par exemple, *Newburgh Moire Co. v. Superior Moire Co.*, 237 F.2d 283, p. 293-294.
- 90 Voir, par exemple, *United States v. United States Gypsum Co.*, 333 US 364 (1947).
- 91 Voir, par exemple, *Barber-Colman Co., v. National Tool Co.*, 136 F.2d 339, 343-44 (6th Cir. 1943).
- 92 Voir, par exemple, *United States v. Line Material Co.*, 333 US 287 (1947).
- 93 Ce qui est le plus notable, *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 US 752 (1984) et *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.* 485 U.S. 717 (1988) indiquent que les tribunaux font preuve de plus de souplesse à l'égard des pratiques de prix imposés dans les cas de concurrence verticale. Contrairement aux restrictions de prix, les restrictions visant la production ont reçu un traitement plus indulgent devant les tribunaux; voir, par exemple, *Q-Tips Inc. v. Johnson and Johnson*, 109 F. Supp 657 (D.N.J. 1951).
- 94 En un sens, la restriction vise le marché du produit (plutôt que le marché géographique). Les restrictions visant le champ d'exploitation sont permises aux États-Unis; voir *General Pictures*, 304 US 175 (1937), accueillie après une nouvelle audition 305 US 124 (1938) – aussi longtemps qu'elles ne servent pas à étendre la portée du brevet.

- 95 C'est ce que l'on appelle la « doctrine de la première vente » ou le « principe de l'épuisement ».
- 96 *Continental T.V. Inc. v. G.T.E. Sylvania, Inc.*, 443 U.S. 36 (1977).
- 97 Pour une analyse détaillée de l'équilibre entre les recours en vertu de la législation sur la concurrence et de la législation sur les brevets en vue de restreindre les importations parallèles de produits intégrant de la propriété intellectuelle, voir R. D. Anderson, P. J. Hughes, S. D. Khosla et M. F. Ronayne, « Intellectual Property Rights and International Market Segmentation: Implications of the Exhaustion Principle », document de travail, Bureau de la concurrence, Direction des affaires économiques et internationales, Hull (Qc), octobre 1990. Lorsque l'approche de la concurrence échoue, les titulaires de brevets peuvent se prévaloir d'un recours contre les importations contrefaites en vertu de l'article 337 de la *Tariff Act* des États-Unis. Les titulaires d'une marque de commerce bénéficient d'une certaine protection en vertu de l'article 42 de la *Lanham Trademark Act* ou de la *Tariff Act* si le titulaire de la marque de commerce à l'étranger et aux États-Unis est le même ou est affilié. En outre, la *Process Patent Amendments Act* de 1988 précise que les importations non autorisées de biens faits grâce à un procédé breveté aux États-Unis peuvent constituer une contrefaçon.
- 98 *United States v. Westinghouse Electric Corp.*, 648 F2d 642 (1981). Voir, aussi, *Dunlop Co. Ltd. v. Kelsey-Hayes Co.*, 364 F Supp 1094 (1972), où la Cour d'appel a avalisé les territoires exclusifs en vertu de l'article 261 du *Patent Code*, 1973-2, Trade Cases, ¶ 74,671.
- 99 Voir, par exemple, *U.S. v. Studiengesellschaft Kohle* (1981-2, Trade Cases, ¶ 64,394, 670 F2d 1122 (1981)).
- 100 Par exemple, voir le rapport intitulé « Justice Department Files First Antitrust Suit Against Foreign Company Since 1992 Policy Change », 8858E, 26 mai 1994, qui décrit une cause récente où le Département de la Justice a prétendu qu'un contrat conclu entre S.C. Johnson et Bayer avait pour effet de consacrer la domination de S.C. Johnson sur un marché concentré.
- 101 Voir, par exemple, *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 US 2 (1984), même si un brevet n'était pas en cause dans cette affaire.
- 102 *National Lockwasher Co. v. George K. Garrett Co.*, 137 F.2d 255 (3rd Cir. 1943).
- 103 Voir, par exemple, Department of Justice, « Microsoft Agrees to End Unfair Monopolistic Practices », 94-387, 16 juillet 1994.
- 104 Voir Priest, « Cartels and Patent Licence Arrangements », *supra*, note 2.
- 105 Voir, par exemple, *Standard Oil Co. v. United States*, 283 US 163 (1930) et *Hartford Empire Co. v. United States*, 323 US 386 (1945).
- 106 Voir l'exemple 8 des lignes directrices.
- 107 Par exemple, *United States v. Automobile Manufacturers Association*, 307 F. Suppl. 617 (C.D. Cal 1969), *modified sub nom. United States v. Motor Vehicle Manufacturers Association*, 1982-83 Trade Case. (CCH) Par. 65,088 (CD Cal 1982). La suppression des innovations est particulièrement préoccupante étant donné que l'entente impliquait un pourcentage élevé des participants au marché.
- 108 Par exemple, un accord de mise en commun qui aurait été acceptable au Département de la Justice est un accord tel que celui intervenu dans *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1 (1979), où une licence générale pour les compositions musicales protégées par droit d'auteur réduisait les coûts de transaction.
- 109 Puisque le dernier est plus près de l'objectif de la politique de concurrence aux États-Unis et au Canada, nombre des politiques de l'UE divergent profondément des

- politiques en vigueur dans ces sphères de compétence. Pour un examen détaillé du traitement de la propriété intellectuelle en vertu de la politique de concurrence dans la Communauté européenne, ses États membres et d'autres sphères de compétence, voir l'ouvrage de l'OCDE, *Competition Policy and Intellectual Property*, *supra*, note 5 et celui de Richard Whish, *Competition Law*, 3^e édition, Butterworths, Londres, 1993.
- 110 OCDE, *Competition Policy*, p. 45, *supra*, note 5.
- 111 Règlement de la Commission n° 2349/84, 23 juillet 1984, OJ n° L 219/15, 16 août 1984 et OJ no L 61, 4 mars 1989.
- 112 À l'article 1(7) du Règlement, le savoir-faire est défini comme étant un ensemble de renseignements techniques qui est secret, important et identifié dans une forme appropriée. La distinction entre une licence de brevet et une licence de savoir-faire est marquée davantage dans la législation de l'UE que dans celle du Canada ou des États-Unis. Étant donné que le savoir-faire est moins public, on est préoccupé que des entreprises utilisent une licence de savoir-faire pour dissimuler un cartel. Par conséquent, la réglementation exige que le savoir-faire transféré soit important.
- 113 Les pratiques exemptées sont de nature bilatérale seulement; les ententes multilatérales (y compris la mise en commun de savoir-faire, les coentreprises ou les accords d'octroi réciproque de licences) ne sont pas visées par ces exemptions. Les pratiques exemptées englobent les territoires exclusifs qui n'interdisent pas les importations parallèles, les ventes liées à des fins techniques, les exigences minimales en matière de redevances, les clauses de concession de licences réciproques non exclusives et les restrictions visant le champ d'exploitation. Par contre, les pratiques qui figurent sur la « liste noire » et qui ne sont pas exemptées parce qu'elles n'engendrent pas les avantages requis par le paragraphe 85(3) sont les clauses de non-contestation, la prolongation de la durée d'un brevet, les restrictions appliquées aux marchés ou aux clients, les redevances qui ne traduisent pas l'utilisation de la PI, les restrictions de quantité ou de prix, les exigences unilatérales de licences au retour ou les pratiques qui visent à prévenir le commerce parallèle. Les autres pratiques sont examinées au cas par cas; la Commission dispose d'une période de 60 jours pour rendre sa décision, à défaut de quoi la pratique est réputée exemptée. La Commission offre une « clause dérogatoire » qui lui permet de retirer les avantages de son exemption (par exemple lorsqu'elle constate par la suite que la concurrence est menacée).
- 114 Article 36 du Traité.
- 115 Voir, par exemple, *Vaessen/Morris*, OJ n° L 19/32, 26 janvier 1979.
- 116 Article 2(1)(1) du Règlement sur les brevets.
- 117 Article 3(9).
- 118 Voir, par exemple, dans *AOIP/Beyrard*, OJ n° L 6/8, 13 janvier 1976; en accordant une licence pour ses dispositifs électriques brevetés, Beyrard a inclus des brevets portant sur des améliorations qui prolongeaient le brevet et il a exigé des redevances sur des brevets expirés ou non utilisés.
- 119 Voir, par exemple, *Raymond/Nagoya*, OJ n° L 143/39, 23 juin 1972, et *Kabelmetal/Luchaire*, OJ n° L 222/34, 22 août 1975. Dans la dernière cause, la préoccupation était que le donneur original de la licence avait le droit exclusif d'accorder des sous-licences à d'autres pour les améliorations.
- 120 L'article 2(1)(10) de l'exemption générale à l'égard des brevets prévoit une obligation pour les parties de communiquer entre elles toute expérience acquise dans l'exploitation de l'invention visée par la licence et de s'accorder réciproquement une licence à

- l'égard des innovations constituant des améliorations et de nouvelles applications pourvu que cette communication ou cette licence soit non exclusive.
- 121 *Volvo/Weng*, cause 238/87, jugée le 5 octobre 1988.
- 122 En conséquence, on peut dire que, contrairement aux États-Unis (et, dans une certaine mesure, au Canada), le titulaire d'un brevet a le droit exclusif de « produire » l'invention (« l'existence »), mais il n'a pas le droit exclusif d'« utiliser » l'invention ou les produits dérivés de celle-ci.
- 123 Ces conditions précisent que le savoir-faire doit avoir été conçu pour a) limiter le détenteur de la licence à répondre à ses propres besoins, b) interdire au détenteur de licence de construire des installations pour des tiers et c) approvisionner un client en particulier à partir d'une autre source; voir les exemptions générales applicables au savoir faire, aux articles 3(7) et 4(2).
- 124 Voir, par exemple, *ENI/Montedison*, OJ n° L 5/13, 7 janvier 1987.
- 125 *Nungesser c. Commission* (ci-après *Maize Seed*), cause 258/78, 1982, E.C.R. 2015. C'est l'argument souvent invoqué dans les causes aux États-Unis – à savoir qu'une diminution de la concurrence intra-marque pourrait avoir pour effet d'accroître la concurrence inter-marque.
- 126 *Bousois/Interpane*, OJ n° 13/204, 15 décembre 1986.
- 127 Les dispositions relatives aux restrictions territoriales sont celles qui offrent le contraste le plus marqué entre la politique de l'Union européenne et celles des États-Unis et du Canada.
- 128 Par contre, les restrictions relatives au champ d'exploitation sont exemptées de l'article 85(1) en vertu des exemptions générales visant tant les brevets que le savoir-faire.
- 129 La doctrine de l'épuisement prévoit que lorsqu'un innovateur a mis en marché son invention, il ne peut restreindre la revente du bien. Voir, par exemple, *Centrafarm BV c. Sterling Drug Inc*, cause 15/74, 1974, E.C.R. 1147. La libre circulation des biens découle des articles 30 et 34 du Traité et des jugements rendus par la Cour de justice en matière d'épuisement. Des autorisations négatives ont été rendues dans le cas des contrats d'exclusivité où les parties au contrat ne sont pas assujetties à des restrictions de vente dans l'ensemble de la Communauté. *Burroughs/Geha-Werke*, OJ n° L 13/53, 17 janvier 1972 et *Burroughs/Delplanque*, OJ n° L 13/50, 17 janvier 1972.
- 130 *Nungesser c. Commission*, cause 258/78, 1982, E.C.R. 2015.
- 131 Une licence exclusive et ouverte ne limite pas entièrement le territoire; notamment, les importations parallèles ne sont pas interdites. Par ailleurs, s'il s'agit d'une licence exclusive absolue, le détenteur de la licence détient les droits exclusifs complets sur le territoire et les importations parallèles ne sont pas permises.
- 132 Le défendeur a fait valoir que les restrictions étaient nécessaires afin d'encourager l'innovation en raison du climat local et des conditions du sol, de la fragilité du produit ou de l'existence d'une concurrence inter-marque sur le marché des semences de maïs.
- 133 Dans ce cas, les biens ne sont pas considérés comme étant « autorisés » par le détenteur du DPI.
- 134 Voir, par exemple, *Raymond-Nagoya*, dans laquelle le détenteur de la licence était limité aux marchés japonais et avoisinants pour les pièces d'automobiles visées par la licence.
- 135 Voir, par exemple, *Kabelmetal/Luchaire*. À noter que les restrictions relatives au champ d'exploitation, qui ressemblent aux restrictions territoriales sauf qu'elles visent le produit plutôt qu'une région géographique, sont permises en vertu des deux exemptions générales.

- 136 Par exemple, l'Allemagne suit une approche au cas par cas, interdisant les restrictions verticales lorsque l'entrée sur le marché est limitée. Les restrictions territoriales sont assujetties aux articles 20 et 21 de la loi allemande sur les restrictions à la concurrence. Le territoire de la première vente d'un détenteur de licence de fabrication peut être précisé en vertu du droit de brevet et l'on permet aux titulaires d'un brevet allemand de recourir à des restrictions dans les licences étrangères lorsque le marché allemand n'est pas touché. Cependant, les restrictions sur les exportations allemandes ne sont pas permises en vertu de la loi. L'approche suivie par le R.-U. à l'égard des restrictions verticales est généralement permissive.
- 137 Pour plus de renseignements dans ce domaine, voir l'ouvrage de Valentine Korah, *Patent Licensing and EEC Competition Rules Regulation 2349/84*, ESC Publishing Limited, Oxford, R.-U., 1985, p. 27. Korah définit la mise en commun de brevets comme étant le regroupement de brevets pour qu'ils puissent être conjointement mis à la disposition de toutes les parties en vue d'être utilisés ou cédés sous licence à des tiers pour leur bénéfice conjoint, tandis que la licence réciproque (ou l'échange réciproque de licences) suppose une « entente distincte » ou une « entreprise liée ».
- 138 Les exemptions générales à l'égard des brevets prévues aux articles 5(1)(3) et 5(2). Voir, par exemple, *ENI/Montedison, supra*, note 124.
- 139 Le refus d'accorder une licence devient également litigieux lorsque l'innovateur fournit l'innovation à seulement une entreprise sur le marché en aval. Puisque ce refus est habituellement une condition figurant dans un contrat d'exclusivité, nous examinons le refus d'accorder une licence dans ce contexte, dans la section consacrée à l'exclusivité, ci-après.
- 140 *United States v. General Electric Co., supra*, note 85.
- 141 Ce problème est analysé dans l'article de M. Katz et C. Shapiro, « How to Licence Intangible Property », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 101, 1986, p. 567.
- 142 D. Turner, « Basic Principles in Formulating Antitrust and Misuse Constraints on the Exploitation of Intellectual Property Rights », *Antitrust Law Journal*, vol. 53, n° 4, 1984.
- 143 Voir l'examen de la législation américaine dans la présente étude.
- 144 Dans « Cartels and Patent Licence Arrangements », Priest fait valoir qu'il aurait pu y avoir une limitation du commerce, mais le gouvernement n'était pas bien préparé et il a présenté un dossier faible. S'il s'agissait véritablement d'une entente fictive, celle-ci aurait alors échoué le test prévu dans notre cadre économique et le tribunal aurait dû accorder une injonction.
- 145 Dans cet exemple, il n'y a aucun avantage découlant de la diffusion; ainsi, il n'y a aucune déséconomie au niveau de la production ou de la différenciation des produits du bien X qui aurait rendu la production de ce bien par plus d'une entreprise socialement souhaitable.
- 146 *United States v. Line Material Co., supra*, note 92.
- 147 Dans cette cause, l'entente de licences réciproques à l'égard des brevets apparentés incluait des restrictions de prix de part et d'autre et pour les détenteurs de sous-licences. Le tribunal a noté que de telles restrictions de prix violaient la *Sherman Act* même si elles pouvaient être avantageuses en vue d'encourager une utilisation plus étendue des brevets.
- 148 Cela est attribué au principe bien connu selon lequel un monopoleur qui détient deux produits complémentaires établit des prix moins élevés que ceux qui seraient établis

- par deux duopoleurs distincts pour ces produits. Voir J. Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge (MA.), 1990, ch. 4.
- 149 Même si les restrictions relatives à la production et au prix peuvent avoir un effet semblable, l'asymétrie de leur traitement découle des droits prévus dans le *Patent Code* des États-Unis, qui précise qu'un titulaire de brevet peut interdire l'utilisation ou la vente de son article breveté (restriction sur la production) mais il ne prévoit pas le droit d'agir sur sa valeur.
- 150 À titre d'exemple, voir notre analyse antérieure de la plainte déposée aux États-Unis contre S.C. Johnson et Bayer.
- 151 Par exemple, voir Tirole, *Theory of Industrial Organization*, ch. 4, et les références qui s'y trouvent, *supra*, note 148.
- 152 Autrement dit, l'UE est davantage préoccupée par les réductions de la concurrence intra-marque que ne le sont le Canada et les États-Unis. Cependant, une intensification de la concurrence intra-marque peut ne pas se traduire par une plus grande concurrence dans l'ensemble étant donné que la concurrence qui réduit le bénéfice que l'on peut tirer d'un nouveau produit réduit également l'incitation à mettre au point des marques ou des produits concurrents.
- 153 *Nungesser v. Commission*, *supra*, note 125.
- 154 L'utilisation des territoires exclusifs pour réduire la concurrence entre fabricants est analysée dans l'article de P. Rey et J. Stiglitz, « The Role of Exclusive Territories in Producers' Competition », *Rand Journal of Economics*, vol. 26, n° 3, automne 1995.
- 155 Seulement 7 p. 100 des brevets accordés au Canada concernent des inventions mises au point au pays. Cela contraste avec une proportion variant entre 20 et 50 p. 100 dans les autres grands pays industrialisés. Dans « The Competition Policy Treatment of Intellectual Property Rights in Canada: Retrospect and Prospect » (*supra*, note 39), R. Anderson et coll. font valoir que les petits pays ne devraient pas nécessairement adopter des politiques restrictives à l'égard des accords de licence, en faisant remarquer que de nombreuses licences de ce genre comportent des avantages sur le plan de l'efficacité. Les restrictions que renferment les contrats de licence peuvent réduire l'incitation qu'ont les innovateurs à transférer des technologies vers ces pays.
- 156 Anderson et coll. soutiennent, dans « Intellectual Property Rights and International Market Segmentation » (*supra*, note 97), que le coût engendré par des prix plus élevés est presque entièrement compensé par les avantages découlant du transfert de produits « à faible prix ». Ils font l'observation intéressante que si l'épuisement était appliqué à grande échelle, il faudrait harmoniser les lois sur la PI parce que la protection moins grande deviendrait la protection réelle et que les pays où le brevet n'est pas expiré feraient l'objet d'une concurrence en provenance de ceux où le brevet est expiré. Voir également N. Gallini et A. Hollis, « A Contractual Approach to the Gray Market », document de travail, Université de Toronto, 1996.
- 157 On pourrait recommander une politique *ex ante* plus rigoureuse à l'égard de l'intégration verticale des entreprises étant donné que, *ex post*, la législation sur les brevets témoigne d'une plus grande souplesse à l'égard des entreprises qui ont été fusionnées verticalement.
- 158 Selon la « théorie de l'effet de levier », les ventes liées peuvent permettre à l'innovateur d'étendre sa domination à d'autres marchés, bien que cette théorie ait soulevé beaucoup de scepticisme dans les écrits économiques. À titre d'exemple, voir Baxter, « Legal Restrictions on the Exploitation of the Patent Monopoly », et Hovencamp, *Federal Antitrust Policy* (*supra*, note 2 et note 57, respectivement). En outre, les ventes

- liées peuvent contribuer à fermer le marché lié aux concurrents, forçant les concurrents éventuels à entrer aux deux niveaux.
- 159 Les avantages et les coûts de la technique de la vente liée s'appliquent aux redevances sur la production, sauf que ces redevances peuvent constituer un moyen de fermer l'accès au marché où l'innovation affronte la concurrence. Une redevance sur la production totale, peu importe que le produit soit fabriqué à l'aide de la technologie visée par la licence, hausse le coût d'utilisation d'une autre technologie, comme il ressort de la cause *Microsoft*.
- 160 *Automatic Radio Mfg. Co. v. Hazeltine Research Inc.*, *supra*, note 74.
- 161 *Ibidem*.
- 162 Cela peut être obtenu en échangeant des technologies qui ne seront pas utilisées et en prélevant une redevance à l'unité afin de hausser le coût marginal perçu et, par conséquent, le prix auquel les entreprises sont en concurrence.
- 163 Eswaran, « Cross-Licensing of Competing Patents », *supra*, note 19.
- 164 En d'autres termes, il est rationnel, individuellement, de produire les deux technologies.
- 165 Il en est ainsi parce que, si les biens sont des substituts imparfaits, une hausse globale de la production d'une entreprise diminue les prix des biens qu'elle produit dans une proportion moindre que si la hausse était répartie entre deux biens au lieu d'être limitée à un seul.
- 166 Priest, « Cartels and Patent Licence Arrangements », *supra*, note 2.
- 167 *Hartford Empire Co. v. United States*, *supra*, note 81.
- 168 La cause classique est l'allégation de complot visant à retarder la mise au point d'une nouvelle technologie dans *United States v. Automobile Manufacturers Association*, où l'on a fait valoir que les principaux constructeurs d'automobiles s'étaient engagés dans une coentreprise aux fins de retarder l'investissement dans le matériel de lutte à la pollution pour les voitures. La cause s'est terminée par un jugement sur consentement dans lequel les fabricants de voitures ont accepté de mettre un terme à leurs efforts de coopération sans admettre que leur comportement antérieur avait enfreint la loi.
- 169 *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, *supra*, note 73.
- 170 À titre d'exemple, voir G. F. Mathewson et R. A. Winter, « The Economics of Vertical Restraints in Distribution », dans *New Developments in the Analysis of Market Structure*, publié sous la direction de G. F. Mathewson et J. Stiglitz, MIT Press, Cambridge (MA.), 1986; Tirole, *Theory of Industrial Organization*, *supra*, note 148.
- 171 À titre d'exemple, dans *Morton Salt Co. v. G.S. Suppinger Co.*, le tribunal a jugé qu'il n'était pas obligé de se prononcer sur le fait que le titulaire du brevet avait enfreint la *Clayton Act*. Dans *B.I.C. Leisure v. Windsurfing Int'l Inc.* (1991) 761 F. Supp. 1032, le tribunal a indiqué que si la défense fondée sur l'utilisation abusive devait démontrer que la concurrence sur le marché pertinent était limitée, il a aussi noté que la preuve d'un effet anticoncurrentiel pourrait être moins rigoureuse que dans une cause antitrust.
- 172 Dans *Federal Antitrust Policy*, Hovenkamp fait observer que, dans la cause *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds*, (1991) 911 F. 2d 970, où l'on a démontré qu'il y avait eu utilisation abusive parce que le donneur de licence insistait pour que le preneur de licence s'abstienne de mettre au point un logiciel concurrent pour une période de 99 ans, la question ne portait pas sur l'infraction à la législation antitrust. L'auteur interprète cela comme une application plus large dans le cas d'une défense fondée sur le droit d'auteur que dans le cas d'une défense fondée sur un brevet. Mais puisque les droits d'auteur sont plus faciles à obtenir que les brevets, la présomption d'un pouvoir

de marché est plus faible et la possibilité d'un comportement anticoncurrentiel est moins grande. La législation canadienne n'entraîne pas une révocation du brevet lorsque l'abus a été démontré; le contrat de licence est révoqué mais l'utilisation abusive n'a pas pour effet d'invalider le droit que détient le titulaire du brevet.

REMERCIEMENTS

LES AUTEURS TIENNENT À REMERCIER Ariana Birnbaum et Anindya Sen pour leur collaboration à la recherche ainsi que le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada et le Bureau de la concurrence pour leur soutien. Nous sommes particulièrement reconnaissants envers Rob Anderson pour ses précieux commentaires. Les opinions exprimées dans cette étude sont celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement celles du Bureau de la concurrence.

Commentaire

*Richard Gilbert
Département d'économique
Université de la Californie, Berkeley*

GALLINI ET TREBILCOCK PRÉSENTENT UNE ANALYSE très utile et informée de la législation sur la concurrence au Canada, aux États-Unis et dans l'Union européenne (UE), pour ce qui est des transactions comportant un élément de propriété intellectuelle. Le Canada et les États-Unis sont plus rapprochés, tant sur le plan géographique que sur celui de la jurisprudence, que l'un ou l'autre ne l'est de l'UE. Les lois sur la concurrence au Canada et aux États-Unis sont inspirées d'une philosophie de pondération des coûts et des avantages économiques. Les lois de l'Union européenne sont passablement différentes. Comme les auteurs le signalent, l'UE est opposée aux ententes qui peuvent limiter le commerce entre les États membres. Par conséquent, la législation de l'UE décourage les restrictions rattachées aux licences, telles que les territoires exclusifs.

Il y a un autre aspect important sous lequel la législation de l'UE diffère de celle du Canada et des États-Unis. L'article 85 du Traité de Rome précise que tout contrat ou association d'intérêts qui a un effet défavorable sur la concurrence est illégal à moins qu'il ne soit exempté. Au Canada et aux États-Unis, on peut dire de façon générale qu'une disposition d'une licence qui a un effet

défavorable sur la concurrence est légale jusqu'à ce qu'un tribunal l'ait déclarée illégale. Dans l'UE, par contre, une disposition qui a un effet défavorable sur la concurrence est illégale à moins qu'elle n'ait été autorisée par la Commission en vertu d'une exemption formelle. Il peut s'agir d'une exemption individuelle à l'égard de la disposition, ce qui est fastidieux et onéreux à obtenir, ou il peut s'agir d'une exemption générale. Une exemption générale est une exemption qui s'applique globalement à une catégorie de pratiques.

Le Département de la Justice des États-Unis a publié une ébauche de lignes directrices sur la propriété intellectuelle (PI) à peu près au même moment où la Communauté européenne (comme elle s'appelait alors) a publié une ébauche de son exemption générale à l'égard des transferts de technologies, qui englobait les ententes bilatérales portant sur des brevets et le savoir-faire. On a beaucoup discuté pour savoir si les lignes directrices sur la PI et l'exemption générale à l'égard des transferts de technologies convergeaient sur des politiques d'application similaires. De fait, les deux documents ne peuvent converger parce qu'ils s'appuient sur des principes juridiques différents.

À titre d'exemple, les lignes directrices sur la PI peuvent indiquer que les coentreprises de R-D risquent d'avoir un effet défavorable sur la concurrence, nonobstant le fait que les responsables de la législation antitrust aux États-Unis n'ont pas contesté de coentreprises de R-D depuis de nombreuses années. Les lignes directrices américaines peuvent décrire la conduite qui soulève des préoccupations en matière de concurrence tout en laissant la détermination de la légalité d'une coentreprise donnée à une analyse fondée sur le principe de la règle de raison. Par contre, l'UE doit soit accorder une exemption générale à l'égard des coentreprises de R-D soit examiner chaque coentreprise en ayant recours au processus de l'exemption individuelle. Bien entendu, l'UE jouit d'un pouvoir discrétionnaire considérable pour contester un comportement en vertu de l'article 85 et il y a eu très peu de causes comportant un élément de PI où l'on a invoqué la législation antitrust dans l'Union européenne (ou aux États-Unis). Mais l'exemption générale de l'UE doit être assez précise dans sa description du comportement permis.

Je me suis attardé aux lignes directrices américaines en matière de PI et à l'exemption générale de l'UE parce que je détecte, dans le texte de Gallini et Trebilcock, des lignes directrices embryonnaires à l'intention des autorités canadiennes. Pour cette raison, je dois passer en mode « lignes directrices » et être un peu tatillon, comme il sied à une procédure administrative. (Rappelez-vous lorsque Sonny Bonno a demandé à un collègue avec qui il siégeait à un comité du Congrès, pourquoi il fallait que la procédure soit aussi juridique. Ce dernier lui a alors rappelé que le comité suivait une démarche juridique parce qu'il élaborait des lois.) Je me concentrerai sur les quatre principes présentés dans l'étude de Gallini et Trebilcock, qui représentent un cadre de politique de concurrence à l'égard des DPI.

Le premier principe est le suivant : on ne devrait pas présumer qu'un droit de propriété intellectuelle engendre un pouvoir de marché. Cela est exact en

économique et approprié sur le plan de la politique publique. La collectivité de la PI appréciera un énoncé clair de ce principe fondamental.

Le second principe est : les droits d'exclusivité énoncés explicitement dans la législation sur les brevets devraient être respectés dans la législation sur la concurrence. Je propose que l'on apporte certaines précisions quant aux conséquences de ce principe. Les lois sur la PI établissent des droits de propriété à l'intention de ceux et celles qui mettent au point des produits et des procédés utiles ou qui conçoivent une expression créatrice. La législation sur la concurrence doit respecter ces droits explicites. Cependant, les principes anticoalition qui régissent le comportement concurrentiel devraient être les mêmes pour la PI que pour toute autre forme de propriété. Les auteurs signalent à juste titre le besoin de limiter la concurrence dans les accords de licence. Des arguments semblables valent pour les restrictions auxquelles on a recours dans d'autres circonstances. Prenons le cas des accords de distribution. Tant le fabricant que les distributeurs peuvent devoir investir dans des éléments d'actif servant exclusivement à leurs relations, par exemple un point de service qui convient uniquement à un produit particulier. Des restrictions verticales peuvent être nécessaires pour protéger ces investissements contre les comportements opportunistes et le parasitage. Ma préoccupation est que ce second principe ne devrait pas signifier que la PI soulève des questions de concurrence qui sont fondamentalement différentes de celles soulevées par d'autres formes de propriété. Les modalités relatives à la PI peuvent justifier plus souvent, des restrictions plus étendues, mais ces restrictions peuvent aussi être nécessaires dans le cas d'autres transactions.

Le troisième principe est le suivant : les responsables de la concurrence ne devraient pas fonder leur politique sur le fait que les innovateurs ont reçu, ou non, une rétribution suffisante pour leurs efforts, mais devraient évaluer les contrats de licence selon leur bien-fondé. Mon interprétation de la pensée des auteurs est que les responsables de la législation sur la concurrence ne déterminent pas la taille, la portée ou l'existence d'un droit de propriété intellectuelle. Aux États-Unis, cela est fait par le *Patent and Trademark Office* et le *Copyright Office*, agissant sous l'autorité du Congrès. Les responsables de la politique de concurrence régissent uniquement la façon dont les droits de propriété peuvent être utilisés. Les lois dans ce domaine ne définissent pas la taille ou la portée d'un brevet, mais les politiques afférentes à la concurrence influent sur l'incitation à innover en définissant les restrictions admissibles. En outre, les stimulants *ex ante* à l'innovation peuvent être un facteur entrant en ligne de compte dans la détermination des restrictions efficaces sur le plan économique. Par exemple, les effets concurrentiels d'un accord qui exige des détenteurs de licences qu'ils cèdent au donneur de licence les droits exclusifs à l'égard de nouvelles inventions peuvent dépendre des conditions de la concurrence au niveau de la recherche et du développement. Par conséquent, les stimulants *ex ante* à l'innovation peuvent ne pas être tout à fait dissociables d'une analyse du bien-fondé d'un accord de licence.

Le quatrième principe est que les restrictions en matière de licences qui ne réduisent pas la concurrence par rapport à la situation où il n'y aurait « aucune licence » devraient être permises. Cette notion se rapproche de ce que l'on retrouve dans les lignes directrices américaines sur la PI, qui affirment que des préoccupations en matière de concurrence peuvent surgir lorsqu'un accord de licence entrave la concurrence entre des entités qui auraient été des concurrents réels ou éventuels sur le marché pertinent en l'absence de la licence. Il y a une distinction subtile, mais importante, à faire entre l'« accord de licence » et une restriction applicable à une licence. On peut faire valoir que la restriction pourrait avoir des effets défavorables sur la concurrence même si la licence est elle-même favorable à la concurrence. Si on laisse cet énoncé inchangé, il invite au *signolage* des accords de licence, par exemple : « Vous avez accordé des licences à seulement huit entreprises dans l'industrie; pourquoi pas aux deux autres? »

La question générale abordée ici est celle des conditions dans lesquelles les responsables de la législation sur la concurrence peuvent exiger d'un donneur de licence qu'il envisage une solution moins restrictive. Un critère simple est l'état de la concurrence en l'absence de la licence. Malheureusement, ce critère n'est pas tout à fait satisfaisant. Prenons le cas des licences accordées par Microsoft pour l'utilisation de ses systèmes d'exploitation aux fabricants et détaillants d'ordinateurs. La licence est avantageuse par rapport à un monde où il n'y aurait aucune licence. Pourtant, certains aspects de la licence peuvent contrevenir aux lois antimonopoles – par exemple, en supprimant la concurrence provenant des fournisseurs des systèmes d'exploitation concurrents. Cela pourrait être analysé dans le cadre proposé en adoptant une vision élargie du monde hypothétique, qui pourrait comporter d'autres formes d'accords de licence. Toutefois, une telle approche devient plutôt arbitraire.

Les restrictions que renferme une licence doivent être examinées dans le contexte d'ensemble de la licence. Les lignes directrices américaines en matière de PI tiennent partiellement compte de cette préoccupation lorsqu'elles précisent que les organismes responsables ne se livreront pas à une recherche de solutions théoriques moins restrictives qui ne seraient pas réalistes dans le contexte pratique du marché prospectif sur lequel évolueront les parties.

Ce ne sont là que des détails. L'étude est très bien structurée. Mais une analyse des lignes directrices, même à ce stade de développement, nous oblige à en examiner les détails. Les avocats ont le souci du détail et de la précision dans leur réflexion. Il faut voir comment toute imprécision pourrait être exploitée par d'autres et en tenir compte au moment de produire des lignes directrices qu'il conviendrait d'exprimer en termes généraux.



Donald G. McFetridge
Département d'économie
Université Carleton

3

Propriété intellectuelle, diffusion de la technologie et croissance dans l'économie canadienne

INTRODUCTION

NOTRE ÉTUDE VISE À EXAMINER CERTAINES CONSÉQUENCES des droits de propriété intellectuelle sur la diffusion des innovations technologiques et d'analyser certains aspects du lien entre la diffusion de la technologie et la croissance. Nous décrivons l'expérience acquise au Canada en matière d'octroi de licences obligatoires d'exploitation de brevets et nous analysons les répercussions de cette expérience sur l'utilisation du régime de licences obligatoires comme instrument de politique tant dans les pays développés que dans les pays en développement.

SOURCES DE CROISSANCE ÉCONOMIQUE

LE RÔLE CENTRAL DE L'INNOVATION – définie au sens large – en tant que source de croissance du revenu par habitant est un fait largement accepté¹. Le consensus est beaucoup moins complet en ce qui concerne les formes d'organisation économique les plus propices à l'innovation. Ainsi, de longs débats se sont déroulés sur le rôle des marchés concurrentiels ou des droits de propriété intellectuelle comme facteurs d'incitation à l'innovation.

Le débat au sujet de l'effet de la concurrence sur l'innovation et la croissance s'est poursuivi à plusieurs niveaux². Sur un plan global et impressionniste, Porter (1990) a décelé un rapport entre l'intensité de la concurrence sur les marchés intérieurs et l'avantage concurrentiel d'une nation. Cette conclusion l'a incité à préconiser l'adoption de vigoureuses politiques de concurrence, même si les pays les plus performants dans son étude (l'Allemagne et le Japon) ne possèdent pas de politiques antitrust particulièrement rigoureuses (McFetridge, 1992).

À un niveau moins structuré et plus désagrégé, il existe une vaste documentation sur la rivalité en matière d'innovation³. Il importe de comprendre que, dans ce contexte, la rivalité repose sur l'anticipation du fait que le succès remporté par un innovateur aura pour effet de lui donner un certain pouvoir de monopole. En l'absence de la possibilité d'exercer au moins un pouvoir limité de monopole – ou, pour paraphraser Schumpeter, si les innovateurs couronnés de succès devaient faire face immédiatement à une concurrence parfaite de la part d'imitateurs –, il n'y aurait que peu d'incitation à poursuivre des efforts d'innovation.

Si l'innovateur peut espérer une certaine forme d'exclusivité pendant la période qui suit l'adoption d'une innovation, la rivalité au cours de l'étape qui précède la mise au point d'une innovation peut avoir des effets bénéfiques dans une certaine mesure. Cette question relève de la théorie économique de l'« optimum de second rang ». En principe, un innovateur en situation de monopole qui peut recueillir tous les avantages sociaux générés par son innovation affectera le montant approprié de ressources à cette innovation⁴. Dans ces conditions, la rivalité est inutile. Mais, si l'entrepreneur qui réussit à mettre au point une innovation ne peut recueillir la totalité des avantages sociaux attribuables à son innovation, un innovateur en situation de monopole affectera des sommes insuffisantes (par rapport à la situation idéale) au projet d'innovation, tandis que l'existence d'une rivalité pourrait favoriser un processus d'innovation plus efficace et/ou plus rapide. Ce qui se produit dans ce cas est que l'effet d'une distorsion (redistribution ou doublement partiel de la rivalité) compense l'incidence d'une autre distorsion (impossibilité de recueillir tous les avantages de l'innovation).

La portée de la rivalité sur les marchés de l'innovation est déterminée en partie par la rigueur des droits de propriété intellectuelle. Toute autre chose égale par ailleurs, la possibilité d'obtenir un droit plus étendu aura pour effet d'attirer un plus grand nombre de rivaux. À vrai dire, l'attrait exercé par le droit de propriété pourrait, en principe, être manipulé afin d'attirer le nombre de rivaux socialement optimal (Dasgupta et Stiglitz, 1980). À cette fin, il faut supposer qu'il y a propriété commune de la base de connaissances à partir de laquelle travaillent les innovateurs potentiels. Mais, si une partie des connaissances dont les innovateurs éventuels ont besoin est de propriété exclusive, des droits de propriété plus étendus au sujet des innovations existantes pourraient restreindre la rivalité portant sur des innovations courantes ou subséquentes.

La diffusion de l'innovation comporte donc deux aspects. L'un est l'utilisation des connaissances nouvelles, souvent sous forme de nouvelles technologies industrielles, par des utilisateurs ultimes. Nous analysons plus loin certaines constatations récentes sur la diffusion des nouvelles technologies industrielles.

L'autre aspect de la diffusion est l'utilisation des connaissances nouvelles en tant que bien intermédiaire par des innovateurs ultérieurs. Dans ce cas-ci, la législation sur les brevets, notamment en ce qui concerne les exigences de nouveauté et la portée du brevet, joue un rôle primordial. Ces questions sont

analysées par Acheson et McFetridge (1996) et dans plusieurs études publiées ailleurs dans le présent ouvrage; nous les soulevons plus loin dans le contexte de l'expérience acquise au Canada avec le régime de licences obligatoires. Nous résumons aussi les résultats d'études canadiennes récentes portant sur l'utilisation de technologies brevetées comme tremplin pour des innovations secondaires.

DIFFUSION ET CROISSANCE

NOS CONNAISSANCES SONT ÉTONNAMMENT LIMITÉES au sujet du lien entre la diffusion de la technologie et la croissance économique. L'existence d'une corrélation statistique entre la recherche-développement (R-D) et la productivité totale des facteurs est bien établie. Ce lien suppose que les dépenses de R-D engendrent des connaissances qui sont en quelque sorte mises à contribution. La documentation existante ne consacre que peu ou pas d'attention au rythme auquel les nouvelles connaissances sont mises à contribution.

La technologie peut être diffusée de façon immatérielle ou incorporée dans de nouvelles générations de machines, de matériaux ou de logiciels. Les utilisateurs de technologies nouvelles peuvent profiter de retombées à divers degrés. Le rythme de diffusion d'une technologie sera vraisemblablement fonction de son caractère intégré ou immatériel, du caractère plus ou moins appropriable qu'elle possède, ainsi que d'autres caractéristiques (Griliches, 1991).

Toute autre chose égale par ailleurs, si les nouvelles connaissances sont appliquées plus rapidement, leur apport se fera sentir plus tôt. Dans l'optique d'un modèle de croissance simple, une diffusion plus rapide de la technologie hausserait la production à un niveau supérieur. Cette hausse serait fonction du stock de technologies nouvelles en cause, du taux de rendement de ces technologies et de la portée de l'accélération du taux de diffusion. Dans le contexte d'un modèle de croissance endogène, qui permet de capter certaines retombées de la production cumulative ou de l'application cumulative de l'effort d'innovation, une accélération du rythme de diffusion pourrait aussi entraîner une hausse soutenue du taux de croissance de la production.

Bien entendu, le processus de diffusion est onéreux en soi, et c'est l'augmentation nette de la production attribuable à une diffusion accélérée qui devrait nous intéresser. Un rythme plus rapide ne veut pas nécessairement dire un meilleur résultat. L'analyse devrait insister non pas tant sur le rythme de diffusion que sur les imperfections (les défaillances du marché et l'inefficience de l'appareil gouvernemental) du processus de diffusion lui-même. La question n'est pas nouvelle : Y a-t-il des externalités en matière de diffusion à l'égard desquelles des politiques publiques correctives peuvent être appliquées ? Aux fins de notre exposé, la question pourrait être portée plus loin en se demandant si le droit de la propriété intellectuelle a joué un rôle important sur le plan de

l'internalisation des externalités de diffusion et s'il peut être appelé à jouer un rôle plus productif.

THÉORIES ÉCONOMIQUES ET DIFFUSION DE LA TECHNOLOGIE

IL EXISTE DE NOMBREUX MODÈLES ÉCONOMIQUES du processus de diffusion de la technologie (Stoneman et Diederer, 1994). L'un d'eux est le modèle de contagion, selon lequel les utilisateurs potentiels d'une technologie apprennent son existence de façon passive en observant ceux qui l'utilisent déjà. Dans ce cas, les premiers utilisateurs transmettent un avantage à ceux qui adoptent sub-séquentement la technologie par effet de démonstration. En raison de cette externalité positive de l'effet de démonstration, le rythme de diffusion sera peut-être plus lent que celui qui est socialement optimal.

Selon un autre modèle, les fournisseurs de technologie peuvent jouer un rôle actif au niveau du processus de diffusion par leurs décisions en matière de prix et de publicité. Ils peuvent faire trop ou pas assez de publicité par rapport à la norme souhaitable. Une entreprise qui détient un monopole sur une nouvelle technologie aura tendance à ne pas faire assez de publicité. Ce résultat peut être renversé si les caractéristiques respectives des clients moyens et marginaux ne sont pas les mêmes, si un mode de publicité persuasif et non informatif est utilisé ou si de proches substituts sont disponibles à des prix supérieurs au coût marginal.

D'après un troisième modèle, les utilisateurs potentiels sont appelés à jouer un rôle actif dans le processus de diffusion. Mais les coûts d'adoption peuvent différer d'un utilisateur éventuel à un autre. Ainsi, ceux dont les coûts d'adoption sont plus faibles devraient figurer parmi les premiers à adopter la nouvelle technologie. Par ailleurs, si les coûts d'adoption sont en partie fixes par rapport à la quantité de technologie adoptée, les utilisateurs de plus grande taille adopteront peut-être plus rapidement la nouvelle technologie que ne le feront ceux de plus petite taille. Le résultat final dépend du degré de transférabilité de l'expérience en matière d'adoption et, le cas échéant, de la mesure dans laquelle elle est appropriable (voir plus loin). Des facteurs stratégiques peuvent aussi intervenir. Si l'adoption d'une nouvelle technologie engendre un déplacement des parts du marché et l'apparition de rentes oligopolistiques, il peut en résulter un taux et une incidence d'adoption trop élevés.

COMPLÉMENTARITÉ DE L'INNOVATION ET DE LA DIFFUSION

POUR COMPRENDRE LES ASPECTS ÉCONOMIQUES de la diffusion de la technologie, il est utile de saisir le lien qui existe entre l'innovation et la diffusion. Ce lien est manifeste à un niveau : sans innovation, il n'y aurait rien à diffuser. Mais, le lien

est plus subtil parce que l'innovation et la diffusion font partie du même processus. David (1993) a soutenu que l'accès au stock existant de renseignements techniques acquiert une importance croissante à mesure que l'innovation se résume à intégrer et à réaliser de nouvelles combinaisons de résultats scientifiques et technologiques existants. David insiste sur ce qu'il appelle le « pouvoir de distribution » d'une économie qui, dans ce contexte, n'est rien d'autre que la capacité des organisations innovatrices à utiliser les connaissances scientifiques et technologiques. Il s'agit en partie d'une question de sensibilisation et en partie d'une question de négociation des conditions d'accès lorsque le savoir requis est de propriété exclusive.

Selon un thème qui revient souvent dans la documentation, l'innovation relève fréquemment d'un processus conjoint mettant en cause fournisseurs et clients éventuels (Rosemberg, 1982; Von Hippel, 1986; McFetridge, 1993). Les premières études ont insisté sur la rétroaction des utilisateurs en tant que source d'amélioration des technologies existantes. Les études récentes ont mis en relief l'importance de la collaboration à toutes les étapes du processus d'innovation entre les fournisseurs et les premiers utilisateurs éventuels (Von Hippel, 1986; Midgely, Morrison et Roberts, 1992; Carlsson et Jacobsson, 1994).

D'autres ont soutenu que le fait d'investir dans l'innovation engendre une capacité secondaire d'adopter des technologies externes. Le caractère de produit conjoint du rendement sur les investissements en R-D a été souligné dans les travaux empiriques de Cohen et Levinthal (1989). De même, Geroski, Machin et Van Reenen (1993) ont établi une distinction entre le taux de rendement marginal d'une innovation précise et la rentabilité supérieure, en moyenne, des entreprises qui possèdent une aptitude manifeste à innover. Cette dernière pourrait être attribuable en partie à une capacité supérieure à utiliser le savoir des autres. L'argument voulant qu'un investissement en innovation renforce l'aptitude à adopter d'autres innovations signifie que cette complémentarité engendre des niveaux plus élevés d'innovation et de diffusion. L'innovation peut promouvoir la diffusion et vice versa.

SUBSTITUABILITÉ ENTRE INNOVATION ET DIFFUSION

L'INNOVATION ET LA DIFFUSION SONT COMPLÉMENTAIRES en ce sens qu'elles font partie du même processus, mais, d'un autre point de vue, elles sont aussi des substituts. Pour qu'il y ait incitation à innover, il peut-être nécessaire de demander un prix (marginal) pour l'utilisation des innovations qui dépasse le coût (marginal) de leur diffusion. Mais cela compromet aussi leur adoption. Plus précisément, des utilisateurs finals et des innovateurs subséquents prêts à payer le coût marginal ne seraient pas servis. Il y a donc un arbitrage, d'une part, entre l'innovation et la diffusion parmi les utilisateurs finals et, d'autre part, entre l'innovation initiale et l'innovation future.

DONNÉES EMPIRIQUES SUR LA DIFFUSION

LA DIFFUSION DANS LES ÉTUDES SUR LES TAUX DE RENDEMENT DE L'INNOVATION

UNE MESURE PARTIELLE DE L'APPORT DE L'ACTIVITÉ INNOVATRICE à la croissance économique est le taux de rendement social de la R-D, qui est généralement calculé à partir d'un rapport statistique entre les dépenses passées et actuelles de R-D et la productivité totale des facteurs (PTF). La vaste majorité des études sur les taux de rendement n'abordent pas la question de la diffusion. Dans certains cas, elles n'ont pas à le faire. Ainsi, dans les études transversales, le taux de rendement estimé de la R-D est un taux de rendement à l'équilibre.

Dans les études fondées sur des données chronologiques ou transversales/chronologiques par panel, on établit une distinction entre l'impact et les effets à l'équilibre de la R-D sur la PTF. Par conséquent, la diffusion doit ou devrait importer, mais elle est rarement prise en compte au moment de la spécification de ces modèles parce que l'on suppose généralement qu'une hausse du stock de capital de R-D durant une année donnée exerce son plein effet sur la PTF l'année suivante⁵. Dans les études spécifiées en termes de taux de rendement, on suppose habituellement qu'une hausse du flux annuel de dépenses de R-D exerce son plein effet sur la PTF l'année suivante⁶.

La mesure dans laquelle les études économétriques du rapport entre la R-D et la PTF évaluent le taux de rendement social de la R-D est fonction du niveau d'agrégation et de la prise en compte de la R-D interne et externe. Les études portant sur les effets de la R-D interne à l'échelle de l'entreprise permettent d'obtenir des estimations du taux de rendement privé de la R-D. Les études de la R-D interne à l'échelle de l'industrie permettent d'obtenir des estimations du taux de rendement qui comprennent les retombées intra-industrielles ainsi que le taux de rendement privé. Griliches (1991) est d'avis que les modes respectifs de diffusion des avantages privés et secondaires diffèrent probablement. Il s'ensuit que la structure des retards de la relation entre le stock ou le flux de R-D et la PTF devrait pouvoir varier entre la R-D interne et la R-D externe en fonction du niveau d'agrégation. Encore une fois, la pratique normale consiste à ignorer les divergences possibles dans les délais de diffusion⁷.

Les études qui s'intéressent à la question des délais de diffusion empruntent diverses approches. Certaines utilisent les estimations des retards de diffusion que d'autres ont calculés. Ainsi, Ulrich, Furtan et Schmitz (1986) ont supposé, en se fondant sur les travaux antérieurs d'Evenson et d'autres, que les premiers effets des dépenses de R-D consacrées aux orges de brasserie se font sentir sept ans après l'engagement de ces dépenses⁸.

Les auteurs d'autres études ont tenté d'estimer le taux de diffusion de concert avec le taux de rendement de la R-D. Leur démarche a souvent consisté à adopter la structure de retards qui a pour effet de maximiser la corrélation partielle entre la PTF et la R-D actuelle et passée. Les auteurs qui choisissent cette

approche supposent dans les faits que l'hypothèse nulle d'un effet nul de la R-D sur la PTF *devrait* être rejetée et ils retiennent la structure des retards qui s'adapte le mieux à ce contexte. Plusieurs auteurs qui se sont employés à estimer le taux de rendement social des dépenses publiques de R-D dans le secteur agricole ont adopté la même approche (Nagy et Furtan, 1984; Widmer, Fox et Brinkman, 1988; Harbasz, Fox et Brinkman, 1988; Haque, Fox et Brinkman, 1989).

CARACTÉRISTIQUES DES PREMIÈRES FIRMES À ADOPTER DES TECHNOLOGIES INDUSTRIELLES : RÉSULTATS D'ÉTUDES CANADIENNES RÉCENTES

LES AUTEURS DE PLUSIEURS ÉTUDES EMPIRIQUES ont tenté d'isoler les caractéristiques des pionniers en matière d'adoption de nouvelles technologies industrielles. Ils ont voulu déterminer si les premières entreprises à adopter une technologie disposaient d'avantages systématiques sur le plan des coûts d'implantation sur celles qui le font à une date ultérieure. Ainsi, s'il existe des établissements indivisibles au niveau de l'implantation de la technologie, les établissements de plus grande taille auront un avantage sur le plan des coûts par rapport aux établissements plus petits. Si l'expérience acquise lors de l'implantation de la technologie est transférable d'un établissement à un autre et qu'elle est au moins partiellement appropriable, les entreprises possédant plusieurs établissements pourraient disposer d'un avantage au niveau des coûts d'implantation par rapport à celles qui n'ont qu'un établissement. Si l'expérience acquise n'est pas transférable ou qu'elle est transférable mais non appropriable, les entreprises ayant de multiples établissements ne disposeraient pas d'un avantage sur le plan des coûts d'implantation par rapport à celles qui n'ont qu'un seul établissement.

La possibilité que l'expérience en matière d'adoption soit transférable mais non pleinement appropriable laisse penser qu'il pourrait y avoir une externalité sur le plan de la diffusion. Celle-ci prendrait la forme d'un effet de démonstration et sa présence signifierait que ceux qui adoptent la technologie à une période ultérieure devraient dédommager ceux qui furent les premiers à le faire.

Les preuves empiriques au sujet de la présence d'une externalité sous forme d'effet de démonstration sont ambiguës. Il existe toute un éventail de résultats empiriques qui se prêtent à plus d'une interprétation. Par exemple, un résultat selon lequel, toute chose égale par ailleurs, les établissements des entreprises à établissements multiples n'adoptent pas plus rapidement les technologies que les entreprises à établissement unique peut vouloir dire que l'expérience en matière d'implantation :

- est non transférable,
- est transférable mais non appropriable, ou
- est transférable et appropriable et peut être acquise en s'adressant à des spécialistes externes (comme des ingénieurs-conseils).

Dans son étude, McFetridge (1992, tableaux 10 à 13) a conclu que, toute chose égale par ailleurs, la probabilité d'utiliser une technologie de fabrication de pointe n'augmentait pas en fonction de la taille des entreprises à établissements multiples. Plus récemment, Baldwin et Diverty (1995, tableau 3) ont constaté que, toute chose égale par ailleurs, la probabilité qu'un établissement utilise au moins une parmi 22 technologies de fabrication de pointe n'augmentait pas en fonction de la taille des entreprises à établissements multiples. Pour ce qui est de diverses technologies de fabrication de pointe, la taille des entreprises à établissements multiples exerce une influence positive dans un seul cas – celui des technologies avancées de communication et d'inspection. Il se peut toutefois que ce résultat soit davantage lié aux possibilités d'application des technologies qu'au caractère transmissible de l'expérience d'implantation.

Baldwin et Diverty (1995, tableau 4) ont aussi examiné l'incidence de la taille des entreprises à établissements multiples sur le nombre de technologies de fabrication de pointe utilisées dans un établissement donné. Ils ont constaté que le nombre de technologies était plus élevé dans les établissements appartenant à des entreprises de plus grande taille. Parmi les autres éléments qui ont un rôle à jouer figurent la croissance de l'établissement, la taille de l'établissement, la propriété étrangère et le fait que l'établissement appartienne à un secteur industriel innovateur. La constatation selon laquelle les établissements évoluant dans des industries innovatrices seront probablement parmi les premiers à adopter les technologies de pointe concorde avec l'argument voulant que l'aptitude à innover soit reliée à l'aptitude à implanter des technologies⁹.

Baldwin, Gray et Johnson (1995) ont découvert des éléments probants au sujet du caractère transmissible et appropriable du savoir-faire entre établissements. Ils ont constaté que, toute chose égale par ailleurs, la probabilité qu'un établissement offre des programmes de formation à ses employés n'augmentait pas en fonction de la taille de l'établissement ou du nombre d'établissements sur le marché intérieur. Il s'ensuit que la formation n'est pas transmissible ou, si elle l'est, qu'elle n'est pas appropriable. Mais, si la deuxième possibilité s'avère, on peut se demander pourquoi une formation est offerte au départ.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET DIFFUSION DE LA TECHNOLOGIE

LIENS POSSIBLES

AU NIVEAU LE PLUS FONDAMENTAL POSSIBLE, les droits de propriété intellectuelle ont pour effet de promouvoir la diffusion en stimulant l'innovation. S'il n'y a pas d'innovation, il n'y a rien à diffuser. Comme nous l'avons soutenu plus haut, il y a aussi des éléments de complémentarité entre innovation et diffusion. Dans les cas où il y a une collaboration entre les utilisateurs et le fournisseur, l'innovation et la diffusion se produisent simultanément, du moins pour les

premiers utilisateurs. De plus, le savoir accumulé par l'intermédiaire de l'activité innovatrice peut aussi servir à ajouter de la valeur aux connaissances des autres. Par ailleurs, l'aptitude à innover englobe la capacité de faire un usage productif du savoir des autres. En stimulant l'innovation, la propriété intellectuelle favorise la diffusion.

La propriété intellectuelle influe aussi sur le processus de diffusion lui-même. D'abord, il y a l'exigence de divulgation. En échange de la protection offerte par un brevet, le titulaire du brevet doit divulguer son invention, et la divulgation doit être suffisamment détaillée pour permettre de reproduire l'invention. En utilisant le brevet, on peut produire des imitations sans violer le brevet et apporter des perfectionnements ultérieurs à une invention¹⁰.

L'existence d'un droit de propriété facilite aussi les transactions commerciales portant sur des connaissances. Pour qu'il puisse y avoir un échange sur le marché, il faut que les droits soient définis et exécutoires¹¹. L'obstacle principal à la vente de connaissances tient au fait qu'elles doivent être divulguées à l'acheteur pour que celui-ci puisse les évaluer mais, une fois les connaissances divulguées, il est possible que l'acheteur ne voit aucune raison de payer pour les utiliser. Mais si le savoir en cause est protégé par un droit de propriété intellectuelle, l'acheteur peut être forcé de ne pas l'utiliser jusqu'à ce qu'il ait payé pour l'acquérir. Parmi les autres mesures de protection contre l'opportunisme de l'acheteur, il y a les restrictions quant au champ d'exploitation, les clauses de « licences au retour » et les clauses d'effort maximum dans les contrats de licence. Les mesures de protection contre l'opportunisme du vendeur peuvent prendre la forme de redevances conditionnelles ou courantes, de redevances postérieures à l'expiration et de diverses formes d'exclusivité.

Les droits de propriété intellectuelle ou les mesures de protection des secrets commerciaux peuvent aussi faciliter la transmission du savoir tacite ou non codifié. Si, par exemple, des connaissances tacites sont liées directement à l'exploitation d'un brevet, le brevet protège effectivement ces connaissances, qui peuvent être transmises par l'intermédiaire d'une licence d'exploitation de brevet. Quant aux mesures relatives aux secrets commerciaux, elles assurent une protection du savoir tacite ayant une portée d'application plus vaste.

L'existence de droits exclusifs peut aussi compromettre la diffusion. Selon un argument bien connu, puisque le coût marginal d'utilisation du savoir existant est pratiquement nul, les efforts déployés par les titulaires de droits de propriété intellectuelle en vue d'obtenir des prix positifs pour leurs inventions ou leurs créations mènent à une sous-utilisation inefficace de celles-ci. Dans ce cas, innovation et diffusion sont des substituts. Un droit de propriété plus rigoureux favorise la mise au point de nouvelles innovations, mais ce résultat est obtenu aux dépens de restrictions à la diffusion d'innovations inframarginales tant pour les utilisateurs finals que pour les innovateurs ultérieurs. L'arbitrage entre innovation et diffusion parmi les utilisateurs finals figure au cœur même du modèle de Nordhaus (1969) et d'autres sur les modalités optimales des brevets. Plus récemment, les auteurs d'études portant sur les

conditions optimales des brevets ont insisté sur l'arbitrage entre l'innovation initiale et l'innovation secondaire. Ces travaux sont examinés dans l'étude de Acheson et McFetridge (1996).

Bien entendu, la diffusion efficiente du savoir nécessite seulement que le prix payé par l'utilisateur *marginal* soit égal à zéro. Plusieurs techniques d'établissement des prix prévoient le recouvrement des coûts de l'activité créatrice ou innovatrice auprès des utilisateurs inframarginaux. Dans ce cas, il n'y a aucune tension entre innovation et diffusion. Dans un contexte néoclassique, le seul arbitrage qui demeure est celui de savoir si la discrimination au niveau des prix est coûteuse ou si elle est par ailleurs écartée.

Les partisans de l'approche évolutionniste soutiennent que les titulaires de droits de propriété intellectuelle ne connaissent peut-être pas toutes les utilisations possibles de leurs innovations, de sorte qu'ils ne chercheront pas à les exploiter ou ne permettront pas à d'autres de le faire (Merges et Nelson, 1990). Dans ces circonstances, l'aptitude des titulaires de droits de propriété intellectuelle à interdire l'utilisation non autorisée de leur propriété, de concert avec le refus d'accorder des licences d'utilisation, aurait pour effet d'entraver tant la diffusion du savoir existant que l'innovation secondaire.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET DIFFUSION INTERNATIONALE DE LA TECHNOLOGIE

LE RÔLE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE en vue de faciliter la diffusion internationale d'une innovation a suscité beaucoup de controverse. Le débat a porté en bonne partie sur la question de savoir s'il est de l'intérêt de tout pays, notamment des pays en développement, de maintenir et de faire respecter des droits de propriété intellectuelle. On a soutenu que, pour les pays qui sont essentiellement des utilisateurs de technologie, il est préférable d'utiliser les productions artistiques et les innovations technologiques des autres pays sans avoir à payer d'indemnisation – c'est-à-dire de pratiquer le « piratage ».

On a rétorqué que la reconnaissance des droits de propriété intellectuelle permettait d'améliorer l'accès des pays utilisateurs au réservoir international de technologie. Selon une première ligne de pensée, le maintien d'un système national de propriété intellectuelle contribue à stimuler l'innovation sur le marché intérieur. Ces conditions permettent à leur tour d'améliorer l'aptitude des entreprises locales à adapter et à assimiler des technologies étrangères. Il en est ainsi pour deux raisons. Premièrement, l'aptitude à innover comprend aussi l'aptitude soit à adopter soit à imiter les technologies. Plus l'aptitude intérieure à innover est élevée, plus la fraction du réservoir international de technologie qui pourra être appliquée de façon rentable sur le marché local sera élevée et plus le pouvoir de négociation des importateurs sur le marché intérieur sera important (parce qu'ils auront assez de crédibilité pour menacer de mettre au point des imitations qui ne contreviennent pas aux droits de propriété intel-

lectuelle). Deuxièmement, en l'absence de protection de la propriété intellectuelle sur le marché intérieur, il pourrait n'y avoir aucune incitation à dépenser des ressources pour adapter les technologies étrangères aux conditions locales.

Selon une deuxième ligne de pensée, la technologie ne sera tout simplement pas exportée vers les pays dont les régimes de propriété intellectuelle sont faibles ou inexistant. On trouve certaines preuves empiriques de cela (Primo Braga, 1990, p. 82; Mansfield, 1994). Mansfield (1994) a constaté qu'une fraction non négligeable des sociétés américaines hésitent à transférer leurs technologies les plus nouvelles et les plus efficaces vers les filiales ou les détenteurs de licence établis dans des pays où les régimes de propriété intellectuelle sont faibles. Parmi les pays considérés comme ayant les régimes de propriété intellectuelle les plus faibles figurent l'Inde, le Nigéria, la Thaïlande et Taïwan. Frischtak (1995, p. 208) a conclu que, même s'il y a historiquement peu ou pas de lien entre, d'une part, les caractéristiques des régimes nationaux de droits de propriété intellectuelle et, d'autre part, le commerce, les transferts de technologie et les flux d'investissement, cette situation semble être en voie de changer. Une protection insuffisante de la propriété intellectuelle est maintenant citée comme un obstacle sérieux à l'attribution de licences.

Cet argument mérite un examen plus attentif. Lorsque la rétroingénierie est possible ou lorsque le degré de divulgation dans le brevet est suffisant pour permettre une imitation, les propriétaires de la technologie ne peuvent pas en contrôler l'accès, peu importe qu'ils la transfèrent à l'étranger ou non. La capacité d'interdire l'accès à la technologie se limite aux innovations qui peuvent uniquement être exploitées avec un savoir-faire supplémentaire ou des éléments d'actifs complémentaires. Ce savoir-faire peut être protégé par des secrets commerciaux ou, en fait, par un brevet s'il est intégré à une invention brevetée. Le transfert de la technologie vers des pays possédant un régime peu rigoureux de protection de la propriété intellectuelle pourrait entraîner la divulgation et la perte de ce savoir-faire complémentaire¹².

Il importe d'établir une distinction entre le savoir-faire général et spécifique. Il peut être difficile d'interdire l'accès, même aux technologies les plus avancées, à un pays qui possède un niveau élevé de savoir-faire général, dont la majeure partie a été acquise par l'intermédiaire du système d'enseignement. Selon Nelson (1990, p. 77) :

[...] l'accès à la technologie est maintenant relativement libre, mais il ne l'est que pour ceux qui sont prêts à en payer le prix en faisant les investissements majeurs requis pour absorber et maîtriser la technologie. À l'époque moderne actuelle, ceux-ci comprennent, en tête de liste, des investissements en éducation dans un éventail relativement vaste de disciplines et, pour une certaine fraction de la population, l'acquisition de niveaux relativement élevés de connaissances spécialisées en sciences appliquées et en génie.

[Traduction]

Les pays qui possèdent une capacité générale importante dans le domaine de la rétroingénierie peuvent être en mesure de pratiquer ce que Evenson (1990a) a appelé la « copie » ou la « reproduction ». Les pays qui poursuivent une stratégie de reproduction peuvent posséder un régime de protection de la propriété intellectuelle relativement peu rigoureux ou n'offrir aucune protection (« piratage »). Selon Evenson (1990a, p. 352) :

[...] des pays comme la Corée ont acquis la capacité de reproduire ou de pratiquer la rétroingénierie d'inventions mises au point dans les pays industriels. Ils sont donc en mesure d'atteindre, à un coût peu élevé, un niveau de technologie qui a pour eux beaucoup de valeur. Une hausse de l'investissement en amont se reflète rapidement en une augmentation des acquisitions de technologie (et du piratage) et des activités internes de R-D pour les entreprises qui s'adonnent à la copie.

[Traduction]

Selon Evenson, les pays poursuivant une stratégie de reproduction n'ont aucun intérêt à établir un régime rigoureux de droits de propriété intellectuelle jusqu'à ce qu'ils deviennent des exportateurs importants de technologie. La question est toutefois un peu plus complexe. Elle met en cause des aspects nationaux et internationaux. Trois éléments doivent être considérés sur le plan intérieur : 1) la mesure dans laquelle les technologies requises se prêtent à la rétroingénierie; 2) le rôle des régimes intérieurs de droits de propriété intellectuelle dans la création de stimulants au développement d'une capacité d'imitation et d'adaptation de la technologie; 3) la nécessité de développer une capacité innovatrice spécialisée sur le plan intérieur – par exemple, pour mettre au point des médicaments servant à traiter des maladies indigènes. Si la rétroingénierie est techniquement réalisable et si une importante capacité d'imitation, d'adaptation et d'innovation spécialisée peut être développée par l'intermédiaire du système d'innovation public, comme Nelson le laisse entendre, Evenson a peut-être raison. Mais si l'expérience sud-coréenne semble appuyer la thèse d'Evenson, on ne peut en dire autant de l'expérience canadienne (décrite ci-dessous).

Il faut aussi considérer les aspects internationaux, qui peuvent prendre la forme de menaces de représailles de la part des pays dont les innovations ont fait l'objet d'une rétroingénierie, par exemple l'imposition, immédiate ou projetée, de surtaxes compensatoires sur les importations provenant des pays qui pratiquent la rétroingénierie (ou la copie) de technologie. Ainsi, on affirme que la menace des États-Unis d'imposer de telles surtaxes sur les importations en provenance de la Corée du Sud ont contribué à inciter ce pays à adopter une législation plus rigoureuse en matière de propriété intellectuelle¹¹. Des entreprises ou des groupes peuvent aussi exercer des représailles en refusant d'investir dans les pays qui ne protègent pas leur propriété intellectuelle. Ils peuvent aussi s'engager à investir davantage en échange d'une meilleure protection de la

propriété intellectuelle. L'expérience canadienne (analysée plus loin) dans le secteur des produits pharmaceutiques constitue un exemple concret.

Il est utile de considérer les stratégies de négociation à la disposition des entreprises insatisfaites du degré de protection locale de la propriété intellectuelle. Elles peuvent interdire l'accès aux technologies qui ne se prêtent pas facilement à la rétroingénierie. Elles peuvent aussi être en mesure d'interdire, ou du moins d'entraver, l'accès à des éléments d'actif complémentaires qui sont indispensables pour exploiter leurs technologies.

Frischtak (1995) a souligné que la poursuite d'une stratégie de copie ou de reproduction se fait généralement dans le contexte d'un éventail varié de droits de propriété intellectuelle et non d'une absence complète de protection dans ce domaine. Cet éventail de mesures peut comprendre les « petits brevets » et les dispositions visant à protéger les obtentions végétales, ainsi que l'octroi obligatoire de licences de brevets, des exclusions spécifiques en matière d'admissibilité aux brevets et la limitation de la protection accordée au produit ou au procédé.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET DIFFUSION : CERTAINS RÉSULTATS EMPIRIQUES

DIVULGATION DES BREVETS EN TANT QUE SOURCE DE RENSEIGNEMENTS TECHNOLOGIQUES

LE RÉGIME DES BREVETS VISE À ENCOURAGER LES INVENTEURS à divulguer leurs inventions au lieu de les garder secrètes. La description de l'invention au moment de la demande de brevet a pour but d'aider d'autres personnes à mettre au point des applications et des améliorations qui ne contreviennent pas au droit de propriété intellectuelle. On s'est toutefois demandé si les modalités de divulgation des brevets étaient suffisantes pour permettre la reproduction de l'invention en cause. On peut penser que les demandes de brevet n'ont pas été l'une des meilleures sources d'information technique. Levin et coll. (1987) ont constaté que le régime de divulgation des brevets se classait au sixième rang parmi les sept sources possibles de renseignements techniques qu'ils ont examinées. Les sources les plus importantes sont les activités autonomes de R-D, la rétroingénierie, l'obtention de licences, l'embauche d'employés en provenance d'entreprises innovatrices ainsi que les publications et les foires commerciales¹⁴.

Des résultats d'enquête indiquent que l'examen des demandes de brevets est l'une des sources les moins importantes d'information pour les entreprises de haute technologie (Industrie, Sciences et Technologie Canada, 1989) mais qu'il est plus important pour les sociétés de faible et moyenne technicité. Cette situation traduit peut-être une différence sur le plan de la structure industrielle des deux groupes, mais il se pourrait aussi que, pour plusieurs entreprises de

haute technologie, le rythme de changement soit tel que, une fois qu'une demande de brevets est publiée, la technologie décrite est déjà dépassée.

Pour les entreprises de technicité moyenne, les demandes de brevets peuvent être une source de renseignements éventuellement plus utile. Il est possible que ce soit aussi le cas des entreprises des pays moins développés. Ainsi, Deolalikar et Evenson (1990) ont observé ce qu'ils ont interprété comme un effet de divulgation du processus d'émission de brevets aux États-Unis sur le taux de demandes de brevets des entreprises en Inde.

SOURCES D'INNOVATION DANS LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES EN CROISSANCE AU CANADA

BALDWIN (1994) A EFFECTUÉ UNE ENQUÊTE auprès de 1 480 petites et moyennes entreprises en croissance (PMEC) au Canada. Selon sa définition, les petites et moyennes entreprises (PME) sont les sociétés qui employaient en général moins de 550 personnes et dont les avoirs étaient inférieurs à 100 millions de dollars en 1984; les PME « en croissance » sont les entreprises qui avaient enregistré une croissance de l'emploi, de leur chiffre d'affaires et de leur avoir entre 1984 et 1988.

Les participants à l'enquête de Baldwin ont répondu à un long questionnaire sur les sources de leur croissance et sur leurs stratégies de croissance. La conclusion générale qu'en a tirée Baldwin est que :

- Les participants perçoivent les compétences en gestion comme l'élément le plus déterminant de leur croissance; ils considèrent les niveaux de service, la souplesse et la qualité comme les sources les plus importantes de leur avantage concurrentiel.
- L'activité innovatrice est beaucoup plus répandue que ne l'indique la R-D structurée au sein des PME.
- L'aptitude à adopter des technologies nouvelles est plus importante que la capacité de R-D comme source de croissance pour les PME.
- Les technologies protégées par des droits de propriété intellectuelle ne sont pas des sources majeures d'innovation pour les PME.

En ce qui concerne les sources d'innovation, celles qui figurent en tête du classement, par ordre décroissant, sont les clients, la haute direction, les fournisseurs, la commercialisation et les concurrents. Les sources les moins importantes sont les brevets canadiens et étrangers, les licences et les marques de commerce. Ce résultat s'applique aux innovations visant tant des produits que des procédés; il tient aussi si l'on ne considère que les réponses des PME pour lesquelles chaque source d'innovation a été mentionnée. En d'autres termes, le piètre classement des brevets comme source d'innovation n'est pas relié à leur applicabilité limitée. Même les PME qui considèrent les brevets comme une

source possible d'innovation les classent au dernier rang à cet égard (Baldwin, 1994, tableau 3.4).

Baldwin a aussi réparti son échantillon selon le degré de réussite des entreprises, mesuré par les variations des parts de marché. Il a constaté que les deux groupes attribuaient le dernier rang aux brevets canadiens et étrangers dans l'optique de leur apport à l'innovation au niveau des produits et des procédés de fabrication (Baldwin, 1994, tableaux 3.10 et 3.11). On a aussi demandé aux participants de classer neuf facteurs par ordre d'importance en tant que sources de croissance. Les PMECC ont accordé le rang le plus élevé aux compétences des gestionnaires. Viennent ensuite la main-d'oeuvre qualifiée, la capacité de commercialisation et l'accès aux marchés. La capacité à implanter la technologie se retrouve au septième rang en tant que source de croissance dans tous les secteurs, mais, dans ceux de la fabrication et des services commerciaux, le classement absolu est difficile à établir entre main-d'oeuvre qualifiée, capacité de commercialisation, accès aux marchés, coût du capital, accès au capital et implantation de technologie. Parmi les neuf facteurs, la capacité formelle de R-D arrive au huitième rang et l'aide gouvernementale, au dernier rang (Baldwin, 1994, tableau 1). Les résultats montrent que, pour l'ensemble des PMECC, l'aptitude à implanter la technologie est nettement plus importante que la capacité d'entreprendre des activités de R-D, mais aucun des deux facteurs ne figure parmi les sources de croissance les plus importantes. Pour les PMECC des secteurs de la fabrication et des services commerciaux, l'implantation de la technologie et les aptitudes en R-D obtiennent aussi un classement absolu qui se rapproche davantage l'un de l'autre et des autres sources de croissance.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET DIFFUSION DANS L'ENQUÊTE SUR L'INNOVATION

DANS UNE AUTRE ÉTUDE, Baldwin (1995) fait état des résultats reliés à la propriété intellectuelle provenant d'une enquête menée en 1993 auprès de 1 595 grandes entreprises et 1 088 petites entreprises qui portait sur leur activité innovatrice. Certains de ces résultats contribuent à expliquer le rôle de la propriété intellectuelle dans le processus de diffusion de la technologie.

Premièrement, on a demandé aux entreprises qui avaient implanté des innovations majeures si ces innovations reposaient en partie sur une forme quelconque de transfert. Les réponses indiquent que 31 p. 100 des innovations étaient fondées sur l'acquisition de technologie et 20 p. 100 sur une technologie acquise en vertu d'un contrat d'attribution de licence ou de transfert; 6 p. 100 comportaient l'acquisition du droit d'utiliser certains brevets et 6,4 p. 100, le droit d'utiliser des secrets commerciaux ou un savoir-faire. Il est donc permis de conclure que 6 p. 100 des innovations majeures adoptées par les participants à l'enquête étaient fondées sur l'acquisition d'une technologie brevetée à l'extérieur ou du moins que ces innovations majeures en empruntaient certaines caractéristiques.

RÉSULTATS DES ENQUÊTES MENÉES SUR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET LA DIFFUSION : CONCLUSIONS

LES RÉSULTATS DES ENQUÊTES MENÉES RÉCEMMENT AU CANADA nous permettent de tirer un certain nombre de conclusions. Premièrement, les modalités de divulgation des brevets ne sont généralement pas une source importante de renseignements technologiques. Deuxièmement, pour les PME, l'accès à la technologie arrive loin sur la liste des sources de croissance et la technologie brevetée ne représente qu'une proportion relativement limitée de la technologie acquise à des fins d'innovation secondaire. Troisièmement, une proportion relativement faible des innovations technologiques majeures au Canada s'appuie sur l'acquisition à l'extérieur d'une technologie brevetée. Soulignons, toutefois, que cela ne signifie pas nécessairement que les technologies brevetées ne sont pas ou ne sont potentiellement pas importantes comme source d'innovation secondaire dans certaines industries ou certains secteurs d'activité.

LE RÉGIME DE LICENCES OBLIGATOIRES AU CANADA

ON TROUVE DANS LA *LOI SUR LES BREVETS* des dispositions prévoyant l'octroi obligatoire de licences sur les brevets, tandis que la *Loi sur la concurrence* énonce des obligations semblables pour les topographies de circuits intégrés, les droits d'auteur, les marques de commerce et les brevets. L'analyse qui suit s'intéresse à cet aspect dans chacune des lois.

La *Loi sur les brevets* prévoit l'octroi de licences obligatoires en cas d'abus des droits d'un brevet; selon l'interprétation historique, de tels abus se produisent lorsque le titulaire d'un brevet néglige d'exploiter le brevet localement ou empêche quelqu'un d'autre de le faire. Jusqu'en 1993, la *Loi sur les brevets* prévoyait aussi l'octroi de licences obligatoires pour la production de denrées alimentaires brevetées et la fabrication ou l'importation de médicaments brevetés. La *Loi sur la concurrence* prévoit l'octroi de licences obligatoires pour les brevets qui ont été utilisés de façon anticoncurrentielle.

LICENCES OBLIGATOIRES POUR L'EXPLOITATION LOCALE

LA LÉGISLATION CANADIENNE SUR LES BREVETS prévoit l'octroi de licences obligatoires dans les cas d'abus des droits de brevet. Les droits exclusifs dérivant d'un brevet sont réputés avoir donné lieu à un abus, selon les alinéas 65(c) à (f) de la *Loi sur les brevets*, lorsque l'une ou l'autre des circonstances suivantes s'est produite¹⁵ :

- il n'est pas satisfait à la demande, au Canada, de l'article breveté, dans une mesure adéquate et à des conditions équitables;

- par défaut, de la part du breveté, d'accorder une ou des licences à des conditions équitables, le commerce ou l'industrie du Canada, ou le commerce d'une personne ou d'une classe de personnes exerçant un commerce au Canada, ou l'établissement d'un nouveau commerce ou d'une nouvelle industrie au Canada subit quelque préjudice, et il est d'intérêt public qu'une ou des licences soient accordées;
- si les conditions que le breveté fixe à l'achat, à la location ou à l'utilisation de l'article breveté, ou à la licence qu'il pourrait accorder à l'égard de cet article breveté, ou à l'exploitation ou à la mise en œuvre du procédé breveté, portent injustement préjudice à quelque commerce ou industrie au Canada, ou à quelque personne ou classe de personnes engagées dans un tel commerce ou une telle industrie; ou
- s'il est démontré que l'existence du brevet, dans le cas d'un brevet pour une invention couvrant un procédé qui comporte l'usage de matières non protégées par le brevet, ou d'un brevet pour une invention portant sur une substance produite par un tel procédé, a fourni au breveté un moyen de porter injustement préjudice, au Canada, à la fabrication, à l'utilisation ou à la vente de l'une de ces matières.

Avant l'abrogation des alinéas 65(a) et (b) en 1993, les droits dérivant des brevets étaient réputés avoir donné lieu à des abus dans les cas suivants :

- si l'invention brevetée, qui se prête à une exploitation possible au Canada, n'est pas exploitée au Canada sur une échelle commerciale, et qu'aucune raison valable n'est apportée pour justifier son défaut d'exploitation; ou
- si l'exploitation de l'invention au Canada sur une échelle commerciale est empêchée ou entravée par l'importation de l'étranger de l'article breveté par le breveté ou des personnes se réclamant de lui, par des personnes qui l'achètent directement ou indirectement de lui, ou par d'autres personnes à l'endroit desquelles le breveté néglige ou a négligé d'engager des procédures en contrefaçon.

On n'a relevé qu'un nombre relativement limité de demandes d'octroi de licences obligatoires en vertu de l'article 65 (ou de celui qui l'a précédé, l'article 67). Le Conseil économique du Canada (1971, p. 68) a rapporté qu'entre 1935 et 1970, 53 demandes de licences avaient été présentées en vertu de cet article. Parmi celles-ci, 11 ont donné lieu à l'octroi de licences, neuf furent refusées, 32 furent retirées ou abandonnées, et une était en instance.

Depuis 1970, 43 demandes de licences obligatoires ont été soumises en vertu de l'article 65; la dernière de ces demandes fut déposée en juin 1989. Parmi ces 43 demandes, six ont donné lieu à l'octroi de licences, six ont été refusées, 25 ont été retirées ou réputées abandonnées et six sont en instance¹⁶.

Toutes les licences accordées avaient un caractère non exclusif. En ce qui concerne les 25 demandes retirées ou réputées abandonnées, l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC) a été avisé que les parties avaient conclu une entente « volontaire » dans quatre cas.

La dernière licence obligatoire en vertu de l'article 65 (ou de l'article 67) fut octroyée en 1984. En ce qui concerne les six licences obligatoires émises, la forme d'abus des droits de brevet reconnue dans quatre cas était le défaut d'avoir exploité l'invention sur une échelle commerciale suffisante au Canada¹⁷. Cette forme d'abus fut retirée de la *Loi sur les brevets* en application de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) en 1993.

LICENCES OBLIGATOIRES POUR L'EXPLOITATION LOCALE : MOTIVATION ET CONSÉQUENCES

DANS L'OPTIQUE SOIT DU NOMBRE DE DEMANDES, soit du nombre de licences accordées, les licences obligatoires octroyées en vertu de l'article 65 n'ont presque pas eu d'incidence sur l'utilisation des technologies brevetées au Canada. Il en est peut-être ainsi parce qu'une licence n'a que peu de valeur en soi sans le savoir-faire connexe. Il est possible que l'information divulguée dans le brevet soit insuffisante pour permettre de l'exploiter commercialement; et, à moins que la licence n'ait un caractère exclusif, le titulaire du brevet a peu ou pas d'incitation à fournir le savoir-faire nécessaire. Dans ce cas, le régime de licences obligatoires permet de donner accès à l'invention et non aux connaissances supplémentaires, comme l'ont souligné les auteurs du *Document de travail sur la réforme de la Loi sur les brevets* (Consommation et Corporations Canada, 1976, p. 105-106) :

De telles dispositions ne seront probablement pertinentes que pour un requérant désireux d'adopter la nouvelle technologie qui possède l'aptitude et l'initiative de le faire de son propre chef sans la collaboration du breveté. Le régime de licences obligatoires permet de donner accès aux inventions mais il ne représente pas un moyen efficace de réaliser des transferts complets de technologie.

Le manque apparent d'intérêt à l'égard du régime de licences obligatoires pour l'exploitation locale des brevets peut aussi être l'indice que les titulaires de brevets ne sont que rarement mal informés au sujet des perspectives commerciales d'une exploitation locale de leur invention¹⁸. S'ils n'exploitent pas le brevet au Canada, il n'est probablement pas rentable pour un détenteur de licence de le faire.

Selon une autre interprétation, le nombre observé de demandes de licences sous-évalue considérablement le rôle de cette partie de la loi. L'article 65 renforce la position des utilisateurs éventuels dans leur interaction avec le titulaire du brevet. Lorsqu'il est menacé d'une poursuite en contrefaçon, l'uti-

lisateur peut déposer ou menacer de déposer une demande de licence obligatoire en alléguant un abus des droits de brevet¹⁹. Selon les porte-parole de l'OPIC, plusieurs demandes déposées en vertu de l'article 65 font apparemment suite à des allégations de contrefaçon de la part des titulaires des brevets. Les parties finissent généralement par s'entendre, mais les utilisateurs peuvent obtenir des conditions plus favorables que celles qu'ils pourraient espérer obtenir si les dispositions concernant l'octroi de licences obligatoires n'existaient pas. La menace de déposer une demande de licence obligatoire peut profiter à un nombre beaucoup plus élevé de détenteurs locaux de licences et entraîner l'octroi d'un plus grand nombre de licences.

Il est manifeste que cette situation peut engendrer des avantages privés pour les détenteurs locaux de licences. La question est de savoir s'il y a une augmentation en plus d'une redistribution de ce « surplus ». Bien que l'alinéa 65(2)(c) le permette, les demandes de licence obligatoire n'ont généralement pas été déposées en invoquant l'argument de la non disponibilité de la technologie au Canada à des conditions raisonnables²⁰. Il semblerait donc que les Canadiens aient déjà accès aux avantages des technologies brevetées, que ce soit dans l'optique de leur divulgation dans les brevets ou de celle de leur intégration aux produits et services vendus au Canada.

Les surplus additionnels découlant de l'exploitation locale pourraient prendre la forme de retombées intérieures supplémentaires liées soit à la mise en valeur commerciale du brevet soit à la mise au point d'innovations secondaires à l'échelle locale à partir de la technologie brevetée. Les retombées indirectes peuvent prendre la forme de connaissances transmissibles par des employés ou des fournisseurs du détenteur de licence, ou d'avantages pour les consommateurs découlant d'innovations secondaires. Ces avantages indirects ne sont pas nécessairement obtenus au détriment des pays où le titulaire du brevet aurait par ailleurs pu mettre le brevet en exploitation²¹.

Selon le Conseil économique du Canada (1971, p. 91), l'exploitation locale est un élément essentiel de la diffusion de la technologie :

Tous les brevets devraient normalement devenir admissibles à l'octroi automatique d'une licence non exclusive d'exploitation au Canada cinq ans après la demande de brevet. [...] Cette recommandation a pour objet, entre autres, de donner aux producteurs canadiens, qui se croient en mesure d'exploiter un brevet canadien et de l'utiliser pour soutenir effectivement la concurrence sur le marché, tout en payant une redevance raisonnable et incitative au breveté, la possibilité de le faire. Ceci permettrait de stimuler la diffusion efficace de la technologie dans l'industrie canadienne parce qu'on encouragerait ainsi l'exploitation d'un éventail plus vaste de brevets au Canada.

Les auteurs du *Document de travail sur la réforme de la Loi sur les brevets* ont adopté un point de vue semblable. Ils ont rejeté de façon explicite la justification

mercantiliste et naïve des keynésiens en ce qui concerne l'exploitation locale des brevets. Ils ont plutôt considéré l'exploitation locale comme un moyen d'apprendre (Consommation et Corporations Canada, 1976, p. 102-103) : « En encourageant l'exploitation locale des inventions (de préférence sous licence accordée à des entreprises canadiennes), l'industrie canadienne aura la possibilité de développer ses aptitudes technologiques par l'intermédiaire d'un contact et d'une expérimentation plus poussés avec la technologie ».

Le régime de licences obligatoires pour l'exploitation locale visait peut-être à offrir un moyen de promouvoir l'apprentissage par la pratique dans l'industrie, mais il est probable qu'il fut le plus utile lorsque le détenteur de licence éventuel sur le marché local possédait déjà des connaissances suffisantes (savoir-faire) pour entreprendre l'exploitation commerciale ou la mise au point d'une innovation secondaire, ou que peu de savoir-faire était nécessaire au delà de celui divulgué dans le brevet. En d'autres termes, il semble que les cas où le régime de licences obligatoires a été le plus efficace furent précisément ceux où les avantages de l'apprentissage *initial* pour le détenteur de licence local étaient les moins importants. Néanmoins, le régime a peut-être facilité l'apprentissage indirect *ultérieur* lié à l'exploitation commerciale à l'échelle locale ou à la mise au point d'innovations secondaires.

RÉGIME DE LICENCES OBLIGATOIRES À L'ÉGARD DES INVENTIONS POUR LA PRÉPARATION DES ALIMENTS ET DES MÉDICAMENTS

JUSQU'EN 1987, LA PROTECTION CONFÉRÉE PAR BREVET pour des aliments et des médicaments au Canada prenait la forme d'un brevet accordé sur le procédé qui permettait de les fabriquer. Cette notion de protection du produit par l'intermédiaire d'une protection accordée pour le procédé de fabrication était empruntée à la législation britannique sur les brevets de 1919. La Grande-Bretagne avait apparemment adopté comme politique de protéger le procédé sous-jacent au lieu du produit afin d'affaiblir la position des fabricants allemands de produits chimiques sur le marché britannique, sous l'angle des brevets. L'objectif visé était de permettre l'imitation de produits en utilisant un procédé qui différait de celui du titulaire du brevet. Cette politique a, semble-t-il, contribué au développement de l'industrie des produits chimiques en Grande-Bretagne, mais sa principale conséquence au Canada fut d'inciter les inventeurs d'une nouvelle substance chimique à obtenir un brevet pour chacun des procédés possibles par lequel cette substance pouvait être fabriquée. Le résultat fut le même que celui qu'on aurait pu atteindre au moyen d'un brevet sur le produit, bien qu'à un coût beaucoup plus élevé.

Entre 1923 et 1993, la législation canadienne sur les brevets prévoyait l'octroi de licences obligatoires pour la préparation d'aliments produits à partir d'un procédé breveté. Cette disposition fut intégrée au paragraphe 41(3) et plus récemment au paragraphe 39(3) de la *Loi sur les brevets*.

Entre 1923 et 1969, le paragraphe 41(3) prévoyait aussi l'octroi de licences obligatoires pour la fabrication de médicaments produits au moyen d'un procédé breveté. Entre 1969 et 1993, le paragraphe 41(4) et, par la suite, le paragraphe 39(4) prévoyaient l'octroi de licences obligatoires pour la fabrication ou l'importation de médicaments fabriqués à partir de procédés brevetés.

Entre 1935 et 1969, 49 demandes furent déposées pour l'octroi de licences de fabrication d'aliments ou de médicaments. De ce total, 22 licences furent accordées, 23 furent retirées et quatre furent refusées (Conseil économique du Canada, 1971, p. 70). La plupart de ces demandes portaient sur des médicaments et plusieurs d'entre elles ont fait l'objet de litiges prolongés.

Depuis 1969, 12 demandes ont été déposées en vertu du paragraphe 41(3) ou du paragraphe 39(3) pour l'attribution de licences de fabrication de produits alimentaires à partir d'un procédé breveté. Des licences furent accordées dans quatre cas, deux concernant des aliments pour animaux et deux des aspartames. La dernière licence fut accordée en 1989. En 1993, la disposition concernant l'octroi de licences obligatoires fut abrogée en application de l'ALENA.

Entre 1969 et 1992, 1 030 demandes de licences obligatoires furent présentées en vertu du paragraphe 41(4) et, par la suite, du paragraphe 39(4) pour l'importation ou la fabrication de médicaments produits au moyen de procédés brevetés. Des licences furent accordées dans 613 cas. Le tableau 1 renferme des données détaillées à cet égard.

L'EXPÉRIENCE ACQUISE AVEC LE RÉGIME DE LICENCES OBLIGATOIRES POUR L'IMPORTATION DE MÉDICAMENTS BREVETÉS AU CANADA

LA POLITIQUE D'OCTROI DE LICENCES OBLIGATOIRES pour l'importation de médicaments brevetés fut extrêmement controversée. Les articles pertinents de la *Loi sur les brevets* furent modifiés en 1987 et abrogés en 1993 (avec effet rétroactif à compter de 1991).

Les événements qui se sont déroulés entre 1969 et 1983 furent examinés en détail par la Commission d'enquête sur l'industrie pharmaceutique (Commission Eastman), qui a déposé son rapport en 1985. La Commission a calculé que le régime de licences obligatoires avait abaissé le coût des médicaments fabriqués en vertu de telles licences de 211 millions de dollars en 1983 et elle a conclu que le régime était une composante efficace d'une politique de brevets appropriée pour l'industrie pharmaceutique (p. xix). Mais la Commission est aussi arrivée à la conclusion que le taux de redevance de 4 p. 100 versé par les détenteurs de licences obligatoires était insuffisant pour indemniser les titulaires de brevets de leurs dépenses de R-D et que ces derniers devraient jouir d'une courte période d'exclusivité sur le marché (quatre ans) entre la réception de l'approbation réglementaire de commercialiser un nouveau médicament (avis de conformité) et l'entrée sur le marché des détenteurs de licences obligatoires.

TABLEAU 1

DEMANDES ET OCTROIS DE LICENCES EN VERTU DES PARAGRAPHE 41(4) ET 39(4)
DE LA LOI SUR LES BREVETS, 1969-1992

Année	Demandes reçues	Licenses accordées
1969	45	3
1970	31	52
1971	20	24
1972	16	21
1973	19	19
1974	26	19
1975	24	17
1976	22	26
1977	28	33
1978	25	16
1979	23	19
1980	37	9
1981	18	15
1982	2	11
1983	43	13
1984	77	7
1985	132	54
1986	22	62
1987	26	68
1988	14	33
1989	14	26
1990	26	10
1991	53	20
1992	292	36

Source : Office de la propriété intellectuelle du Canada, compilation non officielle.

La Commission a recommandé que les détenteurs de licences obligatoires versent des redevances à un taux de 14 p. 100. Cette mesure visait à dédommager les titulaires de brevets en fonction du ratio moyen de la R-D aux ventes de 10 p. 100 observé à l'échelle mondiale dans l'industrie pharmaceutique, majoré de dépenses de promotion représentant 4 p. 100 des ventes. Ces droits de licence devaient être versés dans une caisse à même laquelle les titulaires de brevets pourraient retirer des redevances selon une formule fondée sur l'intensité de la R-D au Canada et sur les ventes de leurs médicaments par les détenteurs de licences obligatoires. Selon la formule proposée par la Commission, les titulaires de brevets auraient eu la possibilité de « gagner » des redevances plus élevées si une fraction plus importante de leur R-D était réalisée au Canada²². L'incitation marginale à rapatrier la R-D au Canada pouvait être significative. Elle aurait été l'équivalent du crédit d'impôt à la R-D existant

pour un titulaire de brevet dont 6 p. 100 des ventes faisaient l'objet d'une licence obligatoire.

Le régime de licences obligatoires a mené au développement d'une industrie locale des médicaments génériques. Les produits chimiques fins étaient dans une large mesure importés en contrefaçon. La disponibilité de produits génériques de remplacement, de concert avec la mise en place de formulaires et de règles de substitution, a permis de réduire le coût des médicaments pour les consommateurs. L'établissement des prix des médicaments génériques avait un caractère oligopolistique et les prix des médicaments génériques ont eu tendance à dépasser les prix des médicaments équivalents dont les brevets étaient expirés aux États-Unis²³. Dans certains cas, les pharmaciens réussirent à accaparer les avantages associés aux versions génériques (Anis, 1989, chapitre II).

Les titulaires de brevets ont aussi réagi de façon stratégique à la perspective d'être assujettis au régime de licences obligatoires. Corvari (1991) a conclu que le régime de licences obligatoires a eu pour effet de réduire le rapport entre la publicité informative (par exemple, dans les périodiques médicaux) et la publicité de persuasion.

Les modifications de 1987 à la *Loi sur les brevets* furent intégrées au projet de loi C-22. En ce qui concerne le régime de licences obligatoires, cette législation s'inscrivait dans la tradition canadienne de l'interfinancement et de l'imposition à caractère réglementaire (McFetridge et Lall, 1991). Elle renfermait les dispositions suivantes :

- Les titulaires de brevets obtenaient la garantie d'une protection de dix ans (exclusivité de marché) contre l'application du régime de licences obligatoires à l'importation.
- Les titulaires de brevets obtenaient la garantie d'une protection de sept ans contre l'application du régime de licences obligatoires pour la fabrication au Canada.
- Les médicaments brevetés mis au point au Canada étaient admissibles à une protection complète contre l'application du régime de licences obligatoires (article 41.16).
- Les prix des médicaments brevetés devaient être réglementés par un Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés. Le Conseil était aussi chargé de présenter un rapport annuel sur les dépenses de R-D au Canada des fabricants de médicaments brevetés.

L'Association canadienne de l'industrie du médicament (ACIM) – le regroupement industriel qui représente les titulaires de brevets – s'est aussi engagée à hausser le ratio de la R-D canadienne aux ventes à 8 p. 100 en 1991 et à atteindre le niveau mondial d'environ 10 p. 100 en 1996. L'ACIM avait déjà rempli en bonne partie son engagement en 1992 alors que le ratio de la R-D canadienne aux ventes de ses membres atteignait 9,8 p. 100 (tableau 2). Comme le tableau 3 l'indique, certaines multinationales ont accru leur R-D canadienne

dans une proportion élevée. Mais, on a aussi souligné qu'à quelques exceptions près – Merck Frosst et Connaught étant les deux plus importantes –, ces dépenses représentent une fraction minime de la R-D des sociétés mères et demeurent sous l'échelle d'efficacité minimale des activités internes de R-D dans cette industrie²⁴.

Étant donné que les avis de conformité (correspondant à l'approbation réglementaire d'un médicament) étaient accordés après un délai moyen de sept ans, l'exclusivité de marché garantie en vertu du projet de loi C-22 équivalait à une durée du brevet d'environ 17 ans dans le cas des licences obligatoires pour l'importation et de 14 ans dans le cas des licences obligatoires pour la fabrication. Tout en s'opposant énergiquement à cette législation, les producteurs de médicaments génériques ont continué de chercher à obtenir des licences pour l'importation et la fabrication de médicaments sur le marché local. En leur permettant de produire localement les médicaments en vertu de licences obligatoires environ 14 ans après la date du dépôt de la demande de brevet, ces producteurs étaient aussi en mesure d'exporter ces médicaments aux États-Unis au moment où expirait le brevet dans ce pays. Les brevets accordés dans ce domaine aux États-Unis viennent ordinairement à échéance deux ans avant la l'expiration du brevet canadien.

Bien que les dispositions concernant le régime restreint de licences obligatoires devaient demeurer en place pendant 10 ans avant d'être réexaminées, le gouvernement a déposé d'autres modifications à la *Loi sur les brevets* en 1992, dans le cadre du projet de loi C-91. Ces modifications, promulguées en 1993,

TABLEAU 2

DÉPENSES DE R-D DANS L'INDUSTRIE PHARMACEUTIQUE AU CANADA, 1988-1995

	Dépenses de R-D en pourcentage des ventes de tous les titulaires de brevets	Dépenses de R-D en pourcentage des ventes des membres de l'ACIM	Dépenses de recherche fondamentale en pourcentage des dépenses courantes de R-D
1988	6,1	6,5	19,1
1989	8,2	8,1	23,4
1990	9,3	9,2	27,2
1991	9,7	9,6	26,5
1992	9,9	9,8	26,4
1993	10,6	10,7	25,3
1994	11,3	11,6	21,9
1995	11,8	12,5	22,2

Source : Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés, 1996, p. 24-25.

TABLEAU 3

DÉPENSES DE R-D AU CANADA DES ENTREPRISES MULTINATIONALES DE PRODUITS PHARMACEUTIQUES, 1986-1994 (MILLIONS DE \$ CAN)

	1986	1988	1990	1992	1994
Entreprises	R-D	R-D	R-D (Rang)	R-D (Rang)	R-D (Rang)
Glaxo Canada Ltd.	1,3	6,9	19,0 (37)	27,8 (29)	33,0 (27)
Astra Pharma Inc.	2,4	3,7	7,9 (71)	12,8 (61)	20,8 (47)
Miles Canada Inc.	1,3	3,1	9,9 (59)	13,4 (56)	20,3 (50)
Ciba-Geigy Canada Ltd.	6,7	9,4	14,0 (44)	18,7 (44)	18,0 (55)
Sandoz Canada Inc.	2,5 ^a	5,5	8,3 (68)	12,0 (64)	15,7 (64)

Nota : Le rang est déterminé en fonction du classement de l'entreprise parmi les 100 sociétés industrielles qui dépensent le plus en R-D au Canada.

a 1987.

Sources : *Financial Post*, rapport spécial sur la recherche-développement, 1986 et 1988; *The Globe and Mail*, Report on Business, R&D Top 100, 1990 et 1992; *The Globe and Mail*, Report on Business, R&D Top 50, 1994, Research Money, juin 1995.

ont eu pour effet d'éliminer le régime de licences obligatoires avec effet rétroactif à compter de décembre 1991, manifestement dans le but de se conformer au projet d'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) de décembre 1991 et d'aligner les pratiques canadiennes sur celles des autres pays développés, dont aucun ne possédait un régime de licences obligatoires pour les médicaments²⁵. Le gouvernement considérait aussi que la présence d'un solide régime de droits de propriété intellectuelle était un moyen d'attirer des investissements en R-D. Lors de son témoignage devant le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce (Sénat du Canada, 28, p. 124; 21/1/93), le ministre de l'Industrie et des Sciences affirmait ce qui suit :

[...] l'industrie pharmaceutique mondiale est en pleine restructuration. Elle a réorienté ses activités pour desservir plus efficacement les marchés mondiaux et elle choisit l'environnement le plus concurrentiel qu'elle puisse

trouver pour investir et pour établir de nouvelles installations. [...] La protection de la propriété intellectuelle prévue pour les innovations est le facteur le plus important. Avec notre système actuel de licences obligatoires, nous ne pouvions espérer attirer ces investissements.

Le gouvernement soutenait que l'élimination du régime de licences obligatoires n'ajoutait que trois ans à la protection par brevet déjà offerte en vertu du projet de loi C-22. L'estimation du coût supplémentaire pour les consommateurs s'établissait à 129 millions de dollars sur une période de cinq ans²⁶. Les gouvernements provinciaux et les groupes de consommateurs ont contesté ce chiffre et ils ont cité des estimations beaucoup plus élevées en ce qui a trait aux pertes que pourraient subir les consommateurs.

Dans son appui au projet de loi C-91, l'ACIM bénéficia du concours de nombreux alliés : les chercheurs en médecine et en pharmacie, plusieurs petites entreprises innovatrices de produits pharmaceutiques œuvrant au Canada (Allelix, Biochem Pharma et Quadra Logic), ainsi qu'un fabricant canadien de produits chimiques fins établi depuis longtemps (Raylo). Certaines de ces entreprises maintenaient des liens avec des multinationales (Quadra Logic avec Cyanamid, Biochem Pharma avec Glaxo). Elles affirmaient qu'un niveau élevé de protection par brevet était essentiel pour leur permettre de réunir des capitaux et de conclure des alliances. En l'absence d'un régime de brevets rigoureux, soutenaient-elles, les découvertes faites dans les universités canadiennes poursuivraient leur longue tradition d'être exploitées à l'étranger.

Au niveau de l'industrie, l'opposition au projet de loi C-91 est venue des producteurs de médicaments génériques – les plus importants étant Apotex et Novopharm – et de fabricants de produits chimiques fins qui détenaient des licences obligatoires (Delmar, Torcan, Canlac, Apotex Fermentation). Les fabricants de produits chimiques fins avaient investi dans des installations de production de médicaments brevetés sous licences obligatoires au Canada, destinés à la vente sur le marché local ainsi qu'aux États-Unis et dans d'autres pays à mesure que les brevets correspondants y expiraient. Ils étaient préoccupés par la perte de leur avantage de premiers arrivés sur le marché des médicaments génériques aux États-Unis et ailleurs, par ce qu'ils considéraient comme l'abrogation prématurée du régime établi en vertu du projet de loi C-22 et par le caractère rétroactif de la législation. Le gouvernement a fait état de la prolifération de demandes de licences (voir le tableau 1) en soutenant que, sans l'élément de rétroactivité, les conséquences du régime de licences obligatoires se feraient sentir pendant encore 10 ans ou même plus longtemps.

Apotex a fait valoir que le gouvernement mettait fin au régime de licences obligatoires au moment même où il était sur le point de donner des résultats sous la forme d'une industrie des médicaments innovatrice au Canada. Selon le scénario brossé par Apotex, les bénéfices tirés des licences obligatoires à l'importation servaient à financer le développement de la fabrication de produits chimiques fins et l'expérience acquise dans ce domaine commençait à être

appliquée à l'élaboration et à la fabrication de nouveaux médicaments pour le marché intérieur et les marchés étrangers²⁷. Apotex est à l'heure actuelle la troisième entreprise en importance sur le plan des dépenses de R-D dans l'industrie des produits pharmaceutiques au Canada (tableau 4).

En tant que modèle de politique de diffusion de la technologie, cet argument présente certaines lacunes. Il a fallu attendre près de 20 ans après l'adoption du régime de licences obligatoires pour que l'industrie des médicaments génériques fasse son entrée dans la fabrication des produits chimiques fins. Ce mouvement s'est produit *après* que le projet de loi C-22 eût réduit la rentabilité du régime de licences obligatoires à l'importation. Certaines entreprises de médicaments génériques avaient fait des progrès vers la mise au point de nouveaux médicaments, mais leurs réalisations étaient limitées tant en termes absolus que par rapport aux petites entreprises canadiennes innovatrices (dans le secteur des produits non génériques).

INCIDENCE DES LICENCES OBLIGATOIRES À L'IMPORTATION DE MÉDICAMENTS BREVETÉS SUR L'INNOVATION ET LA DIFFUSION

MALGRÉ LES TENTATIVES FAITES en vue d'orienter les débats entourant les projets de loi C-22 et C-91 sur l'innovation et la diffusion de la technologie, le régime de licences obligatoires en vertu du paragraphe 41(4) et, par la suite, du paragraphe 39(4) ne visait essentiellement que les prix payés par les utilisateurs finals (consommateurs) de médicaments brevetés ou par leurs agents (gouvernements provinciaux). Les protagonistes proposaient deux scénarios opposés

TABLEAU 4

LES 10 SOCIÉTÉS PHARMACEUTIQUES DONT LES DÉPENSES DE R-D
SONT LES PLUS ÉLEVÉES AU CANADA, 1994

Sociétés	Millions de \$ CAN
Merck Frosst Canada Inc.	103,5
Connaught Laboratories Ltd.	79,0
Apotex Inc.	46,7
Wyeth Ayerst Canada Inc.	35,3
Glaxo Canada Ltd.	33,0
Marion Merrell Dow (Canada) Inc.	31,8
Hoffman LaRoche Ltd.	24,5
Novopharm Ltd.	23,6
Biomira Inc.	23,1
Astra Pharma Inc.	20,8

Source : *The Globe and Mail*, Report on Business, R&D Top 50, Research Money, juin 1995.

en matière d'innovation, dont aucun n'était probant, bien que les deux aient été très bien inspirés sur le plan politique. Les fabricants de médicaments génériques soutenaient que le maintien du régime de licences obligatoires était indispensable afin de leur permettre d'obtenir les rentrées de fonds nécessaires pour mener à bonne fin leur transformation tardive en entreprises innovatrices (activités liées à la R-D et aux brevets). Les titulaires de brevets alléguaient pour leur part que l'abrogation du régime de licences obligatoires était nécessaire pour les inciter à établir au Canada une proportion plus élevée de leurs activités innovatrices (R-D) mondiales.

La comparaison sommaire faite par la Commission Eastman entre l'intensité de la R-D dans l'industrie pharmaceutique au Canada et dans d'autres petits pays développés indique que, pendant ses 15 premières années d'existence, le régime de licences obligatoires n'a contribué ni à augmenter ni à diminuer la capacité d'innovation au Canada. D'autres affirment que nous avons laissé passer une précieuse occasion de développer une industrie pharmaceutique innovatrice sur le marché intérieur. Il se pourrait que les bénéfices des détenteurs de licences obligatoires aient été réorientés vers la mise au point de nouveaux médicaments au Canada, mais ils n'avaient aucun motif particulier de le faire, comme l'a souligné G. Terzakian, président de Raylo Chemicals, dans une lettre adressée au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce (Sénat du Canada, 28, p. 36; 21/1/93) :

Le système d'octroi obligatoire de licences a été institué pour promouvoir la fabrication ainsi que la recherche et le développement dans le secteur pharmaceutique au Canada. Cela devait contribuer à créer des emplois et à réduire le coût des médicaments, ce qui ne s'est pas produit. Au fil des années, les principaux fabricants de médicaments génériques au Canada ont obtenu des licences obligatoires qui leur ont permis d'offrir des produits relativement nouveaux à moindre coût en important ces produits d'un peu partout dans le monde, au plus bas prix possible. Au lieu de créer une industrie de la fabrication pharmaceutique au Canada, ils ont encouragé les sociétés étrangères établies dans les pays où le piratage des produits brevetés est permis. Cela s'est révélé une entreprise extrêmement rentable pour les sociétés génériques canadiennes, mais n'a rien fait pour encourager la fabrication de médicaments au Canada. Au contraire, cette politique a sérieusement entravé tant les activités de fabrication que la recherche et le développement.

L'industrie des médicaments génériques, qui s'était surtout bornée jusqu'à à importer les substances actives de pays ne possédant pas de protection par brevet, a amorcé sa transformation hésitante en une industrie innovatrice, axée sur la fabrication de produits chimiques fins, après que le projet de loi C-22 eût réduit la rentabilité des licences obligatoires à l'importation, en plus de remettre en question l'avenir à long terme du régime de licences obligatoires. Tandis que la société Apotex devenait un intervenant relativement important dans le

domaine de la R-D, les projets de fabrication de produits chimiques fins étaient fonction du maintien par les détenteurs canadiens de licences obligatoires de leur aptitude à demeurer dans la course et à pénétrer de nouveaux marchés de médicaments génériques aux États-Unis avant que les producteurs établis sur le marché américain ne puissent démarrer. Ainsi, l'évolution projetée de l'industrie des médicaments génériques vers la production de produits chimiques fins tenait moins à l'accumulation de connaissances en vertu du régime de licences obligatoires qu'à un avantage de départ garanti par le gouvernement sur les producteurs étrangers de médicaments génériques.

Quant à savoir si la croissance des dépenses de R-D au Canada des sociétés pharmaceutiques multinationales après l'adoption du projet de loi C-22 fut la conséquence directe d'un régime de brevet intérieur plus rigoureux ou tout simplement le résultat d'une manœuvre politique la question demeure ouverte. Encore une fois, il s'agit de déterminer si le régime de licences obligatoires a rendu une implantation au Canada plus vulnérable aux fuites de technologie ou s'il a réduit les possibilités de collaboration locale, et si les projets de loi C-22 et C-91 ont permis de remédier à cette situation. Ces questions ne semblent pas avoir été abordées directement²⁸.

Il serait utile de rassembler des données empiriques supplémentaires sur cette question dans le contexte canadien. Une telle recherche pourrait prendre la forme d'une analyse chronologique des dépenses canadiennes de R-D dans le secteur pharmaceutique en proportion des dépenses mondiales de R-D, ou du nombre de brevets pharmaceutiques accordés à des résidents canadiens en proportion du nombre de brevets accordés à l'échelle mondiale tant avant qu'après la mise en place du régime de licences obligatoires.

Pour ce qui est des observations empiriques à l'échelle internationale, les études des facteurs déterminants de la localisation des dépenses de R-D dans le secteur pharmaceutique (Taggart, 1991) ont révélé que ces activités ont tendance à se diriger vers les pays qui possèdent un important réservoir de personnel scientifique et des régimes expéditifs d'approbation des médicaments. Il n'est pas clairement établi que les écarts internationaux sur le plan de la réglementation des prix des médicaments exercent une influence sur les décisions de localisation des activités de R-D. Par ailleurs, l'industrie dispose d'une souplesse considérable lui permettant de réagir aux écarts de « climat politique » et, par conséquent, de récompenser les décisions politiques favorables prises par les gouvernements des pays d'accueil et de punir celles qui ne leur sont pas favorables.

L'expérience des pays qui ont modifié la protection par brevet qu'ils accordent aux produits pharmaceutiques peut aussi être révélatrice. Ainsi, les produits pharmaceutiques devinrent admissibles à la protection par brevet en Italie en 1978, après environ 40 ans d'inadmissibilité. Scherer et Weisburst (1995) ont examiné les répercussions de ce changement de régime et ils ont conclu que les dépenses de R-D dans le secteur pharmaceutique en Italie n'avaient pas augmenté par rapport à celles de six autres pays développés après 1978. Ils ont aussi observé que le nombre de brevets pharmaceutiques américains

accordés à des entreprises italiennes et à des filiales italiennes de multinationales avait augmenté par rapport à celui des six autres pays développés après 1978. Ils interprètent ce résultat comme une propension accrue à accorder des brevets et non à un déplacement de la R-D d'imitation vers la R-D d'innovation. Ils concluent que l'accès à la protection par brevet sur le marché intérieur n'a pas contribué à augmenter la R-D dans le secteur pharmaceutique et n'a pas atténué l'accent mis sur l'imitation²⁹.

Challu (1995) a aussi examiné les répercussions des changements apportés au régime des brevets en Italie. Il a conclu que la protection par brevet avait contribué à réduire et non à augmenter le nombre de nouveaux médicaments mis au point en Italie. En utilisant ses données sur les nouveaux médicaments développés en Italie, on peut observer une tendance à la hausse dans la création de nouveaux médicaments durant la période 1966-1977 et une tendance à la baisse durant la période 1978-1990; l'écart entre les deux tendances est statistiquement significatif³⁰. Scherer et Weisburst (1995) soulignent toutefois que la mise au point de nouveaux médicaments en Italie après 1978 pouvait avoir été entravée par les contrôles de prix sévères imposés à cette industrie à l'époque.

Correa (1995) a examiné des données anecdotiques provenant de plusieurs pays qui ont modifié leur régime de propriété intellectuelle pour les produits pharmaceutiques. Il arrive à la conclusion que l'élimination des brevets sur les produits et les procédés pharmaceutiques au Brésil et en Turquie n'avait pas découragé l'investissement étranger direct dans l'industrie pharmaceutique de ces pays et que l'absence de protection par brevet des produits en Argentine n'avait pas entravé l'investissement étranger direct dans l'industrie pharmaceutique de ce pays. Correa présente également des faits qui indiquent que l'existence d'une protection par brevet au Nigéria n'a pas entraîné d'investissement dans l'industrie pharmaceutique de ce pays.

Dans une étude antérieure, Scherer (1977) a examiné les données existantes sur le lien entre la rigueur des droits de propriété intellectuelle et l'activité innovatrice dans divers pays. Une bonne partie des données qu'il a examinées ont trait aux médicaments. Scherer a conclu qu'il n'y avait « aucun lien manifeste » entre la rigueur de la protection intellectuelle et le nombre de nouveaux médicaments lancés par dollar de produit intérieur brut (p. 39)³¹. Il a aussi cité des données montrant que de nouveaux médicaments avaient été mis en marché en Grande-Bretagne avant de l'être aux États-Unis plus souvent pendant la période 1962-1974, même si un régime de licences obligatoires était en vigueur en Grande-Bretagne mais non aux États-Unis (p. 42). Toutefois, Scherer a souligné que les États-Unis avaient mis en place une réglementation plus sévère concernant les essais de médicaments durant cette période et que cette situation avait peut-être contribué à brouiller les résultats.

Bien qu'une bonne partie des renseignements disponibles soient désuets et laissent à désirer sur le plan de la conception expérimentale, ils indiquent qu'en l'absence de manœuvre politique à cet effet, la réduction et l'élimination

éventuelle du régime de licences obligatoires au Canada n'ont probablement pas eu pour effet d'augmenter le niveau des activités de R-D au pays. Des données supplémentaires deviendront peut-être disponibles sous peu pour nous permettre de voir si les multinationales réagissaient à un renforcement du régime des droits de propriété ou si elles donnaient suite à un marchandage politique. Puisque l'ALENA et l'Accord sur les ADPIC empêchent tout retour au régime de licences obligatoires, le gouvernement a peu de latitude pour menacer d'imposer des sanctions aux multinationales qui pourraient revenir à leurs anciennes pratiques³². Toutefois, les multinationales pourraient hésiter à assumer des coûts de réinstallation supplémentaires même si la localisation de leurs activités au Canada n'offre aucun avantage particulier.

RÉGIME DE LICENCES OBLIGATOIRES EN VERTU DE L'ARTICLE 32 DE LA LOI SUR LA CONCURRENCE

EN VERTU DE L'ARTICLE 32 DE LA LOI SUR LA CONCURRENCE, la Cour fédérale du Canada peut aussi ordonner l'octroi de licences obligatoires à l'égard de brevets, de droits d'auteur et de topographies enregistrées de circuits intégrés si elle juge que l'un de ces droits protégés a été utilisé pour restreindre indûment la concurrence. Le texte de loi prévoit aussi d'autres recours, y compris l'annulation d'une licence ou d'un autre accord relatif à l'utilisation de la propriété intellectuelle, l'imposition d'une licence ou d'un autre accord, la révocation d'un brevet et la radiation d'une marque de commerce ou d'une topographie de circuit intégré.

Aux termes de l'article 32, les modalités d'octroi de licences qui, estimet-on, restreignent indûment la concurrence peuvent être déclarées nulles ou leur application peut être interdite en tout ou en partie. Aucune action n'a été intentée en vertu de l'article 32, mais deux poursuites intentées en vertu de la législation antérieure ont fait l'objet d'un règlement³³. Ces deux poursuites, qui mettaient en cause la société Union Carbide, illustrent les problèmes que la politique de concurrence peut soulever pour le maintien d'un régime efficient d'octroi de licences. Les actions contre la société Union Carbide portaient sur deux ensembles de brevets – les brevets d'extrusion et les brevets d'impression. En ce qui concerne les brevets d'impression, les problèmes soulevés portaient sur les taux de redevance décroissant à mesure qu'augmentait le volume, les limitations du champ d'exploitation, les clauses de non contestation et les restrictions s'appliquant aux détenteurs de licences après l'expiration du brevet. Les pratiques visées en ce qui a trait à l'octroi de licences pour les brevets d'extrusion étaient l'imposition de redevances plus élevées aux détenteurs de licences qui n'achetaient pas la résine auprès du titulaire du brevet ou d'un intermédiaire désigné, ainsi que les restrictions s'appliquant aux détenteurs de licences après l'expiration du brevet.

Les préoccupations apparentes du Directeur des enquêtes (qui, à titre de responsable du Bureau de la politique de concurrence, était chargé de l'application de la *Loi sur la concurrence*) dans ces poursuites portaient sur la discrimination à l'endroit des détenteurs de licences dont les volumes de production étaient faibles, les restrictions à l'exportation imposées aux détenteurs de licences canadiens et les dispositions touchant l'approvisionnement en résine. Ces préoccupations s'inscrivent dans la tradition canadienne des difficultés que soulèvent les conditions d'accès local aux technologies étrangères. Toutes les pratiques d'octroi de licences énumérées par le Directeur des enquêtes offrent la possibilité d'accroître le surplus dans une optique mondiale³⁴.

L'approche canadienne contraste nettement avec celle des États-Unis. Dans ce pays, le régime de licences obligatoires a souvent été employé pour faire échec à l'utilisation anticoncurrentielle des droits de propriété intellectuelle. Les mesures anticoncurrentielles adoptées ont généralement mis en cause certaines formes d'échanges de licences pour des brevets concurrents, d'ententes coercitives ou de restrictions s'appliquant après l'expiration des brevets. Le défaut d'exploiter ou d'accorder une licence pour une invention ou une innovation n'est pas considéré comme un acte anticoncurrentiel aux États-Unis, où il n'existe aucune obligation de le faire (Department of Justice et Federal Trade Commission, 1995, §2.2). Au Canada, l'octroi obligatoire de licences a été utilisé soit pour stimuler l'exploitation locale soit pour réduire la durée effective des brevets canadiens (voir précédemment). On n'a pas encore utilisé cette mesure pour remédier à des actes anticoncurrentiels mettant en cause la propriété intellectuelle.

Récemment, des observateurs aux États-Unis se sont inquiétés du fait que le refus d'octroyer une licence à l'égard d'un brevet pouvait avoir un effet anticoncurrentiel si cela permettait à un titulaire de brevet d'entraver la recherche ultérieure. S'il est impossible de poursuivre les recherches sans l'invention, le refus du titulaire du brevet d'accorder une licence ne peut pas réduire la concurrence sous le niveau qui aurait prévalu si le titulaire du brevet n'avait pas mis au point l'invention au départ; ses actes ne peuvent donc être considérés comme anticoncurrentiels. S'il est possible de poursuivre des travaux de recherche sans l'apport du titulaire du brevet, mais que ce dernier est en mesure de les bloquer, il pourrait alors s'agir d'un comportement anticoncurrentiel et l'octroi d'une licence obligatoire pourrait corriger la situation.

Le refus d'octroyer une licence à ceux qui participent à des travaux de recherche ultérieurs peut être anticoncurrentiel si le brevet initial a une portée particulièrement vaste. Certains affirment que cet énoncé est généralement exact. Le cas échéant, le correctif est du ressort des autorités responsables de la propriété intellectuelle et non de celui des organismes chargés d'appliquer la politique de concurrence. Les brevets ne peuvent avoir une portée très vaste que dans les cas où l'examineur de brevet a fait une erreur de jugement. Le

régime de licences obligatoires peut servir dans ces cas à corriger les erreurs faites au moment de l'octroi du brevet initial.

Barton (1995) soutient que le Bureau américain des brevets et des marques de commerce a fait fausse route, tant en accordant des brevets dont la portée est excessivement vaste qu'en négligeant d'appliquer le critère d'utilité dans le contexte du développement de champs technologiques comme la biotechnologie. Cette situation pourrait permettre à un titulaire de brevet de contrôler un champ de recherche complet (tel que la recherche sur la schizophrénie), même si son invention ne le permettait pas. On peut corriger cette situation en utilisant le régime de licences obligatoires ou en traitant le refus d'accorder une licence dans ces circonstances comme un abus de position dominante. Une forme d'octroi de licences obligatoires particulièrement bien adaptée aux cas d'améliorations séquentielles est le brevet de perfectionnement.

Le jugement rendu par la Cour européenne de justice dans la cause *Magill* illustre les problèmes que suscite l'utilisation de la loi sur la concurrence pour faire en sorte que les brevets ou d'autres aspects de la propriété intellectuelle soient exploités ou mis à la disposition d'innovateurs subséquents à des conditions plus favorables. Dans cette cause, la Cour européenne de justice a ordonné aux propriétaires de trois services d'horaire de programmation télévisée protégés par un droit d'auteur d'accorder une licence à un producteur d'horaires de télévision hebdomadaire pour qu'il puisse y inscrire leurs programmations en échange du versement d'une redevance à un taux raisonnable. La cour a jugé que le refus des radiodiffuseurs d'accorder une licence pour l'utilisation de leurs programmations entravait la production d'un nouveau produit et équivalait par conséquent à un abus de position dominante. Toutefois, cette décision nous semble peu judicieuse en ce sens qu'aucun horaire de télévision hebdomadaire n'aurait pu être rassemblé si les horaires de programmation individuels n'avaient pas été produits au départ. Le refus d'accorder une licence d'utilisation d'un droit de propriété intellectuelle ne réduit pas la concurrence sous le niveau qui aurait prévalu si l'innovation initiale (les programmations de télévision) n'avait pas été réalisée. Il semble donc que la Cour ait envisagé le processus d'innovation dans une perspective étroite au lieu de le faire dans une optique de cycle de vie.

Cette décision signifie qu'un titulaire de droit de propriété intellectuelle en Europe peut être forcé d'accorder une licence, du moins lorsqu'on juge qu'elle représente un élément essentiel. De ce fait, la loi sur la concurrence en Europe se rapproche du modèle historique canadien qui sous-tend les articles 67 et 65 de la *Loi sur les brevets*. Si l'on se fonde sur l'expérience canadienne, l'incidence de cette approche sur les titulaires de brevets sera minimale lorsque le savoir-faire est aussi nécessaire. Elle pourrait avoir un impact plus grand dans le domaine des droits d'auteur et dans celui des brevets lorsque le savoir-faire n'est pas nécessaire.

SOLUTIONS DE REMPLACEMENT AU RÉGIME DE LICENCES OBLIGATOIRES

IL Y A PLUSIEURS MOYENS DE FACILITER L'EXPLOITATION locale des brevets ou l'activité innovatrice subséquente sans avoir recours au régime de licences obligatoires³⁵. Certains sont conformes à l'Accord sur les ADPIC et à l'ALENA, tandis que d'autres ne le sont pas.

Parmi les options qui ne sont désormais plus disponibles figurent la résiliation des droits de brevet et des brevets à durée modulée (*split-term*). La *Loi canadienne sur les brevets* de 1869 prévoyait au départ la déchéance automatique des droits du titulaire d'un brevet si son invention n'était pas exploitée au Canada dans les deux ans suivant la délivrance du brevet. Cette disposition fut par la suite remplacée par le régime de licences obligatoires décrit plus haut. Le Conseil économique du Canada (1971) a proposé que des licences obligatoires non exclusives pour la fabrication au Canada soient disponibles en vertu de la loi cinq ans après la date de la demande du brevet canadien. Cette modalité aurait permis d'éviter le lourd processus d'examen des demandes de licences obligatoires. Le *Document de travail sur la réforme de la Loi sur les brevets* (Consommation et Corporations Canada, 1976) recommandait l'établissement d'un système à deux niveaux en vertu duquel le maintien de la protection par brevet serait subordonné à l'exploitation locale de l'invention. On soutenait qu'il s'agissait d'une solution préférable à l'attribution de licences obligatoires non exclusives parce qu'elle incitait le titulaire du brevet à transmettre le savoir-faire au détenteur de licence canadien.

Plusieurs autres mesures sont compatibles avec les traités internationaux. L'une est une exemption élargie d'utilisation à des fins de recherche. Un droit très restreint existe à l'heure actuelle en ce domaine (Eisenberg, 1989)³⁶. En se fondant sur les jugements rendus aux États-Unis, une défense axée sur l'utilisation à des fins de recherche ne semble pas acceptable lorsque la recherche du défendeur est motivée par un objectif commercial (p. 1023). Eisenberg affirme aussi qu'il est raisonnable de penser que l'exemption à des fins de recherche pourrait être de portée plus vaste :

La date à laquelle le titulaire doit divulguer les renseignements relatifs au brevet laisse penser que l'on a voulu limiter le droit exclusif du titulaire du brevet même pendant la période de validité du brevet. Si le public n'avait absolument aucun droit d'utiliser les renseignements divulgués sans le consentement du titulaire du brevet jusqu'à la date d'échéance du brevet, il serait insensé d'exiger que les données divulguées soient librement mises à la disposition du public dès le début de la période de validité du brevet. Le fait que la législation sur les brevets facilite si manifestement l'utilisation non autorisée de l'invention pendant que le brevet est en vigueur indiquerait que de telles utilisations doivent être permises (p. 1022).

[Traduction]

Parmi les autres possibilités, il y a la protection des procédés de fabrication des produits, des exigences moins rigoureuses en matière de nouveauté et des petits brevets ou des brevets de modèle d'utilité. La protection des produits par l'intermédiaire d'une protection des procédés permet l'imitation d'un produit dans la mesure où le procédé de fabrication utilisé n'est pas le même. Cette approche peut être déjouée si le titulaire du brevet obtient des brevets à l'égard de tous les procédés de fabrication possibles. Les petits brevets continuent d'exister dans certains pays (Evenson, 1990b). Ils sont utilisés pour des améliorations mineures ou des adaptations. Cette formule équivaut à des exigences de nouveauté moins rigoureuses. Scothmer et Green (1990) ainsi que Merges et Nelson (1990) ont vanté les mérites d'un régime d'exigences de nouveauté moins rigoureux et ses avantages peuvent être encore plus importants lorsqu'on l'envisage dans l'optique d'un pays en développement ou d'un pays qui s'adonne à l'imitation ou à la reproduction.

Plusieurs particularités contribuent à faire du système japonais ce qu'on pourrait appeler un régime volontaire de licences obligatoires. Ordover (1991) mentionne plusieurs caractéristiques du système qui sont favorables aux imitateurs (McFetridge et English, 1990). Premièrement, le système japonais prévoit l'obligation de divulguer l'invention lorsque la demande de brevet est déposée et non lorsque le brevet est accordé³⁷. Deuxièmement, un brevet peut être contesté dans le régime japonais au moment du dépôt de la demande et non lorsque le brevet est accordé. Cette disposition accentue les pressions sur les titulaires de brevets éventuels pour les inciter à conclure des accords de licence. Troisièmement, le Japon a des exigences de nouveauté relativement peu rigoureuses. Les inventeurs subséquents peuvent être en mesure d'appliquer la rétroingénierie à une invention pendant la période d'examen de la demande, l'améliorer légèrement et soumettre une demande de brevet de perfectionnement. Cette stratégie peut bloquer l'invention initiale, forçant ainsi le titulaire du premier brevet à conclure un accord de concession réciproque de licences. Des dispositions semblables peuvent être adoptées par les pays qui s'adonnent à la reproduction et qui veulent maintenir l'apparence d'un régime rigoureux de propriété intellectuelle.

CONCLUSION

DIFFUSION ET CROISSANCE

L'APPORT SIMULTANÉ DE L'INNOVATION ET DE LA DIFFUSION à la croissance économique est universellement reconnu, mais on sait peu de chose sur l'apport marginal du taux de diffusion. Sur le plan empirique, l'attention s'est tournée vers l'effort d'innovation, laissant presque complètement de côté toute préoccupation concernant la diffusion. Une diffusion plus complète ou plus rapide peut faire augmenter le revenu par habitant ou le taux de croissance, mais un tel résultat n'est

pas automatique. Les taux de diffusion actuels peuvent être trop rapides ou trop lents. Les programmes gouvernementaux existants peuvent compenser une externalité de diffusion ou encore entraver le processus d'internalisation des institutions de marché.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET DIFFUSION

ON CONSIDÈRE GÉNÉRALEMENT QUE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE stimule l'innovation et la création. L'innovation et la diffusion sont complémentaires à bien des égards. Dans ce contexte du moins, la propriété intellectuelle favorise l'innovation. Mais le rôle de la propriété intellectuelle a une portée plus vaste : elle facilite la divulgation et fournit un fondement aux transactions commerciales portant sur des connaissances.

Les régimes de propriété intellectuelle ont évolué au fil du temps et ils se sont différenciés d'un pays à l'autre. Le type de régime qui pourrait le mieux servir l'intérêt mondial ne fait pas l'unanimité et les intérêts nationaux pourraient bien être différents de l'intérêt mondial. Certains soutiennent que les régimes rigoureux de droits de propriété intellectuelle servent les intérêts de tous les pays à toutes les étapes de leur développement, mais cette proposition est difficile à accepter. Par ailleurs, il semble probable que l'implantation de régimes successivement plus rigoureux accompagnera le processus de croissance.

LICENCES OBLIGATOIRES ET DIFFUSION DE LA TECHNOLOGIE

PENDANT DES ANNÉES, IL A GÉNÉRALEMENT ÉTÉ RECONNU AU CANADA que les Canadiens ne pouvaient bénéficier des nouvelles technologies que si elles étaient exploitées au pays. Au cours des 15 dernières années, l'attention s'est déplacée pour se concentrer sur la façon d'attirer des activités de R-D. Le raisonnement est le même : l'exploitation locale des technologies et les activités locales de R-D permettent d'acquérir une expérience pratique sur le tas qui sert de complément au savoir diffusé par l'intermédiaire des institutions d'enseignement. Si une partie de cet apprentissage est transmissible localement, l'exploitation locale des innovations ou les activités locales de R-D pourraient avoir un caractère efficient, mais les avantages connexes ne se refléteront pas dans les conditions qu'un détenteur de licence éventuel sur le marché local est en mesure d'offrir. Un régime de licences obligatoires représente une solution possible (aux dépens du titulaire de brevet) mais, si l'on se fie à l'expérience canadienne, il ne s'agit pas d'une très bonne solution.

En l'absence de répercussions politiques à l'échelle internationale, un régime de licences obligatoires semblerait idéal pour un pays qui suit une stratégie d'imitation ou de reproduction, parce qu'il doit avoir accès à l'invention et non posséder le savoir-faire. On présente souvent la Corée comme un

exemple de ce modèle, mais il ne s'applique apparemment pas au Canada : le Canada a cherché à augmenter son savoir-faire en plus d'avoir accès aux inventions, et il n'a peut-être obtenu ni l'un ni l'autre.

Dans le cas de l'industrie pharmaceutique, le Canada a considéré trois stratégies et il en a mis deux à l'essai. L'une d'elles est le régime de licences obligatoires, qui a pour effet d'affaiblir le droit de propriété formel. La deuxième, proposée par la Commission Eastman, comportait au départ un droit de propriété faible, mais le titulaire du brevet pouvait ensuite renforcer ce droit (c'est-à-dire, en tirer des redevances plus élevées) en réalisant un plus grand volume d'activités de R-D au Canada. La troisième stratégie consiste à avoir un régime rigoureux de droits de brevet – l'approche adoptée en 1993 (avec effet rétroactif à compter de 1991).

Le régime de licences obligatoires pour les médicaments brevetés a toujours eu beaucoup plus à faire avec le prix des médicaments pour les consommateurs qu'avec la diffusion de la technologie. Les répercussions directes des modifications apportées au régime des brevets sur la diffusion de la technologie ont, de toute façon, été minimales. La Commission Eastman était d'avis que le régime de licences obligatoires n'avait pas contribué à réduire davantage les dépenses locales de R-D des multinationales, qui étaient déjà modestes. Par ailleurs, le régime de licences obligatoires n'a que peu contribué à la création d'une industrie innovatrice de fabrication de médicaments et de produits chimiques fins au Canada. Après l'adoption du projet de loi C-22 (1987), on a observé une certaine augmentation des dépenses de R-D des sociétés locales de fabrication de médicaments génériques et l'arrivée de nouvelles entreprises dans le secteur de la fabrication des produits chimiques fins. Il est possible que cette tendance soit une conséquence du régime de licences obligatoires, mais il est plus probable qu'elle fasse partie de l'effort politique déployé par l'industrie des médicaments génériques pour conserver ses derniers privilèges en vertu du régime de licences obligatoires. De même, la croissance des activités de R-D après 1987 est peut-être la conséquence directe du régime plus rigoureux de brevets au Canada, mais il est plus probable qu'elle fasse partie du marchandage politique qui a mené à l'abrogation du régime de licences obligatoires. Puisqu'il est hors de question de revenir à l'ancienne politique, il deviendra de plus en plus difficile pour le gouvernement de faire respecter ce marché. Dans ce cas, les dépenses de R-D des multinationales au Canada devraient avoir déjà atteint leur sommet et amorceront probablement un lent déclin.

CONCURRENCE ET EXPLOITATION LOCALE

LA POLITIQUE CANADIENNE EN MATIÈRE DE BREVETS a historiquement mis l'accent sur l'exploitation locale des brevets, tout en ignorant généralement les préoccupations traditionnelles au sujet de l'utilisation anticoncurrentielle des brevets. Cette orientation place la politique canadienne carrément à l'opposé

de l'approche adoptée aux États-Unis. L'adhésion du Canada à l'ALENA et à l'Accord sur les ADPIC s'est traduite par des modifications à la *Loi sur les brevets* qui ont eu pour effet de réduire les possibilités de conflits, mais le Canada conserve le pouvoir d'ordonner l'octroi de licences à l'égard de brevets lorsque les produits en cause ne sont pas disponibles à des conditions raisonnables au Canada ou lorsque l'absence de licence est préjudiciale à l'industrie canadienne. Même si aucune licence n'a apparemment jamais été octroyée pour ces raisons, la possibilité qu'on puisse en accorder demeure. Cette éventualité semble peu probable pour l'instant, mais des faits nouveaux comme le jugement *Magill* rendu par la Cour européenne de justice pourraient contribuer à soulever des inquiétudes quant à l'interprétation future que l'on fera au Canada tant de l'article 65 de la *Loi sur les brevets* que de l'article 32 de la *Loi sur la concurrence*.

Des problèmes pourraient aussi surgir si la politique canadienne en matière de brevets devait mettre davantage l'accent sur la concurrence. Les dispositions de la *Loi sur la concurrence* concernant les arrangements horizontaux sont très mal adaptées aux modalités de mise en commun de brevets et autres ententes semblables³⁸. L'examen des licences restrictives et des licences groupées et le traitement des questions de restriction du marché par le Tribunal de la concurrence pourraient être tout aussi insatisfaisants³⁹.

NOTES

- 1 Pour un survol de la question, voir Jorgenson (1994) et OCDE (1992).
- 2 Il existe une vaste documentation statistique qui n'est toutefois pas concluante sur le rapport qui existe entre, d'une part, les caractéristiques et les politiques nationales et, d'autre part, les taux de croissance des pays. Sur la question du manque de robustesse de ces relations, voir Levine et Renelt (1992) ainsi que Levine et Zervos (1993).
- 3 Cette documentation est résumée dans Gilbert et Sunshine (1995).
- 4 Les théoriciens de l'école évolutionniste contesteraient le fait qu'un innovateur en situation de monopole puisse posséder l'information nécessaire pour poursuivre une stratégie de recherche idéale ou socialement optimale; voir Merges et Nelson (1990).
- 5 Mairesse et Sassenou (1991, p. 24) soutiennent que la création d'un stock de R-D à partir de dépenses actuelles et passées de R-D intègre « en principe » un retard de diffusion. Cet énoncé est exact si la valeur des dépenses passées de R-D ne diminue que parce qu'elles sont remplacées par des dépenses de R-D subséquentes. Dans ce cas, le rythme d'érosion des dépenses passées de R-D est égal au taux de diffusion des résultats des dépenses courantes de R-D et les taux de diffusion sont effectivement intégrés aux mesures du stock de R-D. Les taux d'érosion et de diffusion pourraient être égaux au niveau global, dans les cas où la R-D passée ne peut être remplacée que par la R-D subséquente, mais il n'est pas nécessaire qu'il en soit ainsi à l'échelle de l'industrie ou à un niveau inférieur. La R-D à l'échelle de l'industrie peut être remplacée par la R-D actuelle ou passée dans d'autres industries.

- 6 Hall et Mairesse (1995) ont estimé le modèle de taux de rendement suivant :

$$TFP_{it} = a + b (R/Q)_{it-1}$$

où R/Q est le ratio de la R-D aux ventes. Ils interprètent leur estimation du paramètre b comme étant le taux de rendement sur la R-D.

- 7 Coe et Helpman (1995) ont estimé le modèle suivant :

$$\ln TFP_{it} = \ln a_i + b \ln SD_{it} + c \ln SF_{it}$$

où SD et SF sont les stocks étrangers et intérieurs de R-D, respectivement, tandis que les indices se réfèrent au pays i et à l'année t . Les auteurs n'abordent pas directement la question des délais de diffusion, mais ils examinent les conséquences de postuler un taux d'érosion plus rapide au moment de mesurer les stocks de R-D. Cela équivaut à supposer un délai de diffusion plus rapide si la R-D passée décroît parce qu'elle est remplacée par la R-D subséquente. Dans le contexte de deux stocks de R-D, cette équivalence est peu probable. De toute façon, les auteurs concluent que leurs estimations d'élasticité sont sensibles au taux d'érosion postulé (1995, p. 884).

- 8 Ulrich, Furtan et Schmitz (1986, p. 112-113) supposent aussi qu'en l'absence d'une « dépense de maintien » annuelle, la R-D fait l'objet d'une érosion. Cela soulève la question intéressante de savoir si leurs hypothèses au sujet de l'érosion sont compatibles avec leurs hypothèses concernant la diffusion. Les hypothèses des auteurs signifient que la R-D consacrée à l'orge de malterie est assujettie à un remplacement par d'autres activités de R-D agricoles et non agricoles.

- 9 Baldwin et Diverty (1995, tableau 4) concluent aussi que les établissements appartenant à des entreprises engagées dans des activités de R-D utilisent des technologies de fabrication plus avancées. Cette conclusion concorde avec la proposition selon laquelle l'innovation et l'adoption sont des co-produits de la R-D.

- 10 Caballero et Jaffe (1993) utilisent les références aux brevets comme indicateur de la mesure dans laquelle la génération actuelle de titulaires de brevets a pu tirer avantage des connaissances de celles qui l'ont précédée. Le fait qu'un brevet existant soit cité dans une demande de brevet ne signifie toutefois pas nécessairement que le requérant a utilisé dans les faits les connaissances divulguées dans le brevet cité.

- 11 L'importance des droits attachés au brevet pour la prestation d'un cadre de coopération technique fut mise en relief dans le témoignage de Graham Strachan, chef de la direction de la société Allelix Biopharmaceuticals de Toronto, devant le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce :

L'un des éléments d'actif le plus important pour attirer des partenaires est un régime de brevets rigoureux et contrôlable. Les brevets définissent les inventions. Ils permettent d'accorder des licences pour les droits de propriété intellectuelle et de juger et d'évaluer leur valeur. [...] Les alliances stratégiques jouent un rôle crucial pour assurer le succès de l'industrie canadienne de la biopharmacie et une protection concurrentielle appropriée des brevets s'avère essentielle pour susciter et stimuler la formation de tels partenariats (Sénat du Canada, 25, p. 156-157; 18/1/93).

Dans son étude publiée ailleurs dans le présent ouvrage, Merges examine les diverses façons dont la propriété intellectuelle facilite l'échange sur le marché et le « quasi-marché » (ou marché quasi-interne).

- 12 Dans des travaux antérieurs, Mansfield a conclu que le transfert de technologie à l'étranger n'augmentait pas la probabilité d'activités de rétroingénierie à l'étranger ou n'accélérait pas son calendrier d'application. Les avantages pour les pays d'accueil de

- l'investissement étranger direct prennent la forme d'effets de démonstration et non d'effets de rétroingénierie. Les pays d'accueil tirent aussi avantage de possibilités accrues de collaboration entre des sociétés affiliées à l'étranger et des consommateurs et des fournisseurs locaux. Cette interaction ne se fait généralement pas au détriment d'une collaboration dans le pays d'origine; voir McFetridge (1994) et les références à cet égard qu'on y trouve.
- 13 Voir McFetridge et English (1990) et les références à cet égard qu'on y trouve. Dans ses commentaires sur une version antérieure de cette étude, F. M. Scherer a soutenu que c'était la menace de mesures commerciales américaines et non des facteurs internes qui furent les éléments déterminants de la décision de la Corée du Sud de renforcer ses droits de propriété intellectuelle.
 - 14 On peut soutenir que l'information ne pourrait pas être obtenue par l'intermédiaire d'accords de licence si la protection par brevet n'existait pas.
 - 15 Les alinéas 65(a) et 65(b) étaient incompatibles avec l'ALENA et l'article 26 de l'Accord sur les ADPIC. Ils furent abrogés au moment de l'entrée en vigueur de l'ALENA en 1993.
 - 16 Il s'agit de licences qui n'ont pas été formellement retirées et qui ne sont pas officiellement considérées comme abandonnées. Selon Peter Davies, de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada, la probabilité est faible que ces demandes mènent à l'homologation de licences.
 - 17 Le type d'abus dans les deux autres cas n'est pas précisé dans les statistiques sommaires.
 - 18 Ce point de vue irait à l'encontre de l'une des hypothèses de l'approche évolutionniste, selon laquelle les titulaires de brevets sont généralement mal renseignés au sujet des possibilités commerciales des technologies qu'ils contrôlent; pour cette raison, on préconise que l'aptitude des titulaires de brevets à restreindre l'application de leurs technologies soit assujettie à des restrictions rigoureuses; voir Merges et Nelson (1990).
 - 19 Cela s'ajouterait au moyen de défense fondé sur l'abus du droit de brevet dans le cadre d'une poursuite en contrefaçon ou visant à recouvrer des redevances impayées. Un moyen de défense fondé sur l'abus d'un droit a pour effet de rendre un brevet inapplicable jusqu'à ce que l'abus ait cessé. En général, il y a abus lorsque le titulaire d'un brevet tente d'étendre la durée ou la portée du brevet. Parmi les exemples d'abus reconnus par les tribunaux aux États-Unis figurent le paiement de redevances après l'échéance du brevet ou les arrangements restrictifs; voir Weinschel (1995, p. 10-11).
 - 20 Les tableaux sommaires de l'OPIC font état de deux cas où les requérants de licences obligatoires ont allégué qu'il y avait eu abus en vertu de l'alinéa 65(2)(c). Les demandes de licences présentées en vertu de cet article furent rejetées par le Commissaire aux brevets dans les deux cas.
 - 21 Ainsi, des effets de démonstration peuvent découler d'une exploitation locale; voir McFetridge (1994). Le régime de licences obligatoires a aussi pour effet d'augmenter le pouvoir de négociation des innovateurs secondaires au détriment des innovateurs primaires. Cela peut accroître ou non l'activité globale d'innovation; voir Scotchmer (1991) ainsi que Acheson et McFetridge (1996). La question de savoir si l'on peut considérer l'octroi de licences obligatoires au Canada en vertu de l'article 75 de la *Loi sur les brevets* comme une tentative en vue d'optimiser les stimulants à l'innovation primaire et secondaire dans une optique mondiale constitue une toute autre affaire.
 - 22 Selon la proposition de la Commission, les recettes tirées des redevances I_i du titulaire de brevet i seraient :

$$I_i = \{[(CR/CS)_i + 0,04]SCL_i\} \{[(WR/WS) + 0,04]\} \{[(\sum CR_i / \sum CS_i) + 0,04]\}$$

où CR_i et CS_i sont la R-D et les ventes canadiennes du titulaire de brevet *i*, SLC_i représente les ventes du titulaire de brevet *i* réalisées en vertu d'une licence obligatoire, les sommations comprennent tous les titulaires de brevets au Canada (c'est-à-dire l'industrie canadienne) et WR et WS représentent la R-D et les ventes à l'échelle mondiale de l'industrie pharmaceutique. Étant donné que l'intensité de la R-D au Canada était d'environ 5 p. 100 et que l'intensité de la R-D à l'échelle mondiale était à peu près de 10 p. 100, une hausse de 1 dollar des dépenses canadiennes de R-D permettrait à un titulaire de brevet dont 10 p. 100 des ventes découlent d'une fabrication réalisée en vertu de licences obligatoires d'obtenir des recettes supplémentaires de 16 cents sous forme de redevances.

23 Voir, par exemple, le témoignage de M. Bellini, de Biochem Pharma, devant le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce (Sénat du Canada, 27, p. 74-75; 20/1/93) et la lettre de M. Terzakian, de Raylo Chemicals au Comité (28, p.36-37; 21/1/93).

24 En utilisant les données sur les dépenses de R-D dans le secteur des médicaments à l'échelle mondiale tirées de Scrip: World Pharmaceutical News (4 août 1995), on peut calculer les ratios en pourcentage des dépenses canadiennes de R-D aux dépenses mondiales pour les multinationales choisies en 1994. Voici ces pourcentages : Glaxo, 1,3; Hoffman LaRoche, 1,0; Merck, 6,1; Pfizer, 0,7; Sandoz, 1,2; Ciba, 1,4; Eli Lilly, 1,7. Lors de son témoignage devant le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, M. Michael Spino, de la société Apotex, a mentionné que la société Merck était l'une des rares multinationales ayant la « masse critique » requise pour entreprendre des recherches au Canada (Sénat du Canada, 28, p. 30; 21/1/93).

25 Lors de son témoignage devant le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, Michael Wilson, ministre de l'Industrie et des Sciences, a expliqué la position du gouvernement en ces termes :

Depuis 1987, année de l'adoption du projet de loi C-22, la communauté internationale a renforcé considérablement la protection de la propriété intellectuelle. Le Canada, seul pays développé à avoir un régime de licences obligatoires pour les médicaments, était de plus en plus isolé à cet égard. Notre pays devenait de moins en moins intéressant pour les investisseurs dans l'industrie pharmaceutique, comparativement à nos principaux partenaires commerciaux (Sénat du Canada, 28; p. 123; 21/1/93).

26 Témoignage de Michael Wilson, Délibérations du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce (Sénat du Canada, 28, p. 126; 21/1/93).

27 Témoignage de M. Michael Spino devant le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce (Sénat du Canada, 28, p. 25; 21/1/93). Cet argument fut aussi utilisé par M. Jack Kay, président de l'Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques (l'association regroupant les fabricants de médicaments génériques) :

Il faut bien se rappeler qu'avec l'octroi de licences obligatoires, le gouvernement avait prévu en 1969 que l'industrie des produits génériques deviendrait elle-même novatrice après avoir franchi le stade de la simple copie du travail des autres. Nous voici à ce stade où les deux principales entreprises, Novapharm et Apotex, effectuent des recherches novatrices. Nous sommes en train de développer de nouveaux produits pour le traitement du cancer et du SIDA, mais, pour mener ces travaux à bonne fin, nous avons besoin des rentrées de fonds garanties par le projet

de loi C-22, qui stipulait qu'il n'y aurait pas de changements négatifs avant 1996 (27, p. 112; 20/1/93).

- 28 La Commission Eastman était d'avis que le régime de licences obligatoires n'avait pas eu d'incidence sur l'intensité de l'effort de recherche dans l'industrie canadienne des médicaments. Aux environs de 5 p. 100, ce ratio était comparable à celui observé dans d'autres petits pays développés. Le gouvernement était apparemment d'avis que l'activité innovatrice était descendue bien en dessous de son potentiel et qu'elle devenait de moins en moins attrayante.
- 29 Même si l'activité globale de R-D n'a pas augmenté en Italie, il se pourrait que la proportion de cette activité provenant de sociétés affiliées à des multinationales en Italie ait augmenté. Dans la mesure où elles ne pouvaient plus copier des médicaments protégés par brevet dans d'autres pays, les sociétés pharmaceutiques italiennes ont dû être de moins en moins portées à copier par la suite.
- 30 Les données sur les inventions de médicaments proviennent de Challu (1995, tableau 5). L'échantillon se limite à la période de 12 ans après laquelle les inventions de médicaments devenaient brevetables et à la période de 12 ans qui précédait immédiatement celle-ci. L'équation de régression estimée est la suivante :

$$NEWDR = 1,59 + 10,86 DPAT + 0,45 TIME - 0,90 DPAT \times TIME$$

$$(1,22) \quad (3,04) \quad (2,53) \quad (3,58)$$

où *NEWDR* est le nombre de nouveaux médicaments inventés en Italie; *DPAT* est une variable auxiliaire dont la valeur est égale à 1 à compter de 1978; *TIME* est une tendance chronologique, qui débute en 1966 avec une valeur égale à 0. Les valeurs du test *t* sont indiquées entre parenthèses sous les valeurs estimées des coefficients; $R^2 = 0,39$.

- 31 Les pays qui avaient les ratios de nouveaux médicaments au produit intérieur brut (PIB) les plus élevés durant la période 1940-1975 – la Suisse et le Danemark – ne protégeaient que les procédés de fabrication à l'époque. Les États-Unis et la Belgique, qui protégeaient tant les produits que les procédés, se classaient au troisième et quatrième rangs. L'Italie, qui n'accordait aucune protection, se classait au 13^e rang. Le Canada, qui n'accordait une protection qu'aux procédés de fabrication et qui a possédé un régime de licences obligatoires pendant les six dernières années de la période étudiée, arrivait au 15^e rang (p. 38). Ce genre de comparaison ignore les tendances qui ont pu se manifester durant la période à l'étude et ne tient compte que des aspects liés à la protection des droits de propriété intellectuelle. Néanmoins, les résultats de Scherer soulèvent la curieuse possibilité que le fait de protéger un nouveau médicament en tant que produit en plus de protéger son procédé de fabrication ajoute peu à l'incitation à innover dans l'industrie pharmaceutique.
- 32 Il est prévu que le projet de loi C-91 soit réexaminé en 1997. Les fabricants de médicaments brevetés exercent des pressions pour obtenir une autre prolongation de leur période d'exclusivité. Les décisions en matière de R-D seront peut-être influencées par ces manœuvres; voir Bourette (1996).
- 33 Pour un survol historique du traitement des droits de propriété intellectuelle dans l'optique de la législation sur la concurrence au Canada, voir Anderson, Khosla et Ronayne (1991).
- 34 L'incidence concurrentielle des redevances versées après l'échéance du brevet sera fonction de la mesure dans laquelle le titulaire du brevet et les détenteurs de licences seront en concurrence après l'échéance du brevet.

- 35 Le régime de licences obligatoires peut être appelé à jouer d'autres rôles. Utilisé de concert avec un report de l'échéance des brevets, il peut servir à offrir une incitation précise à inventer à un coût moindre dans l'optique de la perte sèche attribuable à un usage restreint; voir, par exemple, Tandon (1982).
- 36 Le paragraphe 55.2(6) de la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets* (S.R. c.2, 1993) vise à confirmer une exception semblable aux droits exclusifs du titulaire de brevet dans le droit canadien pour des actes à caractère privé ou effectués sur une échelle non commerciale ou à des fins non commerciales ou pour des expériences liées uniquement au domaine du brevet.
- 37 L'Office de la propriété intellectuelle du Canada publie maintenant les demandes 18 mois après leur dépôt. Il s'écoule, en moyenne, un intervalle de 18 mois avant que le brevet ne soit accordé.
- 38 L'article 45 ne contient aucune disposition pour tenir compte du caractère raisonnable des accords qui entraînent une réduction substantielle de la concurrence. Étant donné la préoccupation historique au Canada à l'égard de l'accès, les tribunaux canadiens n'adopteraient probablement pas une approche du cycle de vie pour déterminer si une séquence innovatrice se serait amorcée en l'absence de restrictions anticipées sur la concurrence; voir McPetridge (1995).
- 39 L'article 77 ne traite que de l'accès de nouveaux concurrents au marché. Il est peu probable que le Tribunal de la concurrence tienne compte de l'effet des restrictions de marché sur le surplus total statique ou sur l'innovation dans le cadre de poursuites intentées en vertu de l'article 77.

BIBLIOGRAPHIE

- Acheson, Keith et D. G. McPetridge, « Propriété intellectuelle et croissance endogène », dans *La croissance fondée sur le savoir et son incidence sur les politiques microéconomiques*, publié sous la direction de Peter Howitt, University of Calgary Press, Calgary, 1996, p. 187-235.
- Anderson, R. D., S. D. Khosla et M. F. Ronayne, « The Competition Policy Treatment of Intellectual Property Rights in Canada: Retrospect and Prospect », dans *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, publié sous la direction de R. S. Khemani et W. T. Stanbury, Institut de recherche en politiques publiques, Halifax (N.-É.), 1991, p. 497-538.
- Anis, Aslam H., « Essays on the Effects of Government Policy on Firm and Industry Behaviour », thèse de doctorat non publiée, Université Carleton, Ottawa, 1989.
- Arrow, K., « Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention », dans *The Rate and Direction of Inventive Activity*, publié sous la direction de R. Nelson, Princeton University Press, Princeton (N.J.), 1962, p. 609-625.
- Baldwin, John R., *Stratégies de réussite : Profil des petites et moyennes entreprises en croissance (PMEC) au Canada*, n° de cat. 61-523, Statistique Canada, Ottawa, 1994.
- , « Innovation and Intellectual Property: Findings from the Innovation Survey », document reprographié, Division des études de l'analyse micro-économique, Statistique Canada, 1995.

- Baldwin, John R. et Brent Diverty, « Advanced Technology Use in Manufacturing Establishments: What Influences Incidence and Intensity Decisions », document reprographié, Division des études de l'analyse micro-économique, Statistique Canada, Ottawa, 1995.
- Baldwin, John R., Tara Gray et Joanne Johnson, « Technology Use, Training and Plant-Specific Knowledge in Manufacturing Establishments », document reprographié, Division des études de l'analyse micro-économique, Statistique Canada, Ottawa, 1995.
- Barton, John H., « Patent Breadth and Antitrust: A Rethinking », document présenté lors des audiences de la Federal Trade Commission (FTC) portant sur la concurrence mondiale et la concurrence fondée sur l'innovation, 27 novembre 1995.
- Bourette, Susan, « Pharmaceuticals Need Strong Patent Protection: Study », *The Globe and Mail*, Report on Business, 20 mars 1996, p. B-4.
- Caballero, R. et A. Jaffe, « How High Are the Giant's Shoulders: An Empirical Assessment of Knowledge Spillovers and Creative Destruction in a Model of Economic Growth », *NBER Macroeconomics Annual*, National Bureau of Economic Research, Cambridge (Mass.), 1993, p. 13-74.
- Canada, Sénat, Délibérations du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, Troisième session, trente-quatrième législature, 1991-1992-1993, première lecture du projet de loi C-91, *Loi modifiant la Loi sur les brevets*, modifiant une autre loi en conséquence et prévoyant d'autres mesures connexes.
- Carlsson, Bo et Staffan Jacobsson, « Technological Diffusion Systems and Economic Policy: The Diffusion of Factory Automation in Sweden », *Research Policy*, vol. 23, 1994, p. 235-248.
- Challu, Pablo M., « Effects of Monopolistic Patenting of Medicine in Italy since 1978 », *International Journal of Technology Management*, vol. 10, 1995, p. 237-251.
- Coe, D. et E. Helpman, « International R-D Spillovers », *European Economic Review*, vol. 39, mai 1995, p. 859-887.
- Cohen, W. M. et D. A. Levinthal, « Innovation and Learning: The Two Faces of R-D », *The Economic Journal*, vol. 99, 1989, p. 569-596.
- Commission d'enquête sur l'industrie pharmaceutique, *Rapport de la Commission d'enquête sur l'industrie pharmaceutique*, Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1985.
- Conseil économique du Canada, *Rapport sur la propriété intellectuelle*, Ottawa, 1971.
- Conseil d'examen des prix des médicaments brevetés, *Huitième rapport annuel*, Ottawa, 1996.
- Consommation et Corporations Canada, *Document de travail sur la réforme de la Loi sur les brevets*, Ottawa, 1976.
- Correa, Carlos M., « Intellectual Property Rights and Foreign Direct Investment », *International Journal of Technology Management*, vol. 10, 1995, p. 173-199.
- Corvari, Ronald J., « Strategic Advertising Behaviour and Public Policy in the Canadian Pharmaceutical Industry », thèse de doctorat non publiée, Université Carleton, Ottawa, 1991.
- Dasgupta, Partha et Joseph Stiglitz, « Uncertainty, Industrial Structure and the Speed of R-D », *Bell Journal of Economics*, vol. 11, juin 1980, p. 1-28.
- David, P., « Knowledge, Property and the System Dynamics of Technological Change », *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics 1992*, Banque mondiale, Washington (DC), 1993, p. 215-248.

- Deolalikar, Anil et Robert E. Evenson, « Private Inventive Activity in Indian Manufacturing: Its Extent and Determinants », dans *Science and Technology: Lessons for Development Policy*, publié sous la direction de Robert E. Evenson et Gustav Ranis, Westview Press, Boulder (Col.), 1990, p. 233-253.
- Eisenberg, Rebecca S., « Patents and the Progress of Science: Exclusive Rights and Experimental Use », *The University of Chicago Law Review*, vol. 56, 1989, p. 1017-1086.
- États-Unis, Département of Justice et Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, Washington (DC), 1995.
- Evenson, Robert E., « Survey of Empirical Studies », dans *Strengthening Protection of Intellectual Property in Developing Countries: A Survey of the Literature*, publié sous la direction de Wolfgang E. Siebeck, Document n° 112, Banque mondiale, Washington (DC), 1990a.
- , « Intellectual Property Rights, R-D, Inventions, Technology Purchase and Piracy in Economic Development: An International Comparative Study », dans *Science and Technology: Lessons for Development Policy*, publié sous la direction de Robert E. Evenson et Gustav Ranis, Westview Press, Boulder (Col.), 1990b, p. 325-355.
- Fox, G., A. Haque et G. Brinkman, « Product Market Distortions and the Returns to Federal Laying Hen Research in Canada: Reply and Further Results », *Revue canadienne d'économie rurale*, vol. 38, juillet 1990, p. 351-356.
- Frischtak, Claudio, R., « Harmonization versus Differentiation in International Property Rights Regimes », *International Journal of Technology Management*, vol. 10, 1995, p. 200-213.
- Geroski, Paul, Steve Machin et John Van Reenen, « The Profitability of Innovating Firms », *Rand Journal of Economics*, vol. 24, été 1993, p. 198-211.
- Gilbert, Richard J. et Steven C. Sunshine, « Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, hiver 1995, p. 569-601.
- Griliches, Z., *The Search for R&D Spillovers*, Working Paper no. 3768, National Bureau of Economic Research, Cambridge (Mass.), 1991.
- Hall, Bronwyn H. et Jacques Mairesse, « Exploring the Relationship Between R-D and Productivity in French Manufacturing Firms », *Journal of Econometrics*, vol. 65, 1995, p. 263-293.
- Haque, A., G. Fox et G. Brinkman, « Product Market Distortions and the Returns to Federal Laying Hen Research in Canada », *Revue canadienne d'économie rurale*, vol. 37, mars 1989, p. 29-46.
- Harbasz, C., G. Fox et G. Brinkman, « A Comparison of ex post and ex ante Measures of Producers Surplus in Estimating the Returns to Canadian Federal Sheep Research », *Revue canadienne d'économie rurale*, vol. 36, novembre 1988, p. 489-500.
- Industrie, Sciences et Technologie Canada, « Appendices for the Survey of Intellectual Property Rights in Canada: Final Report », document reprographié, Ottawa, 1989.
- Jorgenson, Dale W., « Investment and Economic Growth », conférences Simon Kuznets, Université Yale, New Haven (Conn.), du 9 au 11 novembre 1994.
- Levin, R. et coll., « Appropriating the Returns from Industrial Research and Development », *Brookings Papers on Economic Activity*, vol. 3, publié sous la direction de M. Baily et C. Winston, The Brookings Institution, Washington (DC), 1987, p. 783-820.
- Levine, D. et D. Renelt, « A Sensitivity Analysis of Cross-Country Growth Regressions », *American Economic Review*, vol. 82, 1992, p. 942-963.
- Levine, D. et S. Zervos, « What Have We Learned About Cross-Country Growth Regressions? », *American Economic Review*, vol. 83, mai 1993, p. 426-430.

- Mairesse, J. et M. Sassenou, « R-D and Productivity: A Survey of Econometric Studies at the Firm Level », *STI Review*, vol. 8, avril 1991, p. 9-44.
- Mansfield, Edwin, *Intellectual Property Protection, Foreign Direct Investment and Technology Transfer*, Discussion Paper no. 19, International Finance Corporation, Washington (DC), 1994.
- McFetridge, D., « Globalization and Competition Policy », dans *Productivity, Growth and Canada's International Competitiveness*, publié sous la direction de T. J. Courchene et D. D. Purvis, John Deutsch Institute, Kingston (ON), 1992, p. 133-180.
- _____, « The Canadian System of Industrial Innovation », dans *National Innovation Systems*, publié sous la direction de R. Nelson, Oxford University Press, Oxford (R.-U.), 1993, p. 299-323.
- _____, « Les investissements directs du Canada à l'étranger, la R-D et les transferts de technologie », dans *Les multinationales canadiennes*, publié sous la direction de S. Globerman, University of Calgary Press, Calgary, 1994, p. 165-197.
- _____, « Competition Policy and Cooperative Innovation », document présenté lors de la conférence « Competitive Industrial Development: The Role of Cooperation in the Technology Sector », University of Toronto Law School, Toronto (ON), 19 mai 1995.
- McFetridge, D. et H. English, « Intellectual Property and the GATT Negotiations: Some Areas for Discussion », dans *Pacific Initiatives in Global Trade*, publié sous la direction de H. English, Institut de recherche en politiques publiques, Halifax (N.-É.), 1995, p. 159-172.
- McFetridge, D. et A. Lall, « Is There a Theory of Deregulation? », dans *Breaking the Shackles: Deregulating Canadian Industry*, publié sous la direction de W. Block et G. Lermer, Fraser Institute, Vancouver (C.-B.), 1991, p. 7-28.
- Merges, Robert P. et Richard R. Nelson, « On the Complex Economics of Patent Scope », *Columbia Law Review*, vol. 90, 1990, p. 839-916.
- Midgeley, David F., Pamela D. Morrison et John H. Roberts, « The Effect of Network Structure in Industrial Diffusion Processes », *Research Policy*, vol. 21, 1992, p. 533-552.
- Nagy, J. G. et N. H. Furtan, « Economic Cost and Returns from Crop Development Research: The Case of Rapeseed Breeding in Canada », *Revue canadienne d'économie agricole*, 1984, p. 1-14.
- Nelson, Richard R., « On Technological Capabilities and Their Acquisition », dans *Science and Technology: Lessons for Development Policy*, publié sous la direction de Robert E. Evenson et Gustav Ranis, Westview Press, Boulder (Col.), 1990, p. 71-80.
- Nordhaus, W., *Invention, Growth and Welfare*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 1969.
- Ordovery, Janusz A., « A Patent System for Both Diffusion and Exclusion », *Economic Perspectives*, vol. 5, 1991, p. 43-60.
- Organisation de coopération et de développement économiques, *La technologie et l'économie : Les relations déterminantes*, OCDE, Paris, 1992.
- Pakes, Ariel et Mark Schankerman, « The Rate of Obsolescence of Patents, Research Gestation Lags and the Private Rate of Return to Research Resources », dans *R&D, Patents and Productivity*, publié sous la direction de Zvi Griliches, University of Chicago Press, Chicago (Ill.), 1984, p. 73-88.
- Porter, Michael E., *The Competitive Advantage of Nations*, MacMillan, New York, 1990.
- Primo Braga, Carlos, « The Developing Country Case for and against Intellectual Property Protection », dans *Strengthening Protection of Intellectual Property in Developing Countries: A Survey of the Literature*, publié sous la direction de Wolfgang E. Siebeck, Document n° 112, Banque mondiale, Washington (DC), 1990.

- Rosenberg, N., *Inside the Black Box: Technology and Economics*, Cambridge University Press, New York, 1982.
- Scherer, F. M., *The Economic Effects of Compulsory Patent Licensing*, New York University Graduate School for Business Administration, New York, 1977.
- Scherer, F. M. et Sandy Weisburst, « Economic Effects of Strengthening Pharmaceutical Patent Protection in Italy », *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, n° 6, 1995, p. 1009-1024.
- Scotchmer, Suzanne, « Standing on the Shoulders of Giants », *Economic Perspectives*, vol. 5, 1991, p. 29-41.
- Scotchmer, Suzanne et Jerry Green, « Novelty and Disclosure in Patent Law », *Rand Journal of Economics*, vol. 21, 1990, p. 131-146.
- Stoneman, P. et P. Diederer, « Technology Diffusion and Public Policy », *Economic Journal*, vol. 104, juillet 1994, p. 918-930.
- Taggart, J., « Determinants of Foreign R-D Locations in the Chemical Industry », *R-D Management*, vol. 21, 1991, p. 221-240.
- Tandon, P., « Optimal Patents with Compulsory Licensing », *Journal of Political Economy*, vol. 90, 1982, p. 470-486.
- Ulrich, A., H. Furtan et A. Schmitz, « Public and Private Returns from Joint Venture Research: An Example from Agriculture », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 101 février 1986, p. 103-129.
- Von Hippel, Eric, « Lead Users: A Source of Novel Product Concepts », *Management Science*, vol. 32, 1986, p. 791-805.
- Weinschel, Alan J., « The United States Perspective on the Intellectual Property/Antitrust Interface », document présenté lors de la conférence annuelle de 1995 sur la loi de la concurrence de l'Association du Barreau canadien, 1995.
- Widmer, L., G. Fox et G. Brinkman, « The Rate of Return to Agricultural Research in a Small Country: The Case of Beef Cattle Research in Canada », *Revue canadienne d'économie rurale*, vol. 36, mars 1988, p. 23-35.

Commentaire

F. Michael Scherer
 John F. Kennedy School of Government
 Université Harvard

JE CROIS QUE MON RÔLE ICI EST D'EXPRIMER UNE OPINION DISSIDENTE; je le ferai donc aussi vigoureusement que possible dans ce bref commentaire.

Une particularité que j'ai notée, entre autres choses, dans l'exposé de Donald McFetridge, est qu'il semble donner un sens péjoratif au terme « opportuniste ». Je ne comprends pas pourquoi. C'est certes mieux que de se faire traiter de pirate. Mais je pense que la Cour canadienne de l'échiquier avait essentiellement raison de conclure, dans la cause *Merck and Company c.*

Sherman and Ulster Ltd., qu'il serait peu réaliste de penser que les rendements obtenus sur le marché canadien influent sur la poursuite des travaux de recherche à l'échelle internationale.

Dans mon nouveau manuel, qui comprend une série d'études de cas, j'ai tenté de présenter une analyse de ce qu'il adviendrait si l'ensemble des pays moins développés (PMD) dans le monde, qui à ce jour n'ont pas accordé de brevets sur les médicaments, commençaient à le faire. Sans les PMD, l'équilibre s'établit aux environs de 42 nouvelles substances chimiques par année. La meilleure estimation que je puisse faire, c'est que nous aurions au total 50 nouvelles substances chimiques par année si les PMD se mettaient à délivrer des brevets. Les pays du tiers-monde ne s'engagent pas dans cette direction, comme McFetridge l'a indiqué, parce qu'ils estiment que c'est une bonne chose de posséder un régime rigoureux de droits en matière de brevets. Ils le font parce les États-Unis les ont menacés de sanctions en vertu de l'article 301 ou parce qu'ils doivent se conformer aux accords de l'Uruguay Round.

Dans mon commentaire, je donnerai certains exemples de l'octroi de licence obligatoire et de ses effets. Considérons le régime de licences obligatoires dans l'industrie pharmaceutique. Nous n'avons pas encore les résultats d'une expérience naturelle pour le Canada, mais nous avons un cas intéressant que mon élève, Sandy Weisburst, a examiné de façon assez détaillée (Scherer et Weisburst, 1995).

En 1978, la Cour suprême italienne a jugé qu'il était anticonstitutionnel pour l'Italie de refuser de délivrer des brevets pour des médicaments. L'industrie italienne des médicaments génériques occupait à ce moment-là une position dominante sur la scène internationale. Elle exportait des médicaments génériques partout dans le monde, y compris au Canada et aux États-Unis, lesquels étaient vendus comme produits génériques parce qu'avant 1978, il n'y avait aucun brevet italien sur ces produits. En 1978, l'Italie a dû commencer à délivrer des brevets sur les médicaments. Que s'est-il passé ?

Une façon de mesurer l'incidence de ce changement est d'observer ce qu'il est advenu du nombre de brevets pour des médicaments obtenus aux États-Unis. Nous devons retourner aux États-Unis parce qu'il n'y avait aucun brevet pour des produits en Italie avant 1978. Les demandes de brevets pour des médicaments déposées par des entreprises italiennes aux États-Unis ont commencé à augmenter vers le début de 1978 beaucoup plus rapidement que le nombre total de demandes de brevets pour des médicaments aux États-Unis.

Qu'est-il advenu de la R-D dans le secteur pharmaceutique en Italie ? Avant 1978, les dépenses de R-D consacrées à des médicaments dans le monde augmentaient plus rapidement qu'en Italie. Par la suite, la R-D dans l'industrie pharmaceutique a continué d'augmenter plus rapidement à l'échelle mondiale qu'en Italie.

Si la progression des dépenses de R-D est plus lente en Italie que dans l'ensemble du monde, mais que le nombre de brevets délivrés augmente plus rapidement dans ce pays qu'ailleurs dans le monde, que se passe-t-il donc ? La

réponse à cette question, est que la propension à obtenir des brevets est en train de changer. Avec la flambée des dépenses de R-D, le nombre de brevets par milliard de dollars de R-D diminue dans l'ensemble du monde. Mais les entreprises italiennes, qui peuvent maintenant obtenir des brevets italiens, retiennent les services d'avocats spécialisés dans les brevets et sollicitent aussi des brevets aux États-Unis. De plus, on peut constater que, depuis le changement, un plus grand nombre de multinationales font l'acquisition de sociétés italiennes.

Après les modifications apportées à la législation sur les brevets en 1978, qu'est-il advenu du nombre de nouvelles substances chimiques ? La série statistique pour l'Italie est très irrégulière, mais une moyenne mobile fait ressortir un résultat contraire à l'hypothèse prévue : l'Italie est à l'origine d'un nombre plus restreint, et non plus élevé, de nouvelles substances chimiques.

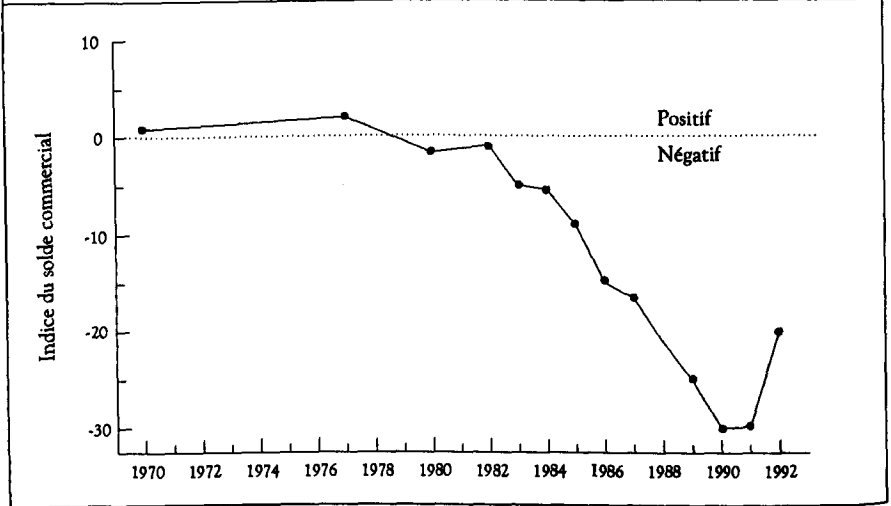
Comme je l'ai mentionné, l'industrie des médicaments génériques de l'Italie occupait à l'époque une position dominante dans le monde. Qu'est-il advenu du solde commercial de l'Italie en ce qui concerne les produits pharmaceutiques ? La ligne pointillée de la figure 1 indique l'équilibre entre les exportations et les importations. L'Italie avait un solde commercial positif avant que la Cour suprême n'exige une modification à la politique des brevets. Par la suite, on peut observer une chute marquée du solde commercial de l'Italie. Ce résultat s'explique par le fait que, n'étant plus en mesure de conserver leur avance sur le plan de la mise au point de médicaments génériques, les Italiens ont perdu leur position dominante d'exportateurs de produits génériques vers les régions qui n'accordent pas de brevets sur les médicaments. L'Inde a repris ce rôle. Par ailleurs, les multinationales de l'industrie pharmaceutique n'étaient plus tenues de fabriquer leurs produits en Italie pour pouvoir les vendre sur ce marché, de sorte qu'elles ont commencé à exporter davantage vers l'Italie à partir d'établissements implantés ailleurs dans le monde.

La morale de cette histoire est qu'un changement dans la loi n'a pas permis, du moins jusqu'à ce jour, que se développe une industrie viable de la mise au point de nouveaux médicaments en Italie. Il y a peut-être d'autres raisons pour expliquer ce résultat que les contraintes de temps m'ont forcé à négliger.

Les États-Unis ont accumulé une expérience en matière d'octroi de licences obligatoires plus vaste que celle de tout autre pays. En vertu de décrets antitrust, les tribunaux ont imposé des licences pour des dizaines de milliers de brevets. Le tableau 1 donne un bref aperçu des entreprises dont au moins 20 p. 100 des ventes de produits ont été touchées par des décrets majeurs relatifs à l'octroi de licence obligatoire. J'ai fait une analyse statistique afin de déterminer les effets de l'octroi de licences obligatoires sur les dépenses de R-D de ces entreprises. La question la plus importante est de voir si l'octroi de licences obligatoires détruit ou entrave l'incitation à investir dans la R-D. C'est une question que j'ai abordé pour la première fois lorsque j'étais étudiant à l'École de commerce de l'Université Harvard en 1957-1958. Des décrets visant les sociétés IBM et AT&T avaient été émis en 1956. Le *Wall Street Journal* avait alors affirmé que ces interventions gouvernementales allaient mettre fin à

FIGURE 1

ÉVOLUTION DU SOLDE COMMERCIAL DE L'ITALIE
DANS LE SECTEUR DES PRODUITS PHARMACEUTIQUES



l'innovation dans ces entreprises. Nous avons communiqué avec environ 40 entreprises et nous avons fait une analyse statistique fondée sur près de 70 établissements. La seule conclusion que nous avons pu en tirer, est que l'octroi de licences obligatoires a eu pour effet de réduire la propension à breveter des inventions marginales.

Qu'en est-il de l'incitation à faire de la R-D ? Je me suis penché à nouveau sur cette question lorsque des données sur les dépenses de R-D au niveau des entreprises devinrent disponibles pour la première fois en 1976 (Scherer, 1977). J'ai retenu les décrets majeurs relatifs à l'octroi de licences obligatoires et j'ai relié des variables auxiliaires, qui traduisaient divers niveaux de gravité de ces décrets, aux dépenses de R-D. J'ai analysé l'évolution du ratio de la R-D aux ventes en 1975, en neutralisant l'effet de l'industrie et de la taille de l'entreprise, pour les sociétés visées par un décret relatif à l'octroi de licences obligatoires. Selon l'hypothèse normale, la R-D dans les entreprises assujetties à un tel décret devrait diminuer. Contrairement à cette hypothèse, mes calculs ont révélé une augmentation statistiquement significative de la R-D dans les entreprises assujetties à un décret concernant l'octroi de licences obligatoires par rapport à des sociétés de taille comparable qui ne l'avaient pas été. J'ai aussi examiné l'incidence de l'octroi de licences obligatoires sur la structure de marché et je n'ai pu déceler aucun effet perceptible.

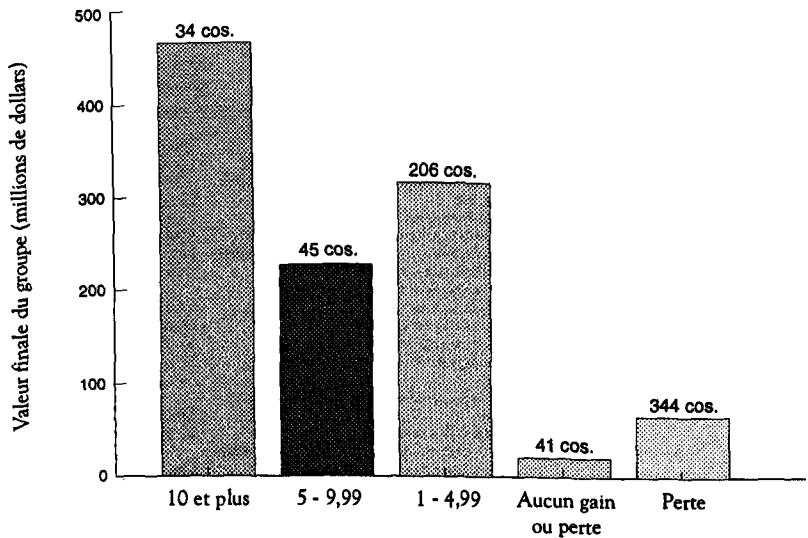
TABLEAU 1

 ENTREPRISES VISÉES PAR DES DÉCRETS RELATIFS À L'OCTROI
 DE LICENCES OBLIGATOIRES DE PORTÉE APPRÉCIABLE

Entreprise	Nombre de causes de licence obligatoire	Champs ou produits touchés	Incidence majeure	Brevets futurs ?	Dernière année
Airco	1	Produits à base de dioxyde de carbone	Non	Oui	1962
American Air Filter	1	Filtres à air	Non	Non	1946
American Can	1	Appareils de fermeture de boîtes de conserve	Oui	Oui	1955
American Cyanamid	1	Auréomycine	Non	Non	1967
American Motors	1	Dispositifs antipollution	Non	Oui	1975
A. T. & T.	1	Matériel et modules téléphoniques	Oui	Oui	1975
Ball Brothers	1	Outils de fabrication de bouteilles en verre	Non	Non	1947
Bausch & Lomb	1	Articles d'ophtalmologie	Oui	Oui	1958
Bendix	3	Instruments aéronautiques, aérofreins, freins hydrauliques	Oui	Oui	1958
Bristol-Myers	1	Ampicilline, cas en instance	Non	Oui	1975
Carrier Corp.	2	Appareils de climatisation, serpents	Oui	Non	1945
Chrysler	1	Appareils de contrôle de la pollution	Non	Oui	1975
Cincinnati Milacron	1	Fraiseuses	Non	Non	1954
Corning Glass Works	3	Ampoules électriques, verre plat, récipients de verres	Oui	Non	1947
A.B. Dick	1	Machines à photocopier	Oui	Oui	1958
DuPont	2	Pigments à base de de titane; nylons et autres produits chimiques	Oui	Non	1952
Eastman Kodak	2	Pellicule cinématographique; Kodachrome	Oui	Non	1954
Emhart (Hartford-Empire)	1	Outils de fabrication de bouteilles en verre	Oui	Oui	1975
Exxon	1	Caoutchouc synthétique	Non	Non	1942
Ford Motor Co.	1	Appareils de contrôle de la pollution	Non	Oui	1975
General Cable	1	Câbles gonflés de liquide	Non	Non	1948
General Electric	6	Lampes à incandescence, ampoules électriques, câbles gonflés de liquide, commutateurs, lampes fluorescentes, matériel électrique	Oui	Oui	1958
General Motors	2	Commandes, appareils de contrôle de la pollution	Non	Oui	1975
Hughes Tool	1	Équipement de puits de pétrole	Non	Non	1958
IBM	1	Machines à calculer, cartes mécanographiques	Oui	Oui	1961
Kearney & Trecker	1	Fraiseuses	Non	Non	1954
Merck	1	Brevets de médicaments de sociétés affiliées allemandes	Non	Non	1945
Minnesota Mining	2	Abrasifs, ruban adhésif et magnétique	Oui	Oui	1974
NCR	1	Caisses enregistreuses	Non	Non	1947
NL Industries	1	Pigments à base de de titane	Oui	Oui	1950
Owens-Corning	1	Fibre de verre	Oui	Oui	1954
Owens-Illinois	2	Bouteilles en verre et appareils de fermeture	Oui	Non	1947
Pfizer	1	Tétracycline	Non	Non	1967
Phelps-Dodge	1	Câbles gonflés de liquide	Non	Non	1948
Pitney-Bowes	1	Machines à affranchir	Oui	Oui	1964
PPG Industries	1	Verre plat	Oui	Oui	1953
RCA	1	Téléviseurs	Oui	Oui	1968
Robertshaw Controls	1	Régulateurs de température	Non	Oui	1962
Rohm & Haas	1	Plexi-verre et acrylique	Oui	Non	1948
Singer	1	Machines à coudre	Non	Non	1964
Syntex	1	Stéroïdes synthétiques	Oui	Non	1958
U.S. Gypsum	1	Panneaux de gypse	Oui	Non	1951
Westinghouse Elec.	4	Lampes à incandescence, commutateurs, lampes fluorescentes, matériel électrique	Oui	Oui	1954
Xerox	1	Photocopieurs	Oui	Oui	1975

Source : Scherer, 1977, p. 70-71.

FIGURE 2

RÉPARTITION DES BÉNÉFICES SUR 670 PLACEMENTS
DE CAPITAL DE RISQUE

Source : Horsley, Keogh, "Venture Study," Horsley Keogh Associates Inc., San Francisco, 1990 (document reprographié).

Ces résultats concordent avec ceux de plusieurs autres enquêtes – notamment celles de Taylor et Silberston (1973), de Levin et coll. (1987) et de Cohen, Nelson et Walsh (1996). Comme plusieurs autres études l'ont montré pour de grandes entreprises bien établies, les brevets ne sont généralement pas des éléments très importants dans les décisions d'investissement en R-D. Il peut toutefois y avoir des exceptions; certaines d'entre elles ont été mentionnées dans notre ouvrage de 1958 : un message très différent peut se dégager dans le cas de nouvelles petites entreprises ou d'entreprises de plus grande taille qui font leur début dans un secteur technologique entièrement nouveau. La protection accordée par les brevets peut jouer un rôle vraiment important dans de nombreux cas.

Permettez-moi de présenter un autre exemple. La figure 2 illustre la répartition des gains sur 670 placements en capital de risque dans le secteur de la haute technologie. Sur l'axe horizontal, nous retrouvons une mesure du rendement sur ces placements. Ainsi, le bloc le plus élevé comprend les placements dont le rendement a été égal ou supérieur à 10 fois la mise initiale.

À l'extrême droite, on retrouve essentiellement les placements qui se sont soldés par des pertes.

Cette figure indique que la création d'entreprises de haute technologie constitue une loterie à très haut risque. Trente-quatre jeunes entreprises - 5 p. 100 de l'échantillon - ont produit 41 p. 100 de tous les rendements sur ces placements. Il s'agit d'une distribution à très haut risque, très asymétrique, qui, entre autres choses, offre peu de possibilités de se protéger contre les risques en constituant des portefeuilles. Pour des situations de ce genre, la protection apportée par les brevets est très importante pour attirer des investissements. Il faut donc être très prudent avec ce genre d'entreprises. Mais, dans le cas de la plupart des grandes entreprises bien établies, je ne pense pas que l'on doive vraiment craindre de faire de l'ingénierie sociale à partir de la législation sur la politique de concurrence.

BIBLIOGRAPHIE

- Cohen, Wesley M., Richard R. Nelson et John Walsh, « Appropriability Conditions and Why Firms Patent and Why They Do Not in the American Manufacturing Sector », document présenté lors d'une conférence sur l'économie et l'économétrie de l'innovation, Université de Strasbourg, France, du 3 au 5 juin 1996.
- Levin, Richard C. et coll., « Appropriating the Returns from Industrial Research and Development », dans *Brookings Papers on Economic Activity*, no 6, publié sous la direction de M. Baily et C. Winston, The Brookings Institution, Washington (DC), 1987, p. 783-832.
- Scherer, F. M., *The Economic Effects of Compulsory Patent Licensing*, collection de monographies portant sur les finances et l'économie, New York University, New York, 1977, p. 67-78.
- Scherer, F. M. et Sandy Weisburst, « Economic Effects of Strengthening Pharmaceutical Patent Protection in Italy », *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 6, 1995, p. 1009-1024.
- Taylor, C. T. et Z. A. Silberston, *The Economic Impact of the Patent System*, Cambridge University Press, 1973. -



Robert P. Merges
Faculté de droit
Université de la Californie, Berkeley

4

Examen des acquisitions de brevets sous la législation antitrust : droits de propriété, limites à l'action des entreprises et modes d'organisation

INTRODUCTION

L'ACQUISITION DE BREVETS, par cession ou par l'attribution d'une licence exclusive de longue durée, est reconnue comme un moyen permettant d'accumuler un pouvoir de monopole. Dans cette étude, nous présentons un historique du traitement accordé aux acquisitions de brevets en vertu de la législation antitrust américaine, des commentaires sur le milieu industriel dans lequel les cas classiques d'acquisition se sont déroulés et des conjectures sur la possibilité que, dans le contexte actuel, la domination de grandes entreprises de recherche appliquée (R-D) intégrées verticalement soit en voie de céder la place à des formes organisationnelles plus diversifiées. L'apparition de formes organisationnelles comme les partenariats stratégiques et les coentreprises est en voie de modifier le paysage industriel. Il s'ensuit que le modèle des grandes entreprises intégrées verticalement au niveau de la R-D est moins répandu. Il est donc moins probable que des « portefeuilles de brevets destructeurs », comme celui rendu célèbre par la cause *United Shoe*, permettront de dominer des industries entières. Par ailleurs, certaines pratiques en matière d'acquisition de brevets, qui n'ont pas été largement employées jusqu'à ce jour, ouvrent la voie à de nouveaux comportements anticoncurrentiels. Par exemple, certaines entreprises font maintenant l'acquisition de brevets auprès de tierces parties pour les présenter à nouveau au Bureau des brevets en élargissant leur portée pour englober des produits concurrents. Ces pratiques soulèvent de sérieuses questions au sujet de la politique en matière de brevets et font ressortir la nécessité d'adapter la doctrine antitrust aux nouvelles pratiques d'acquisition de brevets.

LA SHERMAN ACT

BIEN QUE LE LIBELLÉ DE L'ARTICLE 2 DE LA *SHERMAN ACT* prévoit l'interdiction de trois infractions distinctes – (1) la monopolisation, (2) les tentatives de monopolisation et (3) les coalitions et les complots en vue de monopoliser –, ces délits sont ordinairement intégrés à l'infraction générique désignée par le terme « monopolisation ». Une infraction est commise lorsqu'il est démontré que l'entreprise avait l'intention d'exercer ou de maintenir un pouvoir de monopole dans un marché donné. Il n'est pas nécessaire que le défendeur ait effectivement exercé un pouvoir de monopole; il suffit qu'il ait eu une sérieuse possibilité de le faire. Contrairement à l'article 1 de la *Sherman Act*, qui prévoit qu'au moins deux entités distinctes s'entendent ou complotent pour restreindre indûment le commerce, une seule entreprise peut être reconnue coupable d'avoir enfreint l'article 2. Cet article interdit l'acquisition d'un pouvoir de monopole, c'est-à-dire le pouvoir de fixer les prix ou d'exclure ou de restreindre la concurrence sur un marché pertinent. Les marchés pertinents sont déterminés en fonction de la *substituabilité* (c'est-à-dire, l'élasticité croisée de la demande) d'autres produits ou services.

ACQUISITIONS DE BREVETS : LES RETOMBÉES DE LA CAUSE *UNITED SHOE*

IL EST DE PLUS EN PLUS RECONNU QUE LA CORRESPONDANCE entre un brevet et l'espace qu'occupe un produit est de moins en moins parfaite et que des brevets portent souvent sur une seule composante ou caractéristique d'un produit. En effet, cette perception est implicite dans de nombreuses causes plus anciennes, où la présence de vastes portefeuilles de brevets était le préjudice dénoncé. Par exemple, personne n'aurait songé, dans la cause *United Shoe*, à attribuer à un seul brevet la domination complète de l'industrie de la chaussure par la société défenderesse. Bien que la présence d'un seul brevet puisse parfois conférer un pouvoir de monopole, on reconnaît généralement de nos jours que ce n'est pas nécessairement le cas.

Par ailleurs, il importe de comprendre que la simple accumulation de brevets, peu importe leur nombre, ne constitue pas en soi une infraction à la *Sherman Act*. Cette règle ainsi que le corollaire selon lequel des acquisitions visant explicitement à monopoliser une industrie peuvent donner lieu à des poursuites en vertu de la loi sont les leçons importantes à tirer de la cause *United Shoe*. Il est utile d'examiner cette cause plus en détail parce qu'elle permet d'énoncer des règles de base en ce qui concerne l'acquisition de brevets et qu'elle est survenue à une époque dominée par de grandes entreprises où la recherche appliquée était intégrée verticalement.

La cause a débuté lorsque le Département de la Justice des États-Unis a intenté une poursuite contre la United Shoe Machinery Corporation en 1935. La plainte faisait référence à diverses infractions à la politique antitrust découlant de fusions, de pratiques de crédit-bail et d'accumulation de brevets. Dans ce dernier cas, la plainte précisait que la United Shoe dominait complètement le marché du matériel de production des chaussures, en partie par l'intermédiaire de plus de 2 000 brevets qu'elle détenait sur des machines de fabrication de chaussures. On alléguait qu'en raison de l'importance de ce vaste portefeuille de brevets, il était impossible d'entrer dans ce secteur. Le raisonnement était donc que ces brevets représentaient une barrière infranchissable à l'entrée sur ce marché et constituaient donc, en eux-même, une infraction à la législation antitrust.

L'un des problèmes soulevé par la poursuite du gouvernement devint immédiatement évident : seulement 5 p. 100 environ des 2 000 brevets avaient été acquis à l'extérieur de l'entreprise. La vaste majorité des brevets – plus de 95 p. 100 – découlaient des efforts internes de R-D. Un examen plus approfondi de l'expert nommé par le tribunal, Carl Kaysen, (dont le rapport dans cette cause est un classique parmi les études empiriques sur l'organisation industrielle)¹ a révélé que plusieurs brevets avaient été acquis par la United Shoe pour se protéger contre des poursuites en contrefaçon, pour se ménager l'accès à certaines voies de développement et pour régler des controverses portant sur des brevets. Le tribunal a jugé qu'aucune infraction n'avait été commise contre la *Sherman Act*, sauf dans le cas des pratiques de crédit-bail employées par la United Shoe; le juge Wyzanski a même déclaré que la position de l'entreprise dans l'industrie était le résultat d'une compétence supérieure, de la clairvoyance et de la diligence de la société².

Malgré tout, le tribunal a adressé une mise en garde claire à la société United Shoe au sujet de ses pratiques d'acquisition généralisée de brevets : la plupart des objectifs visés auraient pu être atteints par l'acquisition de licences non exclusives. Le fait d'aller plus loin et de faire l'acquisition de brevets a permis à la société United Shoe de renforcer son pouvoir de marché. Dans certains cas l'acquisition de brevets a contribué à réduire la probabilité que la société soit exposée à des pressions concurrentielles³. Aussi modérée que cette déclaration puisse sembler, plusieurs en ont tiré des conclusions peu rassurantes. Il s'agissait de l'un des premiers débats sur la question de l'acquisition de brevets dans un contexte autre que celui d'un complot ou d'un cartel visant à restreindre la concurrence⁴. Et c'était la première fois qu'un tribunal laissait entendre que les autorités judiciaires examineraient la nature et les répercussions de l'acquisition de brevets par une entreprise dans le cadre d'une analyse de comportement anticoncurrentiel. D'autres tribunaux ont d'ailleurs repris ce thème par la suite. Plusieurs poursuites se sont terminées par un verdict de culpabilité, imputable en partie à des pratiques d'acquisition de brevets jugées anticoncurrentielles en vertu de l'article 2⁵.

Application récente : SCM v. Xerox

Une importante cause jugée pendant les années 80 a permis de consacrer et de mettre à jour les leçons tirées de *United Shoe*. Dans cette poursuite, SCM Corporation prétendait qu'elle avait été illégalement écartée du marché parce que Xerox avait monopolisé le marché du photocopieur de bureau (utilisant du papier ordinaire)⁶. Entre autres choses, SCM alléguait que Xerox avait acquis des brevets pour lesquels elle refusait d'attribuer des licences, ce qui lui permettait de dominer la technologie de la xérogaphie. En particulier, SCM a soutenu que la monopolisation avait débuté avec l'acquisition de licences par Xerox auprès du Battle Memorial Institute (Battelle), un établissement de recherche à but non lucratif exonéré d'impôt qui détenait tous les brevets découlant des travaux d'avant-garde réalisés par Chester Carlson. Selon une entente clé conclue en 1956, Xerox avait versé à Battelle un paiement sous la forme de 55 000 actions de Xerox, assorti d'une promesse de parrainer des travaux de recherche pour une valeur de 25 000 \$ par année, en échange des titres sur quatre brevets novateurs détenus par Battelle dans le domaine de la xérogaphie. La licence accordait aussi à Xerox des droits exclusifs sur tous les autres brevets détenus par Battelle, tous les brevets futurs dans le domaine de la xérogaphie ainsi que le savoir-faire connexe.

L'entente de 1956 a servi de fondement à l'allégation d'exclusion déposée par SCM en 1969. Au moment de l'entente, Xerox connaissait un succès commercial grâce à deux applications de la xérogaphie et elle tirait 40 p. 100 de ses bénéfiques de ces activités. Toutefois, les photocopieurs de bureau ne figuraient pas parmi ces produits, le marché qui, selon SCM, était monopolisé par Xerox. Xerox s'est défendue en soutenant que les brevets de Battelle avaient un caractère purement accessoire et que l'entreprise possédait déjà, en 1955, la technologie nécessaire pour fabriquer un photocopieur automatique utilisant du papier ordinaire. Néanmoins, ce n'est qu'avec le lancement de son modèle 914 en 1960 que Xerox a effectivement commencé à fabriquer son premier photocopieur fonctionnel de bureau. De 1960 à 1970, Xerox fut en mesure de dominer l'industrie du photocopieur utilisant du papier ordinaire.

L'allégation d'exclusion déposée en 1969 par SCM reposait sur l'argument selon lequel, en 1969, Xerox avait violé l'article 2 de la *Sherman Act* en faisant l'acquisition délibérée d'un pouvoir de monopole sur le marché du photocopieur sur papier ordinaire. SCM affirmait aussi que le comportement de Xerox, notamment son refus d'accorder des licences sur les brevets relatifs à la technologie de reproduction sur papier ordinaire, continuait d'exclure SCM du marché pertinent.

Après qu'un jury eût jugé Xerox coupable de comportement anticoncurrentiel, le verdict fut rejeté par le juge de la cour de district qui a entendu la cause. En appel, la deuxième cour de circuit a avalisé la décision du juge de première instance, refusant ainsi de considérer le comportement de Xerox comme une infraction à la *Sherman Act*. Plus important encore à nos fins, le tribunal a

établi une distinction entre les acquisitions de brevets de Xerox et celles reprochées dans la cause *United Shoe*. La différence dans la poursuite contre Xerox était que la société n'exerçait aucun pouvoir de marché *au moment de l'acquisition*. Comme les brevets avaient été acquis quatre ans avant la fabrication du premier photocopieur sur papier ordinaire, le tribunal a conclu que le régime de brevets serait sérieusement compromis si la menace d'un verdict de comportement anticoncurrentiel pouvait se rattacher à l'acquisition d'un brevet avant même que le marché pertinent n'existe et, ce qui est encore plus déroutant, avant même que l'article breveté ne soit commercialisé⁷. Le tribunal a aussi indiqué que, pour déterminer la légalité de l'acquisition de brevets en vertu de l'article 2, l'accent devrait être mis sur le pouvoir de marché qui découlerait de l'obtention de brevets par rapport à la position alors occupée sur le marché par la partie qui obtient les brevets⁸.

En rejetant la prétention de SCM selon laquelle le refus de Xerox d'accorder une licence sur les brevets équivalait à un délit de monopolisation, le tribunal a jugé qu'un tel comportement était expressément acceptable en vertu de la législation sur les brevets. Un titulaire de brevet, de préciser le tribunal, peut maintenir son monopole sur le brevet en se comportant d'une façon acceptable en vertu de la législation sur les brevets⁹. Par conséquent, lorsqu'un titulaire de brevet acquiert de façon légale un ou plusieurs brevets se rapportant à une technologie sur laquelle il possède éventuellement un pouvoir de monopole, aucune infraction anticoncurrentielle n'est alors commise. Et il s'ensuit évidemment que le fait de préserver le monopole en refusant d'accorder une licence sur un ou plusieurs brevets ne peut pas faire l'objet d'une poursuite en vertu de la législation antitrust.

Tout en énonçant le principe important selon lequel l'acquisition de brevets doit être jugée en fonction des conditions du marché au moment de leur acquisition – une approche éminemment raisonnable dans la plupart des cas –, le jugement rendu dans la cause Xerox comporte certaines limites importantes. L'acquisition de la majorité des brevets se fait dans le cadre d'activités courantes de R-D et il est rare que toutes les acquisitions soient terminées avant qu'un produit ne soit mis en marché. Le processus de la R-D industrielle est beaucoup plus imprécis dans la plupart des cas, de sorte que la recherche et la commercialisation ne sont pas aussi clairement délimitées. Donc, l'acquisition de brevets se fera souvent après que les conditions du marché (y compris, dans certains cas, l'acquisition d'une position dominante sur le marché par l'entreprise qui acquiert les brevets) auront pu se préciser. Dans ces circonstances, la décision rendue dans la cause Xerox n'est pas rassurante pour l'entreprise qui acquiert des brevets. Si elle domine déjà le marché, l'acquisition de brevets pourrait fort bien donner lieu à une poursuite en vertu de l'article 2 de la *Sherman Act*. En effet, les observateurs continuent d'insister sur l'importance des stratégies d'acquisition de brevets en tant qu'indicateur d'un pouvoir de monopole¹⁰.

Acquisitions de brevets assorties d'autres comportements anticoncurrentiels

Un exemple particulièrement manifeste d'acquisition de brevets faisant partie d'une stratégie anticoncurrentielle de plus vaste portée nous est donné par la cause *United States v. Hartford-Empire Co.*¹¹. L'enquête qui a mené à cette poursuite a fait suite aux activités de la défenderesse, la société Hartford, qui avait été au centre d'une série de fusions et d'ententes entre entreprises dans l'industrie de la fabrication de bouteilles en verre. La structure industrielle concentrée et coordonnée qui en est résulté se caractérisait par une répartition homogène de l'activité en fonction des produits et des zones géographiques. Mais l'un des éléments clés de cet arrangement mettait en cause des brevets. Dans le cadre de l'entente de cartel, Hartford avait réussi à contrôler la presque totalité de l'industrie des contenants en verre en achetant ou en obtenant elle-même tous les brevets importants liés aux procédés et aux machines. Hartford défendait continuellement sa position dominante sur le marché des contenants en verre par une application rigoureuse des brevets au détriment de ses concurrents et par des accords de concession réciproque de licences, en subordonnant ceux-ci à des limitations du champ d'exploitation et à d'autres restrictions¹². En jugeant que des infractions avaient été commises aux articles 1 et 2 de la *Sherman Act*, le tribunal de district a explicitement fait mention de l'efficacité avec laquelle les dispositions relatives aux brevets pouvaient assurer le maintien de cette structure industrielle anticoncurrentielle pendant longtemps.

Ce jugement fait ressortir – bien qu'involontairement – un aspect de la politique des brevets qui est devenu particulièrement évident ces dernières années. En commençant par les écrits d'économistes et d'avocats intéressés à incorporer une certaine dynamique dans l'analyse anticoncurrentielle, dont les meilleurs exemples nous sont fournis par les travaux de l'économiste Richard Gilbert et les lignes directrices récentes du Département de la Justice sur l'attribution de licences technologiques, les auteurs d'un nombre croissant d'études soutiennent que le contrôle exercé par l'intermédiaire des brevets peut influencer de façon cruciale sur les conditions du marché et, ainsi, sur l'évolution technologique d'une industrie. Dans son analyse des « marchés de l'innovation », Gilbert présente la question en des termes très clairs. Comme le soulignent des causes comme *Hartford-Empire*, ces questions n'ont pas été négligées par les tribunaux dans le passé. La leçon à tirer aux fins de l'élaboration de la politique est que l'application de la politique antitrust doit tenir compte tout autant que par le passé des effets dynamiques futurs de la combinaison du contrôle exercé par les brevets et d'autres variables. En particulier, lorsque combiné à des pratiques courantes comme le partage du territoire ou du marché d'un produit, le contrôle assuré par les brevets peut avoir une influence déterminante sur la structure industrielle et le cadre concurrentiel futur. Cette possibilité indique qu'à tout le moins, les mesures correctives liées à l'application de la politique antitrust devraient – comme dans le passé – continuer de tenir compte de l'in-

cidence dynamique du contrôle exercé par l'intermédiaire des brevets. Elle permet aussi de penser (du moins, de façon plus spéculative) que, si des pratiques actuelles qui pourraient constituer un comportement anticoncurrentiel sont liées au contrôle et à la coordination de brevets, il faudrait examiner très attentivement leur incidence globale sur la structure industrielle et l'innovation futures¹³.

STRUCTURE INDUSTRIELLE ET « PORTEFEUILLE DE BREVETS DESTRUCTEUR »

EN DÉPIT DE SON IMPORTANCE SUR LE PLAN THÉORIQUE, la cause *United Shoe* remonte à une époque révolue de l'histoire économique. L'intégration verticale à grande échelle était alors à l'ordre du jour dans plusieurs industries; il semble que ce soit moins le cas maintenant. Et, plus important encore, sans égard à l'évolution globale de la concentration industrielle, il est clair qu'un volet essentiel des activités des entreprises – la R-D – est moins intégré verticalement que par le passé.

Aucun indicateur ne permet à lui seul de mesurer l'intensité de l'intégration ou de la concentration de la R-D, mais la tendance générale est probante. Considérons d'abord le débat réprobateur qui accompagne presque toujours la parution annuelle des données du bureau des brevets aux États-Unis sur les 10 plus importants titulaires de brevets de l'année précédente. Au cours des 10 dernières années, une entreprise japonaise a généralement figuré en tête de liste et entre six et neuf des 10 premières places étaient occupées par des sociétés japonaises. Plusieurs déplorent cette tendance et y voient un indice certain que le leadership en matière de R-D se déplace vers Tokyo. L'occasion ne se prête pas à un examen de la question de la répartition globale du leadership en matière de R-D, mais l'inquiétude dans ce cas-ci est mal placée.

Nous n'assistons pas à un déplacement du leadership en matière de R-D, mais à un changement radical de la répartition des activités de R-D à l'échelle de l'entreprise. Au moment même où l'activité de R-D au sein de GE et de Corning Glass est peut-être en voie de se déplacer, des coentreprises entre GE et d'autres sociétés ainsi qu'entre Corning Glass et d'autres entreprises obtiennent une foule de brevets importants. En outre, de nouvelles petites entreprises, souvent dirigées par d'anciens employés de grandes entreprises comme celles qui précèdent, obtiennent aussi des brevets importants. Plusieurs de ces brevets sont ensuite concédés sous licence à de grandes entreprises. Par ailleurs, des technologies innovatrices sont aussi intégrées à des produits vendus sous forme de biens intermédiaires à de grandes entreprises. Les efforts de R-D, auparavant concentrés, sont maintenant dispersés à la grandeur d'une industrie par l'intermédiaire de tout un éventail de modalités organisationnelles comme celles-ci et d'autres. On a désigné ce phénomène de diverses façons, dont l'impartition, la rationalisation des activités et les partenariats stratégiques en sont quelques

exemples. La réalité économique qui se cache derrière ces expressions populaires est la « désintégration » grandissante (ou l'étalement) de la R-D industrielle dans plusieurs secteurs de l'économie moderne. Et, soulignons-le, les droits de propriété industrielle jouent un rôle essentiel dans ce processus. Le capital de risque est étroitement lié aux premières étapes du positionnement de la propriété intellectuelle, comme tout investisseur en capital de risque peut le confirmer. Les possibilités accrues de financement par capital de risque, auxquelles les brevets contribuent certainement, sont une raison majeure qui explique l'étalement de la R-D dans l'économie moderne.

Étant donné cet étalement, l'époque du « portefeuille de brevets destructeur » tire à sa fin, à mesure que des modes organisationnels complexes remplacent le modèle simple d'antan de la R-D intégrée verticalement. Les droits de propriété intellectuelle – notamment les brevets – jouent un rôle crucial dans ce processus. Pour comprendre leur rôle et jeter les bases de notre argument selon lequel la question de l'acquisition des brevets doit être examinée soigneusement dans le cadre des poursuites liées à l'application de la politique de concurrence, nous devons considérer comment un renforcement des droits de propriété entraîne une plus grande diversité organisationnelle.

DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET ORGANISATION DE LA PRODUCTION

L'UN DES PREMIERS INDICES DE L'ÉVOLUTION du profil de la R-D industrielle est l'augmentation considérable du volume et de la complexité des transactions commerciales qui comportent un élément de propriété intellectuelle. Pourquoi la propriété intellectuelle fait-elle maintenant l'objet d'un volume croissant de transactions ? Pourquoi de si nombreuses entreprises échangent-elles des droits de propriété intellectuelle à l'heure actuelle ? La réponse, comme nous le verrons, s'articule au moins en partie autour de la diversité croissante de l'organisation de la R-D et, par conséquent, d'une intensification de ce que nous pourrions appeler les « activités d'acquisition de brevets ».

Il y a essentiellement trois raisons interdépendantes qui expliquent l'essor des transactions commerciales dans le domaine de la propriété intellectuelle. Premièrement, il y a aujourd'hui un plus grand nombre d'éléments de propriété intellectuelle que par le passé et leur valeur est plus élevée parce que les tribunaux parviennent mieux à faire respecter les droits qui s'y rattachent. Le Congrès et, dans une moindre mesure, les législatures des États contribuent chaque année à élargir le stock de propriété intellectuelle; les États-Unis sont le chef de file dans ce domaine, mais d'autres pays suivent la tendance générale. Deuxièmement, l'expansion du stock de propriété intellectuelle rend les milieux d'affaires plus conscients des aspects de la propriété intellectuelle qui font partie des transactions traditionnelles. Il y a maintenant souvent une dimension de propriété intellectuelle dans des transactions qui, autrefois,

étaient conclues sans qu'on fasse référence à ces droits. Troisièmement – et c'est un aspect peut-être plus intéressant –, les droits de propriété intellectuelle facilitent l'accès aux structures organisationnelles qui sont de plus en plus utilisées pour produire des biens et des services. Comme ces dernières sont fondées, en partie du moins, sur des arrangements contractuels, elles sont à l'origine d'une source grandissante de transactions commerciales qui comportent nécessairement un élément de propriété intellectuelle.

Les droits de propriété intellectuelle semblent stimuler et, dans certains cas, rendre possibles de tels arrangements reposant sur des ententes contractuelles, dont l'éventail comprend des mécanismes de consultation, des ententes d'impartition (qui signifient que les entreprises achètent maintenant des composants qu'elles fabriquaient elles-mêmes autrefois), des coentreprises et des formules de franchisage¹⁴. En général, les droits de propriété intellectuelle rendent ces transactions moins risquées et donc plus facilement réalisables, parce qu'ils facilitent au donneur de licence – souvent le fournisseur d'un produit intermédiaire – la surveillance des activités du détenteur de licence. La politique rigoureuse qui favorise le recours aux injonctions est un exemple de la façon dont les donneurs de licences peuvent utiliser les droits de propriété intellectuelle pour surveiller les activités des détenteurs de licences. Un autre exemple est l'application rigoureuse par les tribunaux des limitations au champ d'exploitation prévues dans plusieurs accords de licence. Dans ce contexte et à d'autres égards, les droits de propriété intellectuelle permettent aux fournisseurs de biens intermédiaires d'exercer un contrôle plus serré sur les activités des détenteurs de licences, ce qui facilite la fabrication à l'externe des biens intermédiaires et le recours à des modalités contractuelles. En d'autres termes, les droits de propriété intellectuelle réduisent les possibilités de comportement opportuniste de la part des détenteurs de licences et abaissent ainsi les coûts de transaction.

Il importe de ne pas surestimer l'importance des droits de propriété dans le contexte de l'apparition de ces nouvelles modalités organisationnelles, mais il faut aussi souligner certains liens de causalité probables, qui s'articulent tous autour de la possibilité d'un contrôle contractuel plus serré et à moindre coût, associés aux droits de propriété. L'illustration la plus manifeste de la façon dont les droits de propriété permettent d'acquérir un contrôle rigoureux nous est donnée par l'exemple évoqué ci-dessus – la possibilité d'obtenir rapidement une injonction dans l'éventualité d'une infraction. Comme les injonctions sont beaucoup plus faciles à obtenir dans les poursuites en contrefaçon de la propriété intellectuelle que dans les différends relatifs à des contrats commerciaux¹⁵, l'inclusion de la propriété intellectuelle dans une entente commerciale donne au détenteur de ces droits de propriété beaucoup plus d'emprise pour contrôler le comportement du détenteur de licence. Il s'ensuit que, à la marge du moins, la disponibilité de la propriété intellectuelle rendra un fournisseur plus enclin à utiliser des ententes contractuelles, de préférence à l'intégration ou à d'autres modes de transaction. À cet égard, les droits de propriété, y compris les droits

de propriété intellectuelle, contribuent à l'expansion des échanges reposant sur des ententes contractuelles.

Soulignons qu'il est difficile de faire valoir que des conditions contractuelles peuvent remplacer totalement le contrôle élargi que confère le puissant instrument des injonctions associé à la législation sur la propriété intellectuelle. Ainsi, il est bien établi que les tribunaux ne se préoccupent pas nécessairement de faire appliquer des dispositions contractuelles qui précisent des niveaux donnés de rendement ou d'autres mesures correctives par voie d'injonction¹⁶. De plus, même s'il était possible d'inclure une disposition contractuelle coercitive, une telle clause serait coûteuse à rédiger et à négocier¹⁷ et il faudrait que quelqu'un en établisse le caractère exécutoire. Comme nous l'avons soutenu ailleurs, il s'agit précisément du genre de coûts que les droits de propriété intellectuelle « habituels » permettent de réduire ou d'éliminer¹⁸.

DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET CONVERSION DU TRAVAIL EN DROITS DE PROPRIÉTÉ

UN LIEN SIMPLE MAIS DE PLUS EN PLUS RÉPANDU qui démontre l'importance acquise par les droits de propriété intellectuelle dans la structuration de la R-D est l'accord de consultation. Puisque le consultant peut contrôler l'utilisation et la diffusion du produit de son travail par voie de contrat, il est attrayant pour lui de conclure un accord de consultation au lieu d'accepter un contrat d'emploi en bonne et due forme. C'est en partie ce qui explique pourquoi des employés jugent acceptables de devenir des consultants.

Un consultant ne peut généralement vendre une unité de travail qu'une seule fois et à une seule entreprise. La propriété intellectuelle a pour effet de rattacher des droits de propriété à son travail, ce qui lui permet de vendre la même unité de production plusieurs fois et à plusieurs entreprises¹⁹. Évidemment, pour que cette stratégie réussisse, le consultant doit produire quelque chose que la législation sur la propriété intellectuelle protège et il doit conserver la propriété du produit de son travail, généralement par voie de contrat. Mais, si nous supposons qu'il y a propriété d'un travail protégé, les droits de propriété intellectuelle permettent au consultant de transformer les efforts découlant de son travail d'un produit à usage unique en un produit à usages multiples. Cette conversion de services en un élément d'actif que le producteur peut échanger à plusieurs reprises a certes pour effet d'améliorer les rendements économiques qu'il peut retirer de son travail.

La vieille parabole du poisson illustre bien comment des techniques et des renseignements réutilisables peuvent poser un problème de bien public et comment la législation sur la propriété intellectuelle contribue à solutionner ce problème. Selon cette parabole, un pêcheur enseigne à un néophyte les éléments essentiels du métier. « Pêche du poisson pour les autres », disait-il, « et tu gagneras bien ta vie. Mais enseigne à quelqu'un comment pêcher et tu mourras

de faim ». La propriété intellectuelle donne accès à une troisième possibilité : enseigner la pêche à plusieurs personnes, mais les empêcher de retransmettre à d'autres les techniques de pêche et même utiliser des contrats pour limiter l'utilisation de ces techniques. Selon ce scénario, le pêcheur offre un produit, mais ce produit correspond à des techniques de pêche et non à du poisson. En limitant la possibilité pour le détenteur de licence de retransmettre les techniques, le pêcheur limite les retombées négatives liées au fait d'enseigner des techniques au lieu de vendre des produits. De plus, lorsqu'un acheteur est mieux en mesure d'investir dans l'achat de bateaux et de matériel de traitement du poisson, la vente de techniques aura pour effet d'améliorer l'efficacité de façon générale. Au lieu de forcer le spécialiste de la pêche à investir dans ces éléments d'actif afin d'obtenir un rendement sur son savoir-faire, le spécialiste peut se céder ce savoir-faire en le vendant à ceux qui possèdent déjà les éléments d'actif. Dans un monde où les techniques de pêche sont assujetties à un droit de propriété, les entreprises qui achètent leur propre flotte de bateaux de pêche et retiennent les services de consultants en techniques de pêche finiront peut-être par réaliser des bénéfices plus élevés que celles qui s'en tiennent aux modes de production traditionnels. À cet égard, on peut percevoir les droits de propriété intellectuelle comme un mécanisme qui permet d'abaisser les coûts de certains échanges, facilitant ainsi une division plus poussée du travail intellectuel.

Mais, lorsque les droits de propriété sont mal précisés en loi, les spécialistes devraient investir dans leurs propres éléments d'actif. Comme David Teece l'a si clairement illustré²⁰, les entreprises investissent souvent dans des éléments d'actif spécifiques dans le but de s'approprier les rendements provenant des dépenses de recherche et développement²¹. En d'autres termes, lorsque l'exécutant de la R-D n'est pas le mieux placé pour produire ces éléments d'actif, le renforcement des droits de propriété intellectuelle peut contribuer à améliorer l'efficacité en permettant de dissocier la production de la R-D de celle de ces éléments d'actif spécifiques. Ainsi, il semble que ce soit précisément ce qui se produit dans l'industrie de la biotechnologie. Les sociétés pharmaceutiques continuent d'investir dans la production à grande échelle, la commercialisation et la distribution, tandis que les entreprises de biotechnologie et les chercheurs universitaires exécutent la majorité des travaux de R-D. Les sociétés pharmaceutiques ont accès par voie contractuelle aux résultats de la R-D que possèdent les entreprises spécialisées en biotechnologie.

Si l'on revient à l'exemple de la pêche, on peut considérer le droit de propriété des techniques de pêche comme un bien substitut des services de pêche. Le droit de propriété sur ces techniques permet à son détenteur de vendre les techniques elles-mêmes, par opposition à la vente de poisson ou de services de pêche. En un sens, l'essentiel de la transaction n'a pas véritablement changé : le pêcheur continue de vendre un intrant utilisé dans le procédé de fabrication de l'entreprise. Mais, le droit de propriété sur les techniques, de concert avec le genre de stratégie employée par le détenteur du droit pour l'exploiter, améliore

la rentabilité d'une entreprise spécialisée dans la cession de techniques sous licence, ce qui à son tour rend plus probable que la structure industrielle pertinente comprendra au moins certaines entreprises spécialisées dans la vente de techniques. Le cas échéant, les droits de propriété sur les techniques de pêche et les entreprises qui décident de se spécialiser dans la vente de ces techniques contribuent à améliorer le potentiel de production de l'industrie. Donc, le droit de propriété – ou plutôt la transaction qu'il permet de faire – peut contribuer à créer de la valeur dans certains cas. Il s'agit ici d'un exemple particulier de la notion élaborée par Stigler d'une spécialisation grandissante attribuable à la croissance économique²².

De plus, un fois que des droits de propriété sont intégrés au cadre des transactions, ils ouvrent la voie à un autre type d'échanges. Dans certains cas, le droit de propriété devient en fait l'impératif qui sous-tend la transaction. Les droits de propriété intellectuelle créent la possibilité de conclure certaines transactions qui ne seraient par ailleurs pas réalisables, au même titre que le droit de propriété sur les techniques de pêche crée un marché propre pour ces techniques. Globalement, ces transactions donnent lieu à de nouveaux marchés. À cet égard, l'entrée en scène des droits de propriété intellectuelle, dans certains cas du moins, offre la possibilité d'exercer une incidence sur l'organisation de la production dans des industries qui font généralement appel à des techniques et au savoir-faire. Idéalement, ces droits peuvent même contribuer à rendre plus efficient le commerce existant en améliorant la viabilité des entreprises qui se spécialisent dans la mise au point de techniques.

Bien sûr, la simple création de droits de propriété ne garantit pas que ces effets se réaliseront. Si d'autres éléments – notamment les coûts d'intégration d'éléments immatériels comme des techniques dans le procédé de fabrication – compromettent le succès de ces entreprises spécialisées, les droits de propriété ne pourront, à eux seuls, les rendre viables²³. Williamson fait ainsi valoir que :

Dans certains cas du moins, une intégration verticale en amont pour inclure la recherche est la façon la plus attrayante de résoudre le dilemme qui se pose lorsque des programmes à haut risque doivent être réalisés : l'entreprise responsable (organisme) accepte le risque en soi et confie la tâche à un groupe de recherche interne. Elle rédige essentiellement un contrat au prix coûtant majoré pour réaliser les travaux à l'interne. Le fait que cette approche ne comporte pas les effets négatifs qui se présentent souvent lorsque des contrats semblables sont confiés à des promoteurs de l'extérieur est attribuable à des différences au niveau des stimulants et des mécanismes de contrôle : les gestionnaires de projet sont des employés et non des « entrepreneurs internes » [...] ils ne sont donc pas en mesure de s'approprier les flux de bénéfices individuels; de plus, les mécanismes de contrôle interne auxquels l'entreprise (organisation) a accès sont de beaucoup supérieurs et leur conception est plus précise que les mécanismes de surveillance qui s'établissent entre des organisations. Le choix d'une organisation

interne se fait donc en partie à cause de ses propriétés supérieures en ce qui concerne le risque moral²⁴.

[Traduction]

De plus, si les droits de propriété engendrent des coûts de transaction plus importants que ceux qu'ils éliminent (c'est-à-dire si les gains découlant de la spécialisation sont plus que compensés par l'augmentation des coûts de transaction attribuables à des échanges sans lien de dépendance), ils seront rapidement perçus comme des moyens d'extorsion et de recherche de rente et non comme des possibilités d'améliorer la production. Soulignons aussi qu'il existe des coûts de transaction même dans le contexte d'une production intégrée verticalement; la spécialisation sera jugée trop coûteuse que lorsque les coûts de transaction seront beaucoup plus élevés que les gains issus de la spécialisation²⁵. Il s'agit de questions empiriques auxquelles on peut le mieux répondre en se situant dans le contexte d'industries particulières. Notre principal objectif vise à préciser la relation théorique entre la structure des droits de propriété et le volume d'activités contractuelles sans lien de dépendance.

Mais les droits de propriété permettent certaines expériences en matière de spécialisation et certaines autres innovations organisationnelles. Comme l'histoire économique récente le laisse entendre, certains de ces expériences donnent des résultats probants. Tant que ce phénomène se répétera et que les droits de propriété intellectuelle continueront de faire partie de cet ensemble expérimental, des entreprises s'emploieront à concevoir de nouvelles formes de transaction fondées sur la propriété intellectuelle et à adopter les modes organisationnels qui en résultent.

QUASI-INTÉGRATION, DÉSINTÉGRATION ET RÉINTÉGRATION

L'EXEMPLE DES TECHNIQUES DE PÊCHE ILLUSTRE aussi d'autres formes de production économique. L'une d'entre elles a été appelée « quasi-intégration ». Cette forme de production est à mi-chemin entre l'intégration complète et la désintégration complète. Le cas classique d'intégration complète est celui du fabricant d'automobiles qui est propriétaire des sources d'approvisionnement de tous ses facteurs de production, dont des mines de fer et des plantations de caoutchouc, et dont la main-d'oeuvre est composée en totalité d'employés à temps plein. La société Ford à l'époque du modèle « T » vient ici à l'esprit²⁶. On a traditionnellement justifié ce type d'intégration poussée en faisant valoir que le contrôle de gestion sur la totalité du processus de production était une option plus efficiente que celle d'acquérir chaque bien intermédiaire en effectuant une transaction sur le marché. Des entreprises comme GE et DuPont furent parmi les premières à appliquer aux activités de R-D la logique de l'intégration verticale, en réunissant d'importantes équipes de chercheurs spécialisés ainsi que de vastes portefeuilles de brevets.

Un exemple de désintégration complète est plus difficile à imaginer, mais considérons la production de gâteaux de fête dans une ville où il n'y a que de petits magasins spécialisés et aucune pâtisserie. Dans une telle ville, une personne qui désire faire des gâteaux de fête devra aller chercher les oeufs, le lait et le beurre à la crèmerie, la farine et le sucre à l'épicerie, les chandelles à la quincaillerie et peut-être d'autres ingrédients à d'autres boutiques spécialisées. Puis, le fabricant de gâteaux les vendra dans le cadre d'une transaction sur le marché aux détaillants qui voudront bien les revendre. Voilà ce qu'on entend par production désintégrée : chaque intrant qui entre dans le produit final doit être acheté par l'intermédiaire d'une transaction indépendante sur le marché.

Considérons maintenant un exemple de quasi-intégration. Imaginons une entreprise dans l'industrie du logiciel qui se compose strictement de consultants indépendants; aucun d'eux n'est un employé, ils utilisent tous des ordinateurs loués, ils sont embauchés par des clients sur une base contractuelle pour produire des types précis de programmes d'ordinateur et ils reçoivent des honoraires déterminés. Cette entreprise assemble ses composants uniquement dans le cadre de contrats, sur la base d'objectifs limités et de périodes de temps limitées. En un sens, l'entreprise n'est rien d'autre qu'une série de contrats agencés autour d'une tâche précise. Soulignons qu'en dépit du fait que les intrants sont fournis sur une base contractuelle, la nature de la tâche à réaliser nécessite une certaine coordination. Cette fonction de gestion est ce qui différencie la quasi-intégration de la désintégration. Dans un contexte de production véritablement désintégrée, les transactions prennent la forme de contrats discrets négociés sur le champ; dans le cas d'une production quasi-intégrée, les consultants rassemblent les intrants à contrat, mais ils les combinent à un procédé de production en cours. Les consultants exécutent les contrats sur une certaine période au lieu de le faire immédiatement, par un transfert sur le champ. Dans la terminologie des accords contractuels, la quasi-intégration met en cause des contrats à caractère relationnel plutôt que des contrats discrets non récurrents.

Avec cette toile de fond, revenons à l'histoire du consultant en pêcheurie. On peut facilement imaginer un accord en deux volets entre le consultant en pêcheurie et l'entreprise. Le consultant convient 1) d'enseigner aux employés de l'entreprise les techniques de pêche et de 2) transférer à l'entreprise ses droits de propriété sur les techniques de pêche. En échange, supposons que le consultant en pêcheurie reçoit une partie de ses honoraires sous forme de participation au capital-actions de l'entreprise. Il s'agit d'un exemple de quasi-intégration. Ce n'est certainement pas un exemple d'intégration : le consultant en pêcheurie est sous contrat avec l'entreprise au lieu de devenir son employé. Ce n'est vraiment pas non plus un exemple de désintégration; bien que l'intrant offert par le consultant fasse l'objet d'un transfert dans le cadre d'un contrat, le consultant apporte son aide pour mettre la technique en application et la diffuser progressivement à la grandeur de l'entreprise; la rémunération sous forme de participation au capital-actions permet au consultant de maintenir un intérêt dans les activités de l'entreprise.

Donc, les droits de propriété intellectuelle peuvent favoriser les transferts sur le marché, non seulement en convertissant le travail en droits de propriété, mais aussi en favorisant une quasi-intégration²⁷. Dans l'exemple de la pêche, ce transfert a pris la forme d'un lien entre un droit de propriété et un service. Dans la mesure où le droit de propriété facilite la transaction, il contribue à rendre plus attrayante la forme organisationnelle quasi-intégrée.

Les droits de propriété intellectuelle peuvent aussi favoriser une désintégration complète. Prenons l'exemple de l'organisation de la production dans l'industrie de la musique. Une entreprise qui vend des enregistrements musicaux ne doit pas nécessairement employer les musiciens ou le compositeur, et l'artiste peut lui-même organiser la production de la musique comme il le veut. Les artistes cèdent sous licence leurs droits à l'égard de la composition musicale et de l'enregistrement et ils confient ordinairement les licences et les bandes originales à une entreprise spécialisée dans la vente. Comme une grande entreprise d'enregistrements musicaux conclut des transactions de ce genre avec des centaines de musiciens, dont la presque totalité ne sont pas des employés, la production musicale peut être considérée comme une production désintégrée.

Le caractère désintégré de la production musicale nécessite l'intégration d'un grand nombre de propriétés musicales pour constituer un vaste portefeuille musical²⁸. Bien que, dans une certaine mesure, le même raisonnement qui incite les entreprises d'autres industries à procéder à une intégration verticale s'applique dans le présent contexte, cette approche met rarement en cause l'embauche effective de créateurs en tant qu'employés. Il semble y avoir un large consensus sur le fait que la nature du travail de création est incompatible avec le statut d'employé. Donc, ce que l'entreprise intègre, ce sont les droits de propriété et non les services des créateurs. Ces transactions seraient beaucoup plus coûteuses si l'on ne pouvait diviser facilement la production d'un créateur en éléments d'actif discrets – en d'autres termes, s'il n'y avait pas de droits de propriété intellectuelle formels.

Dans une autre forme organisationnelle, des détenteurs de droits de propriété intellectuelle qui englobent certains travaux accordent des licences pour ces droits à une institution centrale qui, par la suite, octroie des licences générales. Mais les détenteurs de ces droits demeurent indépendants. Le meilleur exemple à cet égard est celui du marché des droits d'exécution d'œuvres musicales, où la société américaine des auteurs, compositeurs et éditeurs (American Society of Authors, Composers and Publishers) et des organismes rivaux remplissent ce rôle d'intégration. L'élément essentiel dans ce contexte est que les institutions contribuent à intégrer un vaste ensemble de propriétés, tout en permettant aux musiciens de demeurer indépendants des entreprises qui regroupent et diffusent des œuvres musicales sur une vaste échelle.

UNE ÉTUDE DE CAS DE QUASI-INTÉGRATION : LES COENTREPRISES

LES COENTREPRISES DEVIENNENT DE PLUS EN PLUS POPULAIRES²⁹, donnant lieu à une véritable prolifération à mesure que les entreprises reconnaissent leurs avantages, parmi lesquels figurent le fait 1) de compenser pour des faiblesses ou des écarts technologiques internes, 2) d'étoffer les portefeuilles et les gammes de produits, 3) de positionner l'entreprise pour qu'elle ait accès à de nouveaux marchés lucratifs et, ce qui importe le plus, 4) de réduire les coûts, les risques et le temps nécessaires pour mettre au point de nouveaux produits et de nouvelles technologies de procédés³⁰. David Teece a écrit que les structures de contrôle contractuelles, comme les coentreprises, finiront peut-être par déloger le « capitalisme de gestion » de la grande entreprise intégrée qui, selon Alfred Chandler, a été au coeur de la croissance économique au cours du XX^e siècle. Selon Teece :

[À l'heure actuelle], les défis sont quelque peu différents et les formes organisationnelles adaptées à chacun d'eux peuvent varier dans une certaine mesure; elles peuvent aussi être différentes de celles qui étaient efficaces à l'époque [étudiée par Chandler, c'est-à-dire, de la fin du XIX^e siècle jusqu'au milieu du XX^e siècle]. Il en est peut-être ainsi parce qu'on peut avoir accès sur une base contractuelle aux économies d'échelle classiques et aux avantages liés au prix unitaire sur les marchés actuels. La souplesse en matière de spécialisation et d'ententes contractuelles crée peut-être à l'heure actuelle des avantages plus importants que ceux découlant des économies d'échelle et de diversification engendrées à l'interne³¹.

[Traduction]

Quels que soient les motifs qui expliquent l'augmentation du nombre de coentreprises et en dépit des problèmes qu'elles peuvent poser³², nous nous intéressons au rôle que les droits de propriété intellectuelle peuvent jouer en vue de faciliter leur formation. Nous croyons que les mêmes facteurs sont à l'origine de la croissance d'un large éventail de formes organisationnelles de plus en plus répandues³³ et que plusieurs litiges courants découlent de transactions associées à ces modèles d'organisation.

Les travaux publiés sur les créateurs de coentreprises renferment des indices utiles sur l'utilisation de la propriété intellectuelle. Au départ, ces travaux mettent l'accent sur l'importance des restrictions contractuelles qui s'appliquent à l'utilisation par la coentreprise de la technologie obtenue sous licence des partenaires. Ainsi, on peut lire dans un ouvrage s'adressant aux gestionnaires que :

[Les participants à la coentreprise] peuvent utiliser des modalités de licence exclusives, des clauses de droit de premier refus, des ententes de non-concurrence et d'autres dispositions contractuelles pour protéger le savoir-faire contre une diffusion non autorisée à des tiers [...]. Les licences

de technologie qui sont fondées sur le contrôle de brevets prévoient souvent que certains renseignements ne pourront être transmis ou utilisés dans une autre application (ou à d'autres fins) à moins d'avoir obtenu explicitement la permission du propriétaire³⁴.

[Traduction]

Les droits de propriété intellectuelle représentent plus qu'une autre question que l'entente de coentreprise doit trancher. Dans une optique plus vaste, ces droits favorisent la création même de la coentreprise, puisqu'ils permettent de codifier les quantités discrètes de technologie que les partenaires cèdent sous licence à la coentreprise, ce qui permet de déterminer plus facilement quels partenaires ont contribué au développement de la technologie. Ils aident aussi les partenaires à gérer la production de la coentreprise. Premièrement, ces droits représentent des éléments d'actif réels que les partenaires peuvent se partager s'ils décident de mettre fin à la coentreprise. Cette situation épargne sans aucun doute beaucoup de temps et d'énergie parce que les parties n'ont pas besoin, au moment de la dissolution, de préciser en détail tous les résultats de la recherche obtenus par la coentreprise pendant sa durée. Deuxièmement, ces droits permettent d'organiser les rapports entre la coentreprise et les sociétés mères en fournissant un élément d'actif discret que la coentreprise peut attribuer ou céder sous licence. Encore une fois, ce mode organisationnel permet d'éviter les coûts de préciser exactement le genre de technologie que la coentreprise a créé ainsi que la nature des droits que la coentreprise détiendra. Les droits de propriété intellectuelle de la coentreprise couvrent la technologie et ils définissent les limites des droits de la coentreprise en ce qui concerne cette technologie. La coentreprise serait obligée de préciser tout cela en détail par contrat en l'absence des droits de propriété intellectuelle.

Dans cette optique, il n'est pas étonnant que les données empiriques, bien qu'incomplètes, indiquent que les droits de propriété intellectuelle jouent un rôle important dans plusieurs coentreprises. Les écrits s'adressant aux juristes³⁵, des données non officielles³⁶ et des comptes rendus de causes entendues par les tribunaux³⁷ confirment l'importance de la propriété intellectuelle pour les coentreprises, notamment celles qui ont une composante de R-D.

Dans une certaine mesure, l'expansion d'un champ distinct englobant des transactions commerciales complexes qui possèdent un élément de propriété intellectuelle contribue à accentuer la tendance. La diffusion du savoir-faire dans un nouveau champ d'activité juridique constitue une étape cruciale en vue de faire avancer des techniques prometteuses et d'établir la légitimité de ce champ d'activité, comme c'est le cas des nouvelles disciplines en sciences et en génie. Nous savons que les avocats – notamment les avocats spécialisés en droit commercial – sont véritablement des « ingénieurs en coûts de transaction », comme le professeur Gilson les a si bien décrits.

ACQUISITION DE BREVETS, FORMES ORGANISATIONNELLES ET THÉORIE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

LES MODÈLES ÉCONOMIQUES TRADITIONNELS reposent sur deux hypothèses cruciales qui sont pertinentes à l'examen des acquisitions de brevets. Premièrement, on suppose que les intervenants échangent des droits de propriété intellectuelle uniquement sous une forme pure et dégroupée. Cette hypothèse néglige un aspect important : parce qu'il est difficile de retracer la source d'une idée, de l'évaluer et d'établir un seuil de démarcation au delà duquel un accord ne nécessitera pas une rétribution pour un avantage, le marché des idées et des droits de propriété intellectuelle qui les englobent est des plus complexe. Cette situation pourrait fort bien expliquer pourquoi la cession définitive d'un brevet permet si rarement au cédant d'obtenir une bonne partie de la « valeur ajoutée » du brevet. Elle explique aussi pourquoi les donneurs de licences rattachent si souvent les droits de propriété intellectuelle à des produits ou, à tout le moins, au savoir-faire ou à d'autres éléments d'actif transférables. Ces éléments supplémentaires contribuent peut-être à faciliter l'évaluation de l'ensemble des avantages cédés par le donneur de licence.

Le deuxième problème majeur que pose la théorie classique de la propriété intellectuelle est qu'elle se prête à ce qu'on peut appeler une « erreur de correspondance bi-univoque ». En d'autres termes, cette théorie repose en bonne partie sur le postulat qu'un seul droit de propriété protège un seul produit commercial qui occupe un seul marché dans une perspective économique. Dans presque tous les cas, cette hypothèse n'est pas fondée. En fait, le produit commercial typique est protégé par plusieurs brevets plutôt qu'un seul. Cela est assez évident dans le cas des produits complexes qui renferment de multiples composants, mais l'observation vaut aussi pour des produits en apparence plus discrets, comme les microprocesseurs ou les produits pharmaceutiques. Les brevets protègent non seulement la conception de base dans ces cas – la conception d'un microprocesseur ou une substance chimique – mais aussi de nombreuses caractéristiques connexes : des améliorations (par exemple, des modifications apportées aux circuits ou aux structures chimiques), des technologies de procédés employées dans la fabrication et des composants connexes (des configurations de broches ou de cartes, ou des formes posologiques ou des systèmes d'administration des médicaments). Il importe aussi de souligner à cet égard qu'avec la progression de la propriété intellectuelle, cette tendance ira nécessairement en s'intensifiant. Un plus grand nombre de composants sera protégé par un plus large éventail de brevets. Par conséquent, l'hypothèse de correspondance bi-univoque deviendra de moins en moins exacte.

Deux conséquences en découlent : les droits sont difficiles à transmettre et, lorsqu'ils sont cédés, ils confèrent rarement des pouvoirs sur un marché économique distinct. Il s'ensuit que, comme nous sommes maintenant presque sorti de l'époque du « portefeuille de brevets destructeur », les acquisitions de brevets prennent des formes différentes. La politique antitrust doit s'adapter à

cette réalité. Par exemple, une licence d'exploitation exclusive d'un brevet qui accompagne la vente d'un produit intermédiaire pourrait bien avoir le même effet qu'une cession définitive. Toutefois, selon la jurisprudence classique (comme la cause *United Shoe*), la licence et la vente pourraient ne pas être considérées comme une acquisition. Après tout, les deux entreprises semblent encore indépendantes et le brevet est détenu (nominalement) par le donneur de licence, qui vend aussi le bien intermédiaire. Mais l'effet économique se rapproche beaucoup plus de celui d'une acquisition directe. Il importe donc d'élargir le sens de l'expression « acquisition de brevets », devant l'évolution des pratiques actuelles vers une plus grande complexité organisationnelle.

Il faut signaler que, même si les acquisitions de brevets revêtent diverses formes, elles ont des effets très différents dans un monde où les brevets sont plus répandus et où la diversité organisationnelle va en s'accroissant. Il est peut-être nécessaire d'acquiescer un plus grand nombre de brevets dans ces circonstances, d'une part, parce que ces acquisitions contribuent à structurer les transactions complexes qui débordent le cadre de l'entreprise et, d'autre part, parce qu'elles sont rendues nécessaires par la croissance du volume de brevets en vigueur. Il serait très néfaste de les restreindre à une époque où les entreprises doivent faire appel à des stratégies transactionnelles complexes afin de mener à bien leur modèle d'entreprise. Après tout, comme Louis Kaplow l'a souligné il y a quelques années, les entreprises considèrent tant l'ensemble des droits de propriété que les règles transactionnelles qui les accompagnent lorsqu'elles évaluent l'effet incitatif du régime des brevets. Il ne faudrait pas négliger cet avis précieux dans notre empressement à prévenir l'accumulation d'un pouvoir de monopole par l'intermédiaire de l'acquisition de brevets.

LES NOUVELLES MENACES

IL EST ENCORE POSSIBLE QUE DES PORTEFEUILLES de brevets destructeurs soient constitués à l'avenir, mais, pour les raisons précitées, cette éventualité est moins probable maintenant qu'à l'époque de la cause *United Shoe*. Toutefois, un nouveau type d'acquisition de brevets pose des défis sérieux pour la doctrine antitrust. Certaines de ces pratiques, seules ou en combinaison avec d'autres, pourraient fournir une occasion de mettre à jour les doctrines antitrust appliquées au contrôle de l'acquisition de brevets.

ACQUISITION DE BREVETS « STRATÉGIQUES » PAR DES CONCURRENTS

UN PROBLÈME DIFFICILE SE PRÉSENTE LORSQU'UNE ENTREPRISE fait l'acquisition de brevets dans le seul but de ralentir la progression de ses rivaux. Selon la législation sur les brevets en vigueur aux États-Unis, il n'est pas nécessaire qu'un

brevet soit « exploité » pour demeurer en vigueur. Cette particularité, de concert avec le fait qu'un brevet peut être cédé librement, signifie que l'acquisition de brevets dans le but de faire obstruction à la concurrence est parfaitement admissible en vertu de la législation américaine.

Si elle est techniquement admissible, cette pratique n'en va pas moins à l'encontre de la théorie qui sous-tend le régime des brevets (en particulier, si elle est utilisée à grande échelle). Les inventions en cause ne seraient jamais véritablement mises en application; en fait, l'acquisition de brevets dans ces circonstances vise à retirer de la circulation une technologie exploitable! Si l'acquéreur réussit à obtenir et à faire valoir ses droits sur un brevet qui est lié au produit d'un rival, une injonction sera accordée en faveur du titulaire du brevet. Cette démarche aura pour effet de mettre hors circuit la seule entité qui pourrait effectivement exploiter la technologie. Évidemment, si l'acquéreur qui fait valoir ses droits sur le brevet fabrique un produit concurrent, il pourrait fort bien continuer de vendre un substitut tout à fait viable pour la technologie protégée par le brevet dont il a fait l'acquisition.

Une façon de corriger ce problème serait de faire appel à une disposition de la législation américaine sur les brevets depuis longtemps négligée. Dans certaines causes plus anciennes, des injonctions ont parfois été refusées lorsque le plaignant dans une poursuite en contrefaçon n'utilisait pas le brevet concerné, en invoquant l'argument que la législation sur les brevets visait à mettre la technologie de pointe à la disposition des consommateurs. Si le contrefacteur s'employait à atteindre cet objectif, tandis que le titulaire de brevet ne le faisait pas (et, ce qui est primordial, ne semblait avoir aucun projet en ce sens), les tribunaux refusaient parfois d'accorder l'injonction à l'étape du procès. Dans certains cas extrêmes, ils ont même maintenu cette condition après le procès, ce qui s'est traduit dans les faits par l'attribution d'une forme de licence obligatoire, qui demeurerait en vigueur jusqu'à ce que le titulaire du brevet exploite lui-même sa propre technologie. Il pourrait être indiqué, dans les conditions actuelles, de remettre en vigueur la pratique d'envisager au moins cette possibilité, compte tenu des préjudices pouvant découler du maintien de brevets inexploités. Nous avons soutenu le même argument dans les cas où des brevets apparentés soulevaient le même genre de problèmes d'obstruction, accompagnés d'externalités négatives pour les consommateurs³⁸.

Récemment, la pratique d'acquérir des brevets dans le seul but de faire obstruction a pris une nouvelle tournure. Certaines poursuites ont révélé que des entreprises faisaient l'acquisition du brevet d'une tierce partie, qu'elles déposaient une demande de réexamen ou de renouvellement au Bureau des brevets et qu'elles reconfiguraient le brevet pour faire obstruction à un produit d'un concurrent. Dans le cas de la poursuite *Hewlett-Packard v. Bausch & Lomb Inc.*³⁹ par exemple, Bausch & Lomb avait fait l'acquisition d'un brevet auprès d'un tiers dans le seul but de se donner un avantage dans des négociations avec HP⁴⁰. Bausch & Lomb a toutefois jugé nécessaire de rédiger de nouveau un des arguments du brevet afin de s'assurer qu'il couvrait les produits de HP. Pour ce

faire, il lui a fallu faire une fausse déclaration quant à l'intention initiale sous-tendant la formulation de la demande originale. Même si les tribunaux ont découvert la manoeuvre des fausses déclarations dans cette affaire⁴¹, ils ont expressément noté que la pratique générale d'acquérir un brevet et de présenter une demande d'octroi d'un nouveau brevet pour couvrir des produits concurrents était acceptable parce qu'elle n'était pas formellement interdite par la loi.

Le problème soulevé par cette pratique est l'absence de notification à l'endroit du défendeur éventuel contre lequel le titulaire du brevet modifié pourrait faire valoir ses droits. Il y a d'abord le fait pour le défendeur de se faire accuser de contrefaçon d'un brevet qui, au départ, s'appliquait à l'un de ses propres produits commerciaux; puis, à cela s'ajoute le fait d'être accusé de contrefaçon d'un brevet dont le contenu descriptif a été remanié dans le seul but de permettre une contestation devant les tribunaux. Il n'y a aucune façon de connaître la formulation qu'utilisera le Bureau des brevets pour délivrer le brevet remanié tant que la décision finale n'a pas été rendue; c'est à ce moment que le défendeur verra pour la première fois le brevet délivré dans sa nouvelle version.

Dans sa formulation actuelle, la législation sur les brevets ne prévoit aucune restriction à ce genre d'activité. Il revient donc à la politique antitrust de surveiller les effets anticoncurrentiels de telles manoeuvres. Nous serions favorable à une doctrine qui, à tout le moins, permettrait de considérer avec un oeil critique des acquisitions de brevets de ce genre et qui, dans des circonstances appropriées, prévoirait la possibilité de refuser une injonction pour les motifs précités. Pour donner plus de mordant à notre position, on devrait pouvoir contester cette pratique en invoquant l'article 1 de la *Sherman Act*. Cela aurait l'effet salutaire de modifier l'équilibre au niveau de la procédure. Au lieu de donner au défendeur à peine un moyen de défense dans une contestation judiciaire, ce dernier pourrait soumettre une demande reconventionnelle affirmative. De plus, cela lui servirait de fondement pour considérer une poursuite en triples dommages-intérêts – une option qui n'est ordinairement pas accessible dans des conditions normales à un défendeur dans une cause en contrefaçon de brevet. Une enquête en vertu de la politique antitrust est justifiée lorsque l'acquisition et/ou l'émission d'un brevet remanié d'une tierce partie permet à l'acquéreur d'obtenir un pouvoir de marché axé uniquement sur la possibilité d'écarter des produits vendus par le défendeur.

CONCLUSION

L'ÉPOQUE DU PORTEFEUILLE DE BREVETS DESTRUCTEUR est bien révolue et il faut la remplacer par un ensemble de paramètres économiques comportant des formes organisationnelles plus diversifiées ainsi que la « désintégration » et la dispersion des activités à coefficient élevé de R-D. Par ailleurs, de nouvelles stratégies d'acquisition de brevets ont vu le jour qu'il importe de surveiller dans l'optique de la politique antitrust, en raison des effets anticoncurrentiels

qu'elles pourraient avoir. La doctrine de l'acquisition de brevets n'est donc pas sur le point de disparaître; elle a tout juste besoin d'être adaptée à l'évolution des circonstances.

NOTES

- 1 Voir Carl Kaysen, *United States v. United Shoe Machinery Corporation: An Economic Analysis of an Antitrust Case*, 1956.
- 2 110 F. Supp. 295, 344 (D.Mass. 1953), confirmé par la Cour, 347 U.S. 521 (1954) (extrait de *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F.2d 416, 430 (2d Cir. 1945)).
- 3 110 F. Supp. 295, 333 (D. Mass. 1953), confirmé par la Cour, 347 U.S. 521 (1954).
- 4 Voir *United States v. Parker-Rust-Proof Co.*, 61 F. Supp. 805 (E.D. Mich. 1945) (licence exclusive pour les brevets actuels et futurs, les secrets commerciaux et les marques de commerce obtenus par l'entreprise dominante).
- 5 Voir, par exemple, *Dollac Corp. v. Margon Corp.*, 164 F. Supp. 41 (D.N.J. 1958), confirmé pour d'autres raisons, 275 F.2d 202 (3d Cir. 1960); *Western Geophysical Co. of Am. v. Bolt Assoc., Inc.*, 305 F. Supp. 1248 (D. Conn. 1969) (licence exclusive pour une technologie essentielle acquise par une entreprise dominante); *Chandler v. Stern Dental Laboratory Co.*, 335 F. Supp. 580 (S.D. Tex. 1971) (allégation selon laquelle le défendeur utilisait une licence exclusive pour tenter d'obtenir un monopole en supplantant les ventes de produits brevetés et en favorisant la vente d'autres produits).
- 6 *SCM Corp. v. Xerox Corp.*, 645 F.2d 1195, 1205 (2d Cir. 1981). Mais, voir *Image Technical Services, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 1997-2 CCH Trade Cases ¶ 71 908 (9b Cir. 1997) (où l'on a jugé que les droits de propriété intellectuelles étaient utilisés comme prétexte pour justifier un comportement anticoncurrentiel).
- 7 645 F.2d 1195, 1206 (2d Cir. 1981), requête rejetée, 455 U.S. 1016 (1982).
- 8 *Idem*, p. 1208.
- 9 645 F.2d, p. 1204.
- 10 Voir Raymond Klitzke, « Patent Accumulation and Pooling Offer Additional Opportunities for the Monopolist to Maintain Its Competitive Position », *Marquette Law Review*. L'accumulation et l'utilisation de brevets sous licence ne constituent pas en soi l'indice d'une infraction à la législation antitrust, mais c'est un élément clé qui permet de déceler la présence d'une infraction.
- 11 46 F. Supp. 541 (N.D. Ohio 1942), modifié, 323 U.S. 386 (1945), cause renvoyée, 65 F. Supp. 271 (N.D. Ohio 1946).
- 12 *Idem*. Les restrictions de ce genre offrent plus qu'un intérêt historique. Voir, par exemple, *General Talking Pictures Corp. v. Western Elec. Co.*, 305 U.S. 124 (1938). Voir aussi Stephen J. Davidson, « Selected Legal and Practical Considerations Concerning 'Scope of Use' Provisions », *Computer Law*, octobre 1993, p. 1. Davidson soutient que :

De telles restrictions [c'est-à-dire, des limitations rigoureuses du champ d'utilisation] (ou l'absence d'autorisation explicite pour un usage précis) peuvent être utilisées par le donneur de licence pour tenter d'exiger des redevances excessives pour l'octroi ou le renouvellement de la licence, une fois que le détenteur de licence est devenu tributaire du logiciel obtenu de l'entreprise cédante. Des allégations de non-exécution et des demandes d'annulation fondées sur de telles

restrictions ou une absence d'autorisation explicite, ou encore sur le caractère ambigu des usages permis, peuvent menacer l'aptitude même du détenteur de licence à poursuivre ses activités. Les tribunaux ont des vues partagées sur cette question et les opinions émises dans les causes où des jugements ont été rendus ces dernières années permettent de croire que les décisions étaient davantage inspirées par le sens de la justice élémentaire des tribunaux que sur l'application d'une règle de droit uniforme. [...] L'aptitude des donneurs de licences de logiciel à mettre fin ou à menacer de mettre fin à leurs licences ou à invoquer des allégations de non-exécution par suite d'un usage non autorisé présente un risque véritable pour les détenteurs de licences qui sont devenus dépendants du logiciel pour poursuivre leurs activités commerciales courantes. (*Idem*, p. 1 et 5.)

[Traduction]

- 13 Voir P. Areeda et D. Turner, *Antitrust Law*, ¶ 819, 1994. Les auteurs soutiennent que l'imposition de restrictions aux droits d'un acquéreur de brevets est fonction de la portée du pouvoir qu'il détient déjà sur le marché auquel sont destinés les produits brevetés.
- 14 Sur cette dernière question, voir James A. Brickley et Frederick H. Dark, « The Choice of Organizational Form: The Case of Franchising », *Journal of Financial Economics*, vol. 18, 1987, p. 401 et 403-407; Gillian K. Hadfield, « Problematic Relations: Franchising and the Law of Incomplete Contracts », *Stanford Law Review*, vol. 42, 1990, p. 927. Le lien relatif au franchisage s'accompagne de la présence possible d'un opportunisme réciproque.
- 15 Sur la question des injonctions dans les causes de propriété intellectuelle, voir Robert Merges, « Of Coase, Property Rights, and Intellectual Property », *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994, p. 2655. Sur la question de la disponibilité d'injonctions dans des causes de transactions commerciales, voir Scott E. Masten, « A Legal Basis for the Firm, in The Nature of the Firm », paru dans *The Nature of the Firm*, publié sous la direction de Oliver E. Williamson et Sidney G. Winter, p. 195 et 205, 1993. (« Un rendement précis est rarement appliqué dans des contextes commerciaux ».)
- 16 [Traduction]
Voir Alan Schwartz, « The Myth That Promisees Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures », *Yale Law Journal*, vol. 100, 1990, p. 369.
- 17 Voir Masten, *supra*, note 15, p. 207 (l'auteur souligne les avantages de s'en remettre à des principes classiques de *common law* dans le domaine du droit de l'emploi, plutôt que de les reproduire dans les contrats de services, ce qui « nécessiterait de réexaminer et de répéter l'ensemble de la jurisprudence dans chaque contrat, supprimant ainsi une économie considérable »).
- 18 Voir Merges, *supra*, p. 2664-2673.
- 19 Depuis Locke, des commentateurs ont soutenu que chacun est maître de son propre travail; dans le cas de Locke, cette assertion était un prolongement de son postulat de départ, selon lequel chacun est maître de son propre corps. John Locke, *Two Treatises of Government*, 1690, p. 328-329, Peter Laslett (éd.), 1960. Mais lorsque ces commentateurs font allusion à un droit de propriété sur son travail, ils se réfèrent au droit de négocier un salaire avant d'entreprendre un travail – il s'agit, en somme, du droit de ne pas être un esclave. Par contre, nous faisons allusion ici à la conversion du travail en un élément d'actif négociable ou en un droit de propriété. La « conversion en élément d'actif » pourrait être une expression mieux indiquée pour décrire ce que nous

- avons à l'esprit; mais, comme cette expression semble avoir une connotation encore plus négative que celle de « conversion en droit de propriété », nous nous en tiendrons à cette dernière. Pour une analyse d'un phénomène connexe, voir Tamar Frankel, *Securitization: Structured Financing, Financial Assets Pools, and Asset-Backed Securities*, 1991.
- 20 Voir David J. Teece, « Profiting from Technological Innovation: Implications for Integration, Collaboration, Licensing and Public Policy », *Research Policy*, vol. 15, 1986, p. 285 et 294.
- 21 Ceci met manifestement en cause les questions liées à l'usage abusif des brevets, qui régissent les cas de vente liée. Voir Louis Kaplow, « The Patent-Antitrust Intersection: A Reappraisal », *Harvard Law Review*, vol. 97, 1984, p. 1813; Byron A. Bilicki, « Note », « Standard Antitrust Analysis and the Doctrine of Patent Misuse: A Unification Under the Rule of Reason », *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 46, 1984, p. 209; Mark A. Lemley, « Comment », « The Economic Irrationality of the Patent Misuse Doctrine », *California Law Review*, vol. 78, 1990, p. 1599. Par ailleurs, voir Kenneth J. Burchfiel, « Patent Misuse and Antitrust Reform: 'Blessed Be the Tie?' », *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 4, 1991, p. 1 (l'auteur défend l'usage abusif des brevets en soutenant que la norme antitrust est exigeante et coûteuse); Robert P. Merges, « Reflections on Current Legislation Affecting Patent Misuse », *Journal of Patent and Trademark Office Society*, vol. 70, 1988, p. 793 (l'auteur défend une doctrine distincte de l'usage abusif des brevets). Voir, par exemple, *Senza-Gel Corp. v. Seiffhart*, 803 F.2d 661, 665 et n.5 (Fed. Cir. 1986) (cas d'usage abusif dans une situation de vente liée); voir *USM Corp. v. SPS Technologies, Inc.*, 694 F.2d 505, 511 (7th Cir. 1982) (Posner, J.) (conclusion selon laquelle il y a une convergence croissante entre l'analyse de l'usage abusif de brevets et l'analyse antitrust classique); requête rejetée, 462 U.S. 1107 (1983); Thomas M. S. Hemnes, « Restraints on Alienation, Equitable Servitudes, and the Feudal Nature of Computer Software Licensing », *Denver University Law Review*, vol. 71, 1994, p. 577-579.
- 22 Selon l'économiste George Stigler, la croissance économique s'accompagne inévitablement d'une spécialisation plus poussée des entreprises, même en ce qui concerne la recherche et le développement. Ceci évoque le caractère inévitable de la production spécialisée des techniques de pêche. Voir Oliver E. Williamson, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, 1975, p. 197-205 (analyse de la position de Stigler sur l'organisation des activités de recherche, notamment la tendance à la spécialisation). Soulignons que l'historien Alfred Chandler a soutenu qu'il y avait interaction entre la spécialisation des entreprises et la croissance économique et que, dans une certaine mesure, la spécialisation stimulait la croissance. Voir Alfred D. Chandler, Jr., *The Visible Hand*, 1977, p. 15-36.
- 23 Bien sûr, les droits de propriété intellectuelle permettent aussi d'augmenter le pouvoir de négociation du donneur de licence; c'est l'une des raisons pour lesquelles le système judiciaire doit envisager sérieusement la possibilité d'étendre ces droits aux marchés des nouveaux produits. Voir Robert P. Merges, « Intellectual Property Rights and Bargaining Breakdown: The Case of Improvement Inventions and Blocking Patents », *Tennessee Law Review*, vol. 62, 1994, p. 75.
- 24 Voir Oliver Williamson, *Markets and Hierarchies*, *supra*, note 22, chapitre intitulé, « Market Structure in Relation to Technical and Organizational Innovation », p. 203-204.

- 25 Voir Harold Demsetz, « The Theory of the Firm Revisited », dans *Ownership, Control and the Firm*, p. 144 (analysant la présence de coûts de transaction dans les entreprises).
- 26 Voir Alfred D. Chandler, Jr, *Scale and Scope: The Dynamics of Industrial Capitalism*, 1990, p. 208.
- 27 Ceci se rapproche un peu du *keiretsu* japonais. Pour une description, voir Ronald J. Gilson et Mark J. Roe, « Understanding the Japanese Keiretsu: Overlaps Between Corporate Governance and Industrial Organization », *Yale Law Journal*, vol.102, 1993, p. 871, 882-895.
- 28 Par exemple, on dit que Warner/Chappell, une grande société d'édition musicale, détient plus de 700 000 droits d'auteur sur des compositions musicales. David Sinacore-Guinn, *Collective Administration of Copyrights and Neighboring Rights: International Practices, Procedures, and Organizations*, 1993, p. 198.
- 29 Voir Kathryn Rudie Harrigan, *Managing for Joint Venture Success*, 1986; Jeremy Main, « The Winning Organization », *Fortune*, le 26 septembre 1988, p. 50, 52 (Kathryn Harrigan, professeur de commerce à l'Université Columbia, signale que le nombre d'entreprises de ce genre [coentreprises, partenariats et autres formes d'ententes] a commencé à se multiplier au début des années 80, passant d'un taux de croissance d'environ 6 p. 100 par année à près de 22 p. 100. Elle prévoit un taux de croissance beaucoup plus élevé dans les prochaines années.); John P. Karalis, *International Joint Ventures*, § 1.1, 1992.
- 30 Comité sur le Japon, Conseil national de recherche, *U.S.-Japan Strategic Alliances in the Semiconductor Industry: Technology Transfer, Competition, and Public Policy*, p. 17, 1992; voir aussi Morton I. Kamien et coll., « Research Joint Ventures and R&D Cartels », *American Economic Review*, vol. 82, 1992, p. 1293 (pour une description d'un modèle formel de coentreprise de recherche).
- 31 David J. Teece, « The Dynamics of Industrial Capitalism: Perspectives on Alfred Chandler's Scale and Scope », *Journal of Economic Literature*, vol. 31, 1993, p. 199, 216- 218, (citation omise).
- 32 Voir, par exemple, Jennifer F. Reinganum, « The Timing of Innovation: Research, Development, and Diffusion », dans *Handbook of Industrial Organization*, publié sous la direction de Richard Schmalensee et Robert D. Willig, 1989, p. 849, 851 (les auteurs présentent un résumé de modèles de coentreprises de recherche et concluent que l'un des résultats « robustes » est que les sociétés qui ne sont pas membres d'une coentreprise de recherche se trouvent désavantagées par suite de l'innovation).
- 33 Pour une analyse plus poussée de la diversité croissante des formes organisationnelles dans les industries américaines, voir Michael L. Gerlach et James R. Lincoln, « The Organization of Business Networks in the United States and Japan », dans *Networks and Organizations*, publié sous la direction de Nitin Nohria et Robert G. Eccles, 1992, p. 491, 495-496.

Différentes formes de réseaux semblent se multiplier, au moment où des efforts de compression des effectifs et de rationalisation des entreprises, provoqués souvent par des défis concurrentiels en provenance du Japon et de l'Europe, ont favorisé la création de coentreprises, le recours à la sous-traitance et la mise sur pied de consortiums comme Sematech et d'autres formules de coopération entre les entreprises. Enfin, de nouvelles technologies de fabrication et de nouveaux systèmes de production ont permis de resserrer les liens et les rapports de travail entre les fabricants et les sous-traitants.

[Traduction]

- 34 Harrigan, *supra*, note 29, p. 148.
 35 Voir, par exemple, Karalis, *supra*, note 29, § 2.25, p. 64, 67-68 :

Si une coentreprise a pour mission principale d'entreprendre des travaux de recherche et de développement, sa production se concentrera d'abord dans le domaine de la technologie. Cette technologie peut comprendre des inventions brevetables, des travaux que l'on peut protéger par droit d'auteur ou des secrets commerciaux. En plus de créer sa propre technologie, la coentreprise peut améliorer une technologie qui lui est transmise par un ou plusieurs de ses actionnaires. Elle peut aussi acquérir et apporter des améliorations à une technologie créée par d'autres entreprises. Dans ce dernier cas, l'acquisition des droits se fera par l'intermédiaire d'un contrat de licence [...] ». *Idem* (renvois omis)

[Traduction]

Voir aussi John P. Sinnott, « Selection Strategy for Foreign Patent Application Filing, » publié dans *Global Intellectual Property Series 1992: Practical Strategies, Patents Practicing Law Institute*, 1992. Sinnott ajoute certaines notions intéressantes :

Le type de portefeuille de brevets devrait aussi refléter le genre d'entreprise étrangère qui sera probablement retenu. Par exemple, le nombre et le type de brevets dans un portefeuille de licences pourraient être considérablement différents des brevets figurant dans le portefeuille d'une coentreprise. Le portefeuille d'une coentreprise sera probablement beaucoup plus vaste et comprendra une proportion plus élevée de droits de brevet sur des procédés que ce n'est le cas des brevets nécessaires pour un programme de licences de brevets de produits moins complexes. Certes, l'entreprise américaine qui cherche à établir, disons, une coentreprise dans un pays sera dans une meilleure position de négociation si un portefeuille de brevets vaste et pertinent peut être présenté au partenaire commercial pressenti et aux autorités financières du gouvernement du pays d'accueil qui ont si souvent le pouvoir d'autoriser les paiements de redevances. *Idem*, p. 29-30.

[Traduction]

- 36 Voir, par exemple, Mark Casson, *The Firm and the Market: Studies on Multinational Enterprise and the Scope of the Firm*, 1987, p. 137-141 (l'auteur présente l'exemple de la technologie du verre brevetée par Pilkington, qui s'est diffusée à l'échelle internationale par l'intermédiaire de coentreprises).
- 37 Dans le cadre d'une recherche récente, nous avons relevé plus de 10 poursuites qui mettent en cause des coentreprises et des droits de propriété intellectuelle depuis 1980. Voir, par exemple, *Hockerson-Halberstadt, Inc. v. Nike, Inc.*, 779 F. Supp. 49 (E.D. La. 1991) (refus de rejeter une poursuite, malgré l'argument invoqué par l'accusé selon lequel le plaignant n'avait pas encore formé sa coentreprise lorsque l'acte de contrefaçon de l'accusé s'est produit, parce que les inventeurs qui avaient attribué tous leurs droits de propriété intellectuelle à la coentreprise avaient précisé qu'ils se réservaient le droit d'intenter des poursuites pour les contrefaçons commises dans le passé).
- 38 Robert P. Merges, « Intellectual Property Rights and Bargaining Breakdown: The Case of Improvement Inventions and Blocking Patents », *Tennessee Law Review*, vol. 62, 1994, p. 75. L'un des corollaires est que les manufacturiers considèrent parfois les donneurs de licences dont l'activité principale consiste à attribuer des licences pures ou simples comme des collaborateurs marginaux au progrès d'une industrie et parfois

même comme de véritables extorqueurs. Voir Edmund L. Andrews, « Inventor Wins Hot Wheels Case », *New York Times*, le 11 novembre 1989, p. 35 (l'auteur décrit les poursuites entreprises contre des industries entières par l'inventeur prolifique Jerome Lemelson, qui est bien connu pour faire valoir ses droits sur des brevets ayant une portée vaste mais vague). L'idée de tenir compte du caractère inexploité d'un brevet débordé donc du contexte étudié ici.

39 882 F.2d 1556 (Fed. Cir. 1989).

40 *Idem.*

41 Voir Robert P. Merges, *Patent Law and Policy*, 1992, p. 838 et suivantes (pour un examen de la question du « comportement injuste » dans cette cause).

Commentaire

Neil Campbell
McMillan Binch

LES ARGUMENTS QUE ROBERT MERGES PRÉSENTE au sujet des acquisitions de brevets s'appliquent probablement à un éventail plus vaste de droits de propriété intellectuelle. Il existe une typologie des problèmes de concurrence dans ce domaine. Le « portefeuille destructeur » n'est que l'une des préoccupations à laquelle le droit de la concurrence doit s'attaquer. Merges met en relief la possibilité que des acquisitions de brevets à des fins tactiques et stratégiques soient utilisées dans le contexte d'un plan plus vaste qui pourrait viser à soutenir l'exercice d'un pouvoir de marché. Les arguments qu'il invoque représentent un point de départ très utile pour aborder ces questions dans le contexte d'autres formes de propriété intellectuelle.

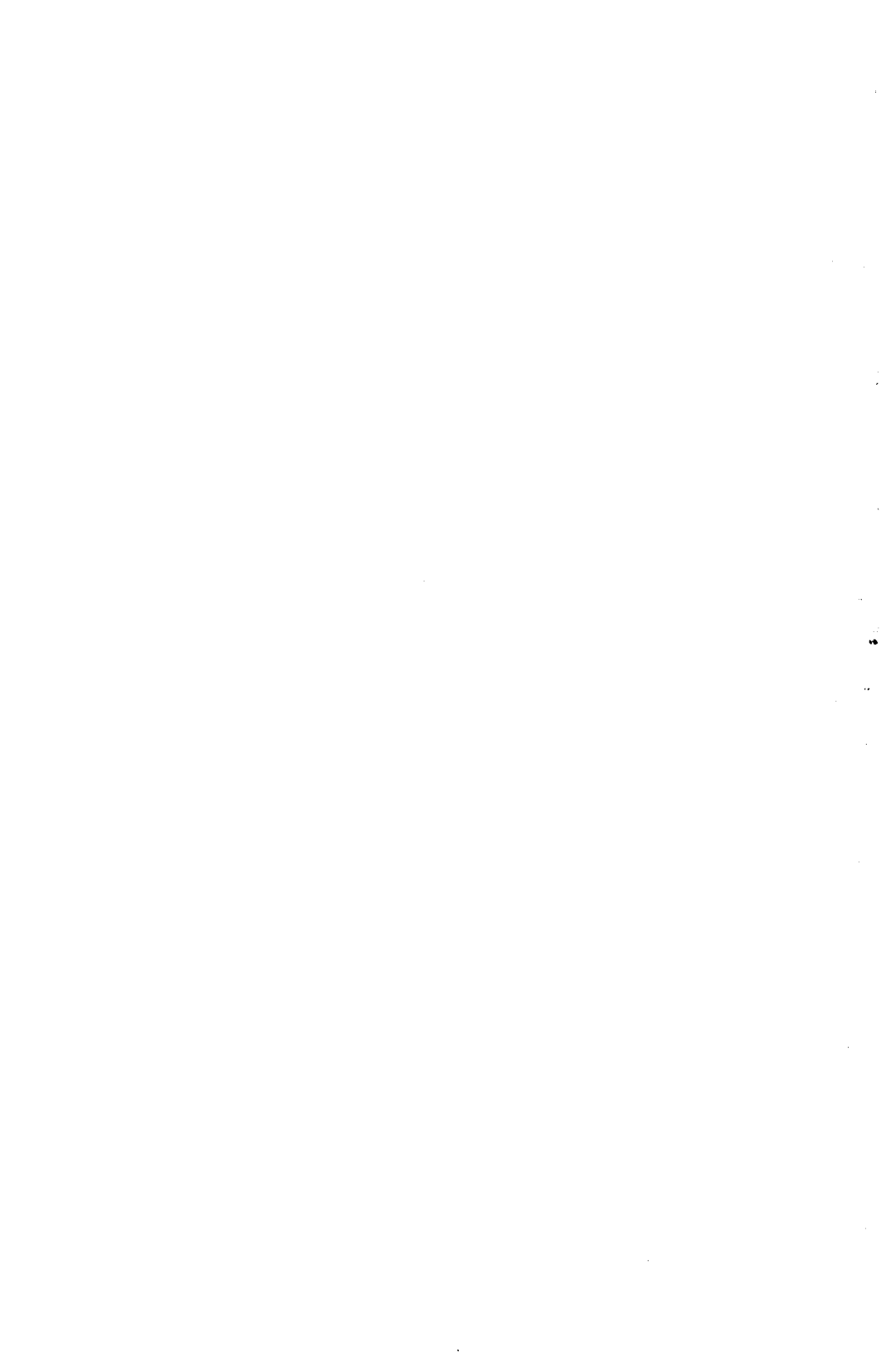
L'exposé fait ressortir certains aspects théoriques très importants. Premièrement, les droits de propriété intellectuelle favorisent de bien des façons la diversité organisationnelle et l'efficacité au niveau des transactions. Je reconnais le bien-fondé du rapport théorique et je pense que l'auteur suppose implicitement que le régime des brevets permet de déterminer de façon exogène le niveau approprié de protection des droits de propriété intellectuelle. Mais, le corollaire de cette théorie, est que le degré idéal de protection des droits de propriété intellectuelle devrait varier en fonction des éléments d'efficacité qui résultent de la portée élargie des modalités contractuelles et organisationnelles. Je pense qu'une question empirique intéressante a été laissée sans réponse : Quel a été l'importance du rôle joué par le renforcement de la protection conférée par les brevets, du moins aux États-Unis, pour le développement de toute une gamme d'autres modes d'organisation ?

Selon un deuxième argument théorique important avancé par Merges, dont je reconnais aussi la validité, l'extension des droits de propriété intellectuelle contribue aussi à créer des occasions plus nombreuses d'usage abusif à des fins tactiques ou stratégiques. Ces possibilités d'abus représentent un élément important pour déterminer le niveau souhaitable de protection des droits de propriété intellectuelle. Je pense que les possibilités d'abus ne sont probablement pas limitées à l'acquisition de brevets ou d'autres droits de propriété intellectuelle; elles s'appliquent à plusieurs autres domaines. L'accent mis sur les acquisitions a donc peut-être une portée inutilement étroite, compte tenu de la solide base théorique du document.

Une autre question empirique qu'il faudrait aborder est celle de déterminer l'importance des abus. On pourrait tenter d'évaluer la mesure dans laquelle les effets négatifs des usages abusifs dépassent les gains d'efficacité découlant de la portée plus vaste des modalités contractuelles et des formes organisationnelles. Mais il y a aussi un autre enjeu important sur le plan des politiques : dans quelle mesure la question des acquisitions par opposition à d'autres abus est-elle le problème sur lequel nous voulons concentrer notre attention ? Je crois que, compte tenu de l'étroitesse avec laquelle les marchés des produits sont souvent définis, le problème du pouvoir de marché peut se manifester bien avant la constitution d'un portefeuille « destructeur » de 2 000 brevets. J'accepte donc la généralisation selon laquelle le portefeuille destructeur est en voie d'être remplacé par des abus plus sélectifs et mieux ciblés, qui deviennent une source de problèmes plus sérieux; mais il serait souhaitable d'aborder les deux aspects dans le cadre du droit de la concurrence. Je ne veux pas accorder trop d'importance à ce changement, parce que je ne pense pas qu'il comporte beaucoup de conséquences sur le plan des politiques. Au bout du compte, le droit de la concurrence devrait être en mesure de solutionner ces deux problèmes.

La différence entre les marchés de produits et les « marchés de l'innovation » est pertinente à cet égard. Dans le domaine de l'acquisition des brevets, l'accent doit porter sur les marchés de produits; la notion de marché de l'innovation n'est pas très utile pour le rôle que nous voulons attribuer à un régime de droit de la concurrence. Dans ces circonstances, l'innovation existe déjà et le brevet a déjà été octroyé. Qu'il s'agisse de portefeuilles destructeurs, d'obstacles sélectifs, de suppression ou de renforcement, ce qui nous préoccupe est l'usage abusif des brevets qui permet à une entreprise d'acquérir une position dominante sur le marché d'un produit. Le cas échéant, le cadre traditionnel du droit de la concurrence devrait alors suffire. Il ne sera peut-être pas nécessaire de faire beaucoup plus que de sensibiliser les responsables de l'application de la politique de concurrence au fait qu'il y a des circonstances où les lois sur la concurrence peuvent utilement être orientées vers des applications sélectives en présence d'un type particulier d'abus.

Dans quelle mesure le cadre actuel de la politique et du droit de la concurrence au Canada est-il approprié pour enrayer les formes d'abus énumérées par Merges ? L'article 32 de la *Loi sur la concurrence* permet à un tribunal d'émettre des ordonnances remédiatrices lorsque des droits de propriété intellectuelle sont utilisés de façon à restreindre indûment la concurrence. De plus, la législation sur les brevets, la disposition relative à l'abus de position dominante ou le délit de complot sont autant de mesures qui peuvent être employées pour contrer les situations qu'il décrit. Il ne semble donc pas que le Canada ait besoin d'une nouvelle législation dans ce domaine.





Partie II
Pratiques contractuelles
et modalités organisationnelles





William F. Baxter
Faculté de droit
Université Stanford

et

Daniel P. Kessler
École d'administration des affaires
Université Stanford

5

Aspects économiques et juridiques de la vente liée : jalons pour le traitement de la propriété intellectuelle en vertu de la politique de concurrence

INTRODUCTION

UN ACCORD DE VENTE LIÉE EXISTE lorsqu'un fabricant vend un produit, le produit clé, uniquement à ceux qui achètent aussi du même fabricant un deuxième produit, le produit lié. Parmi les exemples de cette pratique que l'on citer, il y a la vente de projecteurs cinématographiques à condition que le projecteur ne soit utilisé que pour projeter les films du vendeur¹, la location de matériel de conserverie pourvu que le locateur achète aussi les comprimés de sodium utilisés dans la préparation des conserves² et la vente de pièces de rechange de photocopieurs par le fabricant à condition que l'acquéreur achète aussi des services de réparation³. Comme ces exemples le révèlent, les pratiques de vente liée sont monnaie courante sur les marchés mettant en cause la propriété intellectuelle.

La jurisprudence antitrust au États-Unis s'est d'abord heurtée aux pratiques de vente liée dans le contexte de la contrefaçon de brevets. La législation initiale traitait les pratiques de vente liée de façon hostile, puisqu'elles y étaient décrites comme n'ayant à peu près pas d'autre objectif que de supprimer la concurrence⁴. Cette hostilité était liée à la crainte que les pratiques de vente liée ne portent atteinte aux droits des concurrents d'avoir librement accès au marché du produit lié⁵, ainsi qu'à ceux des acheteurs de pouvoir choisir librement entre des produits concurrents⁶. À une époque où l'application de la législation antitrust visait à prévenir la concentration du « pouvoir économique », il s'agissait à vrai dire d'une sévère condamnation. Pour ces raisons, les pratiques de vente liée étaient considérées comme illégales en soi en vertu de l'article 1 de la *Sherman Act*, de l'article 3 de la *Clayton Act* et de l'article 5 de la *Federal Trade*

Commission Act, qui interdisaient ces pratiques sans égard aux circonstances ou aux effets économiques de la restriction en cause.

L'interdiction inconditionnelle de la vente liée soulevait toutefois des problèmes d'ordre théorique et opérationnel. En pratique, l'interdiction de la vente liée pouvait gêner un vaste éventail de transactions ordinaires et inoffensives. La doctrine en la matière, prise dans son sens large, pouvait signifier l'interdiction de lier les pneus à l'achat d'une voiture, de lier un pantalon à l'achat d'un veston ou de lier des lacets à l'achat de chaussures. En fait, des plaignants ont réussi à faire considérer comme illégales des pratiques commerciales ordinaires dans plusieurs poursuites, dont le cas d'une automobile vendue avec un appareil-radio installé en usine⁷ ou celui d'un produit vendu avec des modalités de livraison⁸.

Sur le plan théorique, l'évaluation intrinsèque des pratiques de vente liée négligeait de reconnaître que des modèles économiques simples indiquaient que ces pratiques pouvaient soit améliorer le bien-être collectif soit n'avoir aucune incidence sur celui-ci. Ces modèles partent généralement du raisonnement suivant. Supposons que les consommateurs attribuent une valeur vm à un bien monopolisé, le produit clé, dont le coût marginal de production est cm . Le bien lié est produit de façon concurrentielle au coût marginal c , qui est inférieur à l'évaluation du bien lié par les consommateurs. Le monopoleur pourrait forcer le consommateur à acheter le produit lié avec le produit clé mais, s'il le faisait, il ne pourrait pas demander un prix plus élevé que $vm + c$. Si le monopoleur devait demander un prix plus élevé que $vm + c$, le consommateur n'achèterait pas l'ensemble comprenant le produit clé et le produit lié, mais il ferait plutôt l'acquisition du produit lié sur le marché concurrentiel à son coût marginal. Par conséquent, le monopoleur ne serait pas en mesure de faire un bénéfice supérieur à $vm - cm$; en bref, comme il n'y a qu'un seul profit de monopole à réaliser, les pratiques de vente liée ne peuvent pas renforcer le pouvoir de monopole.

De plus, l'analyse traditionnelle attribue aux modalités de vente liée plusieurs possibilités d'améliorer le bien-être, qu'il s'agisse d'économies de diversification, de protection de l'achalandage ou du partage des risques⁹. Un fabricant de photocopieurs pourrait obliger les utilisateurs à se procurer auprès de lui des services de réparation ou des fournitures de façon à assurer le bon fonctionnement de l'appareil et à maintenir la satisfaction du consommateur. Par ailleurs, si le produit lié possède une valeur incertaine dans l'esprit du consommateur, comme c'est le cas d'un nouveau produit, le fait de demander un prix moindre pour le nouveau produit et de le lier à un bien dont la demande est en corrélation avec la valeur manifeste du nouveau produit peut contribuer à protéger le consommateur contre la possibilité de faire un achat mal avisé¹⁰.

Par suite de comportements abusifs et de l'importance croissante des considérations économiques dans la législation antitrust, les tribunaux américains sont devenus de plus en plus réticents à attribuer une responsabilité antitrust directe pour des plaintes visant des pratiques de vente liée, tant pour des actions à caractère général que pour des poursuites portant sur la propriété intel-

lectuelle. Mais, en dépit de cette réforme judiciaire de la doctrine relative aux pratiques de vente liée, le critère de l'infraction automatique a continué de marquer les causes portant sur des pratiques de vente liée. Par conséquent, la législation américaine dans ce domaine a évolué de façon confuse, révélant souvent une certaine contradiction interne. D'une part, les tribunaux ont commencé à analyser ces cas en fonction d'une règle de raison, dans le but d'évaluer l'existence d'un pouvoir de marché et la possibilité de contrôler le marché, à la lumière des effets bénéfiques pour la concurrence de plusieurs justifications commerciales légitimes de recourir à la vente liée. D'autre part, la caractéristique distinctive d'une interdiction automatique est qu'elle permet d'éviter d'avoir à entreprendre des enquêtes interminables et complexes afin de déterminer si une restriction particulière a un caractère excessif. Au moins quatre juges de la Cour suprême ont reconnu les lacunes de la doctrine actuelle en concluant, dans leur jugement récent dans la cause *Jefferson Parish*, qu'à l'application de la doctrine sur les pratiques de vente liée s'ajoutent les coûts de l'examen en fonction de la règle de raison, sans permettre toutefois d'en retirer les avantages : son application nécessite le recours au processus lent et fastidieux de l'analyse économique fondée sur la règle de raison, mais son interprétation peut ensuite conduire à l'interdiction de pratiques qui, selon l'analyse économique, auraient des effets bénéfiques¹².

Par ailleurs, la législation canadienne a permis d'évaluer les pratiques de vente liée d'une façon plus cohérente en vertu de la règle de raison¹³. Les tribunaux canadiens ont été réticents à interdire ces pratiques à la lumière des principes de la *common law* à moins qu'il ne s'agisse de pratiques commerciales restrictives inacceptables. Et, selon la formulation de l'article 31.4 de la *Loi des enquêtes sur les coalitions* (devenu l'article 77 de la *Loi sur la concurrence*), la vente liée n'est interdite que si la pratique comporte un ou plusieurs effets restrictifs qui diminuent ou risquent de diminuer considérablement la concurrence.

Dans cet exposé, nous voulons présenter une évaluation unifiée, normative et positive des aspects juridiques et économiques des pratiques de vente liée, en utilisant des exemples qui mettent en cause la propriété intellectuelle. Dans la première partie, nous passons en revue la recherche récente dans le domaine de l'organisation industrielle. Nous arrivons à la conclusion que l'analyse traditionnelle – selon laquelle il n'y a qu'un seul profit monopolistique à réaliser, de sorte que les pratiques de vente liée ne peuvent contribuer à accroître le pouvoir de monopole – est incomplète. Comme plusieurs chercheurs l'ont signalé, ces pratiques peuvent avoir une influence négative sur le bien-être tant dans l'optique de l'offre que dans celui de la demande¹⁴. Nous apportons des précisions sur certaines conditions en vertu desquelles divers modèles économiques permettent de prévoir que des pratiques de vente liée seront socialement préjudiciables ou avantageuses.

Dans la deuxième partie, nous présentons un aperçu de l'état actuel de la doctrine judiciaire aux États-Unis. Nous débutons par une description de l'origine de la règle de droit immuable sur laquelle repose l'infraction automatique,

les tout premiers cas de contrefaçon de brevets. Puis, nous examinons les éléments atténuants établis par les tribunaux qui se sont multipliés ces dernières années. Nous présentons, dans la troisième partie, des propositions de réforme du droit de la propriété intellectuelle et des pratiques de vente liée, dont l'élaboration d'une « règle de raison structurée » inspirée de l'approche canadienne.

ASPECTS ÉCONOMIQUES DES PRATIQUES DE VENTE LIÉE : RECHERCHE DANS LE DOMAINE DE L'ORGANISATION INDUSTRIELLE

SELON LES CONCLUSIONS DES ANALYSES ÉCONOMIQUES classiques des pratiques de vente liée, ces modalités sont au pire inoffensives et souvent bénéfiques sur le plan social. Mais, des travaux de recherche récents, où les auteurs ont assoupli les hypothèses sous-jacentes au modèle traditionnel, indiquent que les répercussions de ces pratiques sur le plan du bien-être sont ambiguës, notamment dans le cas des marchés de la propriété intellectuelle. La source la plus importante d'ambiguïté est l'arbitrage entre les avantages provenant des stimulants dynamiques à l'investissement en innovation et les distorsions attribuables au monopole statique. Afin d'inciter les parties à investir dans la production d'éléments de propriété intellectuelle, les autorités établissent des droits monopolistiques sur les bénéfices découlant des inventions et des découvertes. Mais ces stimulants à l'activité innovatrice engendrent nécessairement des éléments d'inefficience. Une fois que l'invention existe, son utilisation devient non concurrente; dans une optique sociale, l'invention devrait être accessible à tous. Les pratiques de vente liée, ou toute autre distorsion éventuelle, peuvent soit améliorer soit réduire le bien-être collectif, compte tenu de la distorsion résultant de la création de droits monopolistiques par l'État, par ailleurs indispensables pour stimuler l'innovation.

Aux fins de notre exposé, supposons qu'il existe deux marchés : premièrement, un marché sur lequel la propriété intellectuelle assortie de droits monopolistiques créés par l'État est vendue ou louée par les inventeurs aux fabricants et, deuxièmement, un marché concurrentiel sur lequel la propriété intellectuelle est intégrée à la production finale, pour être ensuite vendue aux consommateurs. Nous considérons l'incidence des pratiques de vente liée et des modalités de regroupement sous deux angles. Premièrement, nous examinons les effets de ces pratiques sur le bien-être par l'intermédiaire de leur influence sur la demande de propriété intellectuelle. Nous analysons les conséquences sur le plan du bien-être d'une discrimination au niveau des prix sur les marchés des produits intermédiaires rendue possible par le recours à la vente liée et au regroupement, ainsi que les répercussions sur le bien-être des pratiques de vente liée attribuables à l'externalité verticale entre le détenteur des droits de propriété intellectuelle et les producteurs. Deuxièmement, nous étudions les effets des pratiques de vente liée sur le bien-être par l'intermédiaire de leur incidence

sur l'offre de propriété intellectuelle et de facteurs liés à la production. Dans ce contexte, nous nous intéressons à trois effets concurrents des pratiques de vente liée sur le bien-être : a) en tant qu'instrument d'engagement, b) le contrôle exercé sur les marchés des produits liés et c) la présence de stimulants dynamiques à l'innovation.

EFFETS DES PRATIQUES DE VENTE LIÉE SUR LA DEMANDE

LE PROLONGEMENT LE PLUS USUEL DE L'ANALYSE TRADITIONNELLE permet aux consommateurs de faire des évaluations hétérogènes non observées du produit clé. Le cas échéant, il n'est peut-être pas profitable pour le monopoleur-détenteur de la propriété intellectuelle de vendre cette propriété de façon dégroupée à un prix uniforme; le monopoleur peut choisir de pratiquer une discrimination de second degré au niveau des prix. L'écart par rapport à des règles simples d'établissement des prix peut prendre deux formes : regrouper plusieurs éléments de propriété intellectuelle et rattacher la propriété intellectuelle à un autre bien intermédiaire.

Des exemples de différenciation des prix par le regroupement d'éléments de propriété intellectuelle ont été analysés dans les travaux publiés depuis plus de 30 ans en économie et en droit. Stigler¹⁵ étudie un exemple bien connu de modalités de regroupement en décrivant la pratique alors répandue de location en bloc de films¹⁶. Pour reprendre l'exemple de Stigler, supposons que deux théâtres, A et B, qui veulent acquérir les droits de projeter deux films, vendent le produit final sous forme d'une soirée au cinéma. A est disposé à payer 9 000 dollars pour le film n° 1, 3 000 dollars pour le film n° 2, et 12 000 dollars pour les deux; B est prêt à déboursier 10 000 dollars pour le film n° 1, 2 000 dollars pour le film n° 2, et 12 000 dollars pour les deux. Il n'y a aucun effet d'interaction au niveau de la projection des films; la somme des prix de chaque film est égale à la valeur d'acquisition de l'ensemble. Pour simplifier, supposons que les coûts d'exploitation des théâtres, sauf l'achat des droits des films, sont nuls.

Si le monopoleur qui détient les films loue chaque film individuellement, il lui faudra, pour maximiser ses bénéfices, louer le film n° 1 pour 9 000 dollars et le film n° 2 pour 2 000 dollars, ce qui lui procurerait un bénéfice total de 22 000 dollars. Mais s'il n'offre de louer que les deux films conjointement, il pourra demander 12 000 dollars pour l'ensemble, conserver les deux théâtres comme clients et encaisser des recettes totales de 24 000 dollars; ce regroupement lui permet d'augmenter ses bénéfices.

Cet exemple illustre trois aspects importants du regroupement d'éléments de propriété intellectuelle. Premièrement, cette pratique est des plus efficace lorsque les valeurs attribuées aux biens par chaque consommateur ont une corrélation négative¹⁷. Dans notre exemple, la valeur que le théâtre A est disposé à payer pour le film n° 1 est inférieure à celle du théâtre B, mais la valeur que le théâtre A est prêt à payer pour le film n° 2 est supérieure à celle du théâtre B.

Deuxièmement, les modalités de regroupement facilitent la discrimination par les prix en rendant homogènes les courbes de demande. Si le monopoleur n'est pas en mesure d'observer les valeurs, il ne pourra nécessairement pas exercer une différenciation des prix pour des consommateurs hétérogènes. Toutefois, si le regroupement permet au monopoleur de demander davantage aux consommateurs prêts à payer un prix élevé qu'il ne demande aux consommateurs disposés à payer un prix moindre en faisant une moyenne entre les produits, le caractère non observable de l'hétérogénéité devient alors non pertinent.

Troisièmement, les modalités de regroupement sont neutres sur le plan du bien-être si les stratégies d'achat des consommateurs ne sont pas influencées par l'emploi de ces pratiques. En général, les effets du regroupement sur le bien-être mettent en cause une relation d'arbitrage. Les gains de bien-être qu'engendre la discrimination par les prix liée au regroupement découlent de la tendance des modalités de regroupement à rendre les produits accessibles à ceux qui, à cause de restrictions monopolistiques sur la production, n'auraient pu autrement les acheter. Deux types de pertes de bien-être peuvent survenir en raison de cette différenciation des prix : les pertes imputables aux ventes à des consommateurs dont les évaluations sont inférieures au coût marginal de production (dans le but de retirer une proportion plus élevée de la rente) et les pertes attribuables à la réduction de la production totale¹⁸. Puisque l'utilisation de la propriété intellectuelle a un caractère non concurrent, le premier type de perte de bien-être ne sera probablement pas important. Par conséquent, sur la base d'un simple critère heuristique, la discrimination par les prix résultant du regroupement d'éléments de propriété intellectuelle aura probablement pour effet d'augmenter le bien-être si elle permet d'élargir la clientèle qui l'utilise mais de diminuer le bien-être si elle réduit l'éventail de la clientèle.

Les effets de la différenciation des prix associée aux pratiques de vente liée sont analysés de la même façon. Ces pratiques peuvent être employées pour favoriser une discrimination par les prix si une consommation plus élevée du produit lié est l'indice d'une évaluation supérieure du produit clé et que le vendeur du produit clé peut prévenir l'arbitrage dans le cas du produit lié. Le produit lié permet en fait de mesurer l'utilisation de la propriété intellectuelle. Le monopoleur demande un prix inférieur au prix de monopole pour le produit clé, mais un prix plus élevé que le prix concurrentiel pour le produit lié. De cette façon, les pratiques de vente liée ont pour effet d'amener les consommateurs dont l'évaluation est élevée à payer davantage et les clients dont l'évaluation est faible à payer moins par rapport à l'établissement d'un prix uniforme¹⁹.

Toutefois, la discrimination par les prix associée aux pratiques de vente liée a des effets ambigus sur le bien-être, comme c'est le cas de la discrimination par les prix liée aux pratiques de regroupement. Les modalités de vente liée ont réduisent le bien-être en faisant diminuer la consommation du produit lié; mais elles augmentent le bien-être en haussant la consommation du produit clé. Donc, la discrimination par les prix associée aux pratiques de vente liée réduit nécessairement le bien-être si elle n'accroît par le marché du produit clé; par

ailleurs, la différenciation des prix peut augmenter le bien-être si les distorsions causées par la baisse de consommation du produit lié est inférieure aux gains provenant de l'expansion du marché du produit clé.

Les modalités de vente liée sont aussi utilisées pour solutionner le problème des externalités verticales entre les inventeurs en situation de monopole et les fabricants de produits finals. Ces externalités peuvent prendre plusieurs formes; nous en examinons deux ici. Au départ, considérons l'application aux marchés de la propriété intellectuelle du modèle des externalités liées au service et du risque moral du détaillant²⁰. Supposons que les fabricants combinent des éléments de propriété intellectuelle à des intrants produits de façon concurrentielle afin de créer un produit final de qualité variable. Les consommateurs ont des préférences concernant la quantité du produit final et sa qualité. L'amélioration de la qualité impose des mesures coûteuses aux fabricants, mais les inventeurs et les fabricants ne peuvent préciser par contrat toutes les mesures que les fabricants doivent prendre. En l'absence de contrôle vertical par l'inventeur, le fabricant choisira de prendre un moins grand nombre de mesures coûteuses qu'un fabricant-inventeur intégré serait disposé à prendre.

Les pratiques de vente liée peuvent permettre à l'inventeur de contrôler les mesures impossibles à intégrer à des contrats ou les « niveaux de service » que les fabricants offrent. Si l'utilisation du produit lié est en corrélation avec les interventions non observables qui ont une incidence sur le contrôle de la qualité, le fait de lier l'usage du bien complémentaire à la propriété intellectuelle peut contribuer à aligner les stimulants des fabricants sur ceux des inventeurs. Dans l'optique du bien-être collectif, toutefois, cette situation peut aboutir à des résultats favorables ou non. En général, les monopoleurs-inventeurs peuvent vouloir atteindre des niveaux de qualité socialement trop élevés ou trop faibles. Le monopoleur souhaite que le fabricant offre un niveau de qualité correspondant à celui voulu par le consommateur marginal, mais le niveau de qualité optimal correspond à l'évaluation faite par le consommateur moyen. Par conséquent, le contrôle vertical que l'inventeur exerce sur le fabricant par l'intermédiaire des pratiques de vente liée peut entraîner un niveau de qualité socialement excessif si le consommateur marginal veut obtenir un niveau de qualité supérieur à la moyenne; par ailleurs, si le consommateur marginal désire un niveau de qualité inférieur à la moyenne, les pratiques de vente liée peuvent alors résulter en un niveau de qualité socialement insuffisant. Toutefois, si la dispersion des préférences en matière de qualité au sein de la population est faible, les pertes de bien-être attribuables aux distorsions sur le plan de la qualité seront alors probablement inférieures aux gains de bien-être résultant de l'alignement de la structure d'incitation du fabricant sur celle de l'inventeur.

Le problème de la « substitution des intrants » offre un autre exemple de la façon dont les pratiques de vente liée peuvent contribuer à améliorer les bénéfices des inventeurs, tout en ayant un effet ambigu sur le bien-être à cause de la présence d'externalités verticales²¹. Supposons que des manufacturiers combinent un élément de propriété intellectuelle à un intrant produit de façon

concurrentielle selon des proportions variables, de sorte que l'intrant et la propriété intellectuelle sont des substituts. Le fait de lier l'intrant concurrentiel à la propriété intellectuelle sera, en général, optimal sur le plan privé pour les inventeurs, mais cette combinaison aura deux effets opposés sur le bien-être. Elle se traduira généralement par une baisse de la production finale, mais elle permettra aussi de corriger la sous-utilisation de la propriété intellectuelle par les fabricants en aval dans leur processus de production – un problème qui existerait en l'absence de la vente liée à cause de la marge monopolistique des inventeurs.

EFFETS DES PRATIQUES DE VENTE LIÉE SUR L'OFFRE

Dans cette partie, nous analysons trois effets des pratiques de vente liée sur l'offre : servir d'instrument d'engagement, faciliter la mainmise sur les marchés des produits liés et stimuler la production de propriété intellectuelle. Contrairement aux effets sur la demande, qui se concentrent sur l'utilisation de la propriété intellectuelle, les effets sur l'offre sont axés sur la production de propriété intellectuelle et d'intrants intermédiaires connexes.

Premièrement, les pratiques de vente liée peuvent permettre aux inventeurs de s'engager de façon crédible à gérer leurs droits de propriété intellectuelle d'une manière socialement constructive. Si les fabricants doivent absorber des coûts irrécupérables pour utiliser un élément de propriété intellectuelle, le contrat optimal entre inventeur et fabricant pourra alors comprendre un engagement de la part de l'inventeur à prendre des mesures coûteuses pour maintenir la valeur de la propriété intellectuelle. Un régime de paiement de redevances fondé sur la production est un instrument qui permet d'obtenir un engagement de ce genre : il s'agit d'une caution qui pénalise la vente par l'inventeur d'un clone de son idée originale et l'incite à protéger l'invention contre le plagiat²². Si l'inventeur améliore la valeur de la propriété intellectuelle après avoir accordé une licence ou l'avoir vendue à des fabricants, les redevances qu'il touche augmenteront; s'il néglige de le faire, les paiements de redevances diminueront. Le fait de lier le prix d'achat d'un produit à son contenu en propriété intellectuelle peut donc contribuer à améliorer le bien-être en réduisant le risque moral du côté des inventeurs.

Par contre, les pratiques de vente liée peuvent avoir un effet négatif sur le bien-être collectif si elles servent à contrôler d'autres marchés²³. Le contrôle des marchés des produits liés à la propriété intellectuelle est une stratégie rentable s'il y a un avantage sur le plan des coûts à produire le bien lié et que le lien représente un engagement stratégique à le vendre²⁴. Ainsi, cela peut se produire si l'inventeur construit une usine qui intègre la propriété intellectuelle à un bien lié complémentaire et qu'il n'offre la propriété intellectuelle au fabricant que dans sa forme intégrée. Dans ces cas, si la production du bien lié comporte des économies d'échelle, l'inventeur pourra alors utiliser la propriété intel-

lectuelle pour réaliser les premières ventes sur le marché du produit lié. Si ces ventes continuent d'offrir par la suite un avantage sur le plan des coûts (par exemple, une diminution des coûts résultant de l'apprentissage par la pratique) et que les producteurs concurrents du produit lié en sont conscients, personne n'entrera alors sur le marché du produit lié et l'inventeur sera aussi en mesure d'y établir un monopole.

Deux hypothèses cruciales sont toutefois nécessaires pour démontrer que l'effet de levier obtenu grâce aux pratiques de vente liée compromet le bien-être collectif. Premièrement, l'avantage sur le plan des coûts doit résulter d'une entrée hâtive sur le marché et, deuxièmement, cet avantage doit persister. Si la production du bien lié comporte des rendements d'échelle constants ou que les avantages attribuables à une production préemptive sont facilement accessibles ou de courte durée, l'inventeur ne pourra alors étendre son monopole initial au marché du produit lié. Deuxièmement, le lien doit représenter un engagement stratégique à fabriquer le produit lié. Par conséquent, des liens qui ne sont ni immédiatement rentables en raison d'effets du côté de la demande, ni subordonnés à des investissements dont les coûts ne peuvent être récupérés, seront insuffisants pour susciter un engagement et donc rendre l'effet de levier attrayant. En l'absence d'engagement, les concurrents possibles ne seront pas dissuadés d'entrer sur le marché du produit lié. L'entreprise qui établit le lien ne pourrait pas menacer de façon crédible de demeurer sur le marché du produit lié jusqu'à ce qu'elle obtienne un avantage sur le plan des coûts.

Même dans le contexte de ces hypothèses, l'incidence de l'effet de levier sur le bien-être collectif et de l'exclusion concomitante de la concurrence sur le marché du produit lié est indéterminée. Il en est ainsi, entre autres, parce qu'en situation de rendements d'échelle constants, l'exclusion de certaines entreprises n'a pas nécessairement pour effet de réduire le bien-être. À vrai dire, il est possible que le contrôle exercé par le recours à des pratiques de vente liée contribue à faire augmenter le surplus du consommateur.

L'observation peut-être la plus fondamentale au sujet de l'incidence des pratiques de vente liée sur l'offre de propriété intellectuelle rend encore plus complexe l'analyse du bien-être. Même si les modalités de vente liée contribuent à accroître les pertes sèches dans un cadre statique, ces pratiques peuvent être optimales dans une perspective dynamique si elles augmentent les bénéfices de l'inventeur, stimulant ainsi l'activité d'innovation. Au coeur de l'arbitrage entre les gains dynamiques et les pertes statiques se posent deux types de questions. Premièrement, la législation existante sur la propriété intellectuelle offre-t-elle des stimulants aux particuliers pour les inciter à entreprendre un niveau optimal d'activités innovatrices ? Si elle n'y parvient pas, il est alors possible que le fait de permettre à des inventeurs de réaliser des bénéfices plus élevés par l'intermédiaire de modalités de vente liée contribue à améliorer globalement le bien-être, même si le résultat à l'échelle locale est une diminution du bien-être. Par ailleurs, si la protection actuellement accordée à la propriété intellectuelle se traduit par un niveau trop faible d'activités innovatrices, les

résultats d'un grand nombre d'études incitent à penser qu'une augmentation des bénéfiques des inventeurs ne permettra peut-être pas de corriger le problème²⁵. Dans la mesure où l'innovation est une course où chacun tente d'être le premier à faire une découverte, les inventeurs choisiront peut-être des technologies de R-D trop risquées par rapport à l'optimum social. Ce n'est pas étonnant : si la course en vue d'obtenir un brevet est une compétition d'où ne sort qu'un seul vainqueur, le gain privé ira à celui qui arrive le premier, même si le fait d'être bon deuxième peut être presque aussi souhaitable d'un point de vue social. Par conséquent, il se peut que le fait d'accroître la rétribution d'une innovation réussie ne fasse qu'inciter les inventeurs à emprunter des voies plus risquées de façon à devancer leurs rivaux. Dans ce cas, la hausse de prix se retrouverait dans les coffres de l'entreprise au lieu de contribuer à stimuler l'innovation.

LA LÉGISLATION ANTITRUST AMÉRICAINE RÉGISSANT LES PRATIQUES DE VENTE LIÉE

L'ÉLABORATION DE LA RÈGLE PER SE

LA DÉSAPPROBATION DES MODALITÉS DE VENTE LIÉE dans la législation antitrust a débuté dans le contexte de la propriété intellectuelle. Les juges ont d'abord fait face à des cas de vente liée en évaluant le bien-fondé d'actions en contrefaçon de brevets. Dans les premières causes représentatives dans ce domaine, les inventeurs d'un appareil breveté ne consentaient à accorder une licence pour exploiter leurs inventions qu'à condition qu'elle soit utilisée avec des fournitures non brevetées que le détenteur de licence devait acheter d'eux. Jusqu'en 1917, les dispositions de la législation antitrust ne furent pas invoquées à l'encontre de ces ventes liées; les tribunaux faisaient invariablement respecter les accords de licence en invoquant le principe que seul le Congrès avait le pouvoir de déterminer la nature des contraintes qui devaient être imposés à l'ingéniosité des titulaires de brevets dans leurs efforts visant à retirer les avantages de leurs découvertes²⁶.

Mais cette situation a changé au moment de l'audition de la cause concernant les brevets cinématographiques²⁷. En 1909, tous les fabricants établis de caméras et de projecteurs cinématographiques se sont joints aux producteurs de films pour former la Motion Picture Patents Company (MPPC). Une plainte privée en vertu de la législation antitrust fut déposée parce que la MPPC nouvellement créée avait accordé une licence à la Universal Manufacturing Company pour fabriquer des projecteurs et les vendre aux théâtres à la condition que les projecteurs soient utilisés uniquement pour projeter des films produits par des détenteurs de licences de la MPPC. Peut-être à cause de tout un éventail de pratiques douteuses²⁸, la Cour suprême a refusé de permettre au titulaire des brevets d'étendre la portée de son monopole en limitant l'utilisation de l'appareil à des matériaux nécessaires à son exploitation mais ne faisant pas partie

de l'invention brevetée²⁹. Cette approche fut renforcée avec l'adoption de l'article 3 de la *Clayton Act* en 1914, qui établissait que les pratiques de vente liée étaient une question particulièrement préoccupante dans le contexte de la politique antitrust³⁰.

L'interdiction directe des pratiques de vente liée s'est élaborée par la suite. Dans des causes semblables à celles des brevets cinématographiques, des ventes liées mettant en cause des comprimés de sodium et des machines de mise en conserve³¹ ainsi que du cuir à chaussure et des machines de fabrication de chaussures³² furent considérées comme des prolongements illégaux de monopoles sur des inventions aux termes de l'article 3 de la *Clayton Act*. En 1958, la Cour suprême a étendu ce raisonnement à la *Sherman Act*, créant ainsi la doctrine moderne relative aux pratiques de vente liée. Dans la cause *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, le tribunal a reconnu explicitement que l'article 1 de la *Sherman Act* interdisait à la Northern Pacific d'exiger des acquéreurs ou des locateurs de terrains bordant son emprise ferroviaire qu'ils utilisent ses services de transport par rail pour expédier les marchandises produites sur ces terrains. Toute vente liée où le vendeur possède suffisamment de pouvoir économique pour entraver de façon importante la libre concurrence sur le marché du produit lié (par définition, une entrave importante était une mesure qui avait une incidence sur un volume « non négligeable » d'échanges inter-États³³) fut déclarée en soi illégale.

Le libellé de la loi exige donc qu'une action intentée pour vente liée fasse intervenir quatre éléments pour invoquer l'infraction *per se*³⁴. Premièrement, le produit clé et le produit lié doivent être distincts. Deuxièmement, les deux produits doivent être liés. Troisièmement, en vertu du critère du « pouvoir économique suffisant », le vendeur doit posséder un pouvoir économique sur le marché du produit clé. Quatrièmement, pour qu'un volume « non négligeable » des échanges inter-États soit affecté, il faut que le volume du commerce du produit lié soit significatif en dollars absolus.

Dans la cause *Northern Pacific* et d'autres au cours de la décennie suivante, l'interdiction *per se* des pratiques de vente liée fut interprété de façon libérale et appliqué rigoureusement. L'exigence d'un « pouvoir économique suffisant » sur le marché du produit clé – une disposition qui aurait pu contribuer à freiner sensiblement l'étalement de la doctrine relative aux modalités de vente liée – est demeurée pratiquement sans force exécutoire. Dans la cause *Northern Pacific*, le tribunal a indiqué explicitement que les cas de vente liée nécessitent rarement une enquête factuelle détaillée sur la portée du marché pertinent du produit clé et sur le problème accessoire de la part de marché du vendeur sur ce marché³⁵. À vrai dire, cette cause a ouvert un nouveau chapitre de la jurisprudence dans le domaine des ventes liées selon lequel on pouvait présumer de l'existence d'un pouvoir économique en se fondant sur l'« unicité » du produit clé; dans ses remarques, le tribunal expliquait que la propriété intellectuelle protégée par brevet ou droit d'auteur devait avoir un caractère distinct suffisant pour permettre de croire à l'existence de répercussions anticoncurrentielles³⁶.

Le tribunal a traduit ces observations en loi au moment de l'audition des causes *Loew's* et *Fortner Enterprises*. En ce qui concerne *United States v. Loew's Inc.*, le tribunal a conclu que le vendeur d'un film protégé par le droit d'auteur possédait un pouvoir économique suffisant pour permettre de supposer qu'il avait utilisé un lien illégal³⁷. La notion selon laquelle le caractère unique d'un produit pouvait en soi conférer un pouvoir fut étendue aux marchés d'un produit relativement homogène – le crédit – dans la cause *Fortner Enterprise v. United States Steel Corp.* Dans cette affaire, Fortner prétendait que la concurrence sur le marché des maisons préfabriquées (le produit lié) était entravée par un abus de pouvoir sur le crédit (le produit clé) exercé par la U.S. Steel. Le juge Black a exprimé l'opinion de la majorité en affirmant que le pouvoir économique sur le produit clé pouvait être suffisant même s'il n'allait pas jusqu'à la domination et qu'il n'était exercé qu'à l'égard de certains acheteurs sur le marché; le jugement sommaire dans la cause *U.S. Steel* fut donc renversé en invoquant l'argument que le jury pouvait conclure à l'existence d'un pouvoir à partir du caractère « unique » des conditions de crédit du défendeur³⁸.

RECUK PAR RAPPORT À LA RÈGLE PER SE

DES MESURES VISANT À ATTÉNUER LA RIGUEUR DE LA RÈGLE PER SE furent instituées peu de temps après son établissement tant dans des jugements de la Cour suprême que dans ceux de tribunaux inférieurs. Areeda soutient que les limitations apportées à la règle ont pris diverses formes : demander au plaignant de démontrer l'existence d'un pouvoir de marché dans le cas des produits clés; permettre au défendeur de présenter une défense fondée sur une justification commerciale légitime; demander au plaignant de fournir des preuves que le produit clé et le produit lié sont distincts; enfin, demander au plaignant de démontrer que le défendeur pouvait entraver la concurrence sur le marché du produit lié³⁹. Nous analysons tour à tour chacune de ces mesures d'atténuation.

À l'instance la plus élevée, la Cour suprême a donné du mordant au critère du « pouvoir économique suffisant », en commençant par la nouvelle audition de la cause *Fortner Enterprises*⁴⁰. Après un renvoi, le plaignant, Fortner, a obtenu gain de cause devant les tribunaux inférieurs, qui ont maintenu que la U.S. Steel disposait d'un pouvoir économique suffisant sur le marché du produit clé : le crédit. La U.S. Steel en a appelé du jugement et le tribunal a annulé le jugement, signalant ainsi un changement d'attitude par rapport au jugement antérieur où il avait accepté l'inférence d'un pouvoir économique. Dans son jugement écrit, le tribunal a précisé que, pour invoquer l'argument du pouvoir économique suffisant, il fallait prouver que le vendeur avait le pouvoir, dans le contexte du marché du produit clé, de faire augmenter les prix ou de forcer les acheteurs à accepter d'onéreuses conditions qui ne pourraient pas être imposées dans un marché pleinement concurrentiel⁴¹.

La rigueur de l'argument du pouvoir économique suffisant fut maintenue dans des jugements ultérieurs de la Cour suprême et des tribunaux inférieurs, comme *Areeda, Elhaug et Hovenkamp* l'ont fait observer⁴². Dans la cause *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 26-29 n. 7-8 (1984), par exemple, le tribunal a confirmé que les ventes liées n'étaient en soi illégales que lorsqu'un pouvoir suffisant était exercé sur le marché du produit clé : une part de marché de 30 p. 100 pour un hôpital n'était pas suffisante pour déclencher l'application de la règle *per se* contre les pratiques de vente liée, malgré la présence d'imperfections sur le marché qui avaient pour effet de restreindre davantage la concurrence. Le refus récent d'un tribunal de rendre un jugement sommaire dans le cas d'un défendeur accusé de lier la vente de photocopieurs fabriqués en situation concurrentielle à des pièces de rechange d'une marque donnée, dans la cause *Eastman Kodak v. Image Technical Services*, 112 S. Ct. 2072, 2089 n. 29 (1992), concorde peut-être aussi avec des exigences rigoureuses sur la question du pouvoir économique, parce que les faits dans cette cause ne permettaient pas de rejeter l'hypothèse que des lacunes informationnelles aient permis à Kodak d'acquérir un pouvoir commercial important sur les marchés combinés des photocopieurs et des pièces de rechange requises durant le cycle de vie de l'appareil, malgré le caractère concurrentiel du marché des photocopieurs. La plupart des tribunaux inférieurs ont suivi cette approche et ont obligé les plaignants à définir un marché pertinent et à faire la preuve de l'exercice d'un pouvoir commercial important, en utilisant une part de marché de 30 p. 100 comme critère approximatif du niveau minimum de pouvoir de marché nécessaire pour justifier que l'on invoque la règle *per se* à l'encontre de pratiques de vente liée⁴³.

On a aussi permis aux défendeurs d'invoquer la défense affirmative d'un argument commercial légitime pour justifier le lien. Dès les premières causes de cette nature, les tribunaux ont accepté une défense fondée sur une justification commerciale restreinte. Dans la cause *United States v. Jerrold Electronics Corp.*, 187 F. Supp. 545 (E.D. Pa. 1960), jugement confirmé par la Cour suprême, 365 U.S. 567 (1961), le défendeur était accusé d'avoir regroupé la vente de systèmes d'antenne communautaire et les services d'installation; la Cour suprême a confirmé le jugement du tribunal d'instance inférieure, selon lequel la politique de Jerrold de vendre des systèmes complets était justifiée parce qu'il s'agissait d'un nouveau secteur dont l'avenir était très incertain, bien qu'il fût reconnu que la défense avait perdu de son caractère légitime par suite du développement de l'industrie. En dépit de l'extension de la règle *per se* aux pratiques de vente liée confirmée par les causes *Loew's* et *Fortner Enterprises*, des moyens de défense fondés sur une justification commerciale, telle que des réductions de coûts, furent considérés théoriquement acceptables⁴⁴.

Et même lorsqu'un tribunal n'a pas permis le recours explicite à une défense fondée sur une justification commerciale, son utilisation a été acceptée implicitement par le biais d'un assouplissement des exigences relatives aux deux produits. On considère que la défense fondée sur une justification commerciale

a joué un rôle pour déterminer si le produit clé et le produit lié étaient distincts, parce que la classification des deux biens comme produit unique aux fins de la législation antitrust devait être fonction des mérites sur le plan concurrentiel de la vente simultanée des deux biens⁴⁵. En effet, dans la cause *Anderson Foreign Motors*, le tribunal a déclaré qu'il tiendrait compte de la justification commerciale du regroupement des produits dans son examen de la question.

La défense fondée sur une justification commerciale légitime fut élargie et précisée lors de l'audition de la cause *Jefferson Parish*. La décision majoritaire rendue dans cette cause a confirmé le bien-fondé de l'argument invoqué dans la cause *Jerrold Electronics*⁴⁶ et admis un autre moyen de défense fondé sur une justification commerciale – les préférences des acheteurs : les acheteurs trouvent souvent intéressantes les offres d'achats combinées; la décision d'un vendeur de faire de telles offres peut représenter tout simplement une tentative visant à soutenir efficacement la concurrence, un comportement qui est pleinement compatible avec les dispositions de la *Sherman Act*⁴⁷. Dans la foulée de la cause *Jefferson Parish*, le tribunal a indiqué dans une opinion incidente à la cause *NCAA v. Board of Regents* que les pratiques de vente liée peuvent se justifier sur le plan de la concurrence et qu'il ne serait pas indiqué de les condamner sans faire une analyse approfondie du marché⁴⁸; par ailleurs, dans la cause *Eastman Kodak*, le tribunal a fait observer que les effets anticoncurrentiels du comportement de la société Kodak étaient [peut-être] moins importants que ses répercussions favorables sur la concurrence⁴⁹. Les tribunaux inférieurs ont aussi considéré systématiquement les justifications commerciales, en approuvant les pratiques de vente liée pour toutes les raisons citées par la Cour suprême et d'autres, comme l'amélioration de la qualité des produits et de leur valeur⁵⁰.

Le jugement *Jefferson Parish* renfermait aussi des passages que les tribunaux inférieurs ont interprété comme équivalant à la nécessité de démontrer au moins la possibilité d'une entrave préjudiciable à la concurrence sur le marché du produit lié, contribuant ainsi à éloigner encore davantage le traitement juridique des pratiques de vente liée du principe de l'infraction automatique (règle *per se*). Certaines cours de circuit ont interprété le jugement *Jefferson Parish* comme nécessitant la présence probable d'effets préjudiciables à la concurrence : par exemple, la cinquième cour de circuit a affirmé que la preuve d'un lien illégal est établie lorsque l'entreprise qui utilise une telle pratique exerce suffisamment de contrôle sur le marché du produit clé pour qu'il y ait des répercussions vraisemblablement préjudiciables à la concurrence sur le marché du produit lié⁵¹. La première cour de circuit a dressé un obstacle peut-être plus difficile à surmonter en faisant référence à la preuve d'effets anticoncurrentiels sur le marché du produit lié⁵². La septième cour de circuit a interprété l'exigence relative aux effets anticoncurrentiels d'une façon encore plus rigoureuse, lorsqu'elle a conclu en ces termes :

La forte possibilité que le vendeur du produit clé puisse acquérir un pouvoir de marché sur le marché du produit lié est l'un des critères minimums auquel un plaignant doit se conformer pour démontrer, dans le contexte d'un examen fondé sur la règle de raison ou sur la règle *per se*, qu'une telle extension du pouvoir de marché d'un vendeur peut représenter une menace de préjudice économique et de restriction illégale du commerce⁵³.

[Traduction]

L'évolution du traitement juridique des pratiques de vente liée mettant en cause la propriété intellectuelle aux États-Unis a suivi celle de la loi en général dans ce domaine. À vrai dire, la réprobation automatique des pratiques de vente liée en vertu de la législation antitrust a débuté dans le domaine de la propriété intellectuelle. Certains tribunaux inférieurs maintiennent toujours une position rigoureuse face aux pratiques de vente liée mettant en cause la propriété intellectuelle⁵⁴. Toutefois, d'autres tribunaux d'instance inférieure ont aligné leur traitement des modalités de vente liée dans les poursuites en matière de propriété intellectuelle sur la jurisprudence actuelle dans ce domaine⁵⁵ : un traitement non discrétionnaire comportant des exceptions fondées sur la règle de raison.

CONCLUSION

AVEC LE TEMPS, LES ASPECTS ÉCONOMIQUES ET JURIDIQUES des pratiques de vente liée se sont rapprochés. À l'époque des premières poursuites en contrefaçon de brevets, la législation américaine traitait les modalités de vente liée avec beaucoup d'hostilité, en considérant ces pratiques comme illégales en soi : elles entravaient les droits des acheteurs et des vendeurs de participer à des échanges libres de toute restriction. À l'opposé, les premières théories économiques laissaient penser que ces pratiques ne contribuaient pas à réduire le bien-être collectif; dans certains modèles économiques simples, elles n'avaient que des effets positifs sur le bien-être.

Par ailleurs, la recherche économique récente, qui a assoupli certaines hypothèses employées dans les premiers modèles, indique que les répercussions des pratiques de vente liée sur le bien-être sont ambiguës, notamment sur les marchés de la propriété intellectuelle. La législation américaine contemporaine s'est éloignée, à plusieurs égards, d'un traitement strictement axé sur le principe de l'infraction automatique. Les plaignants sont de plus en plus tenus de démontrer l'existence d'un pouvoir sur le marché du produit clé ou l'exercice possible d'un contrôle sur le marché du produit lié; les défenseurs ont de plus en plus la possibilité d'invoquer des arguments fondés sur une justification économique comme moyen de défense affirmative.

Toutefois, le caractère automatique de l'infraction demeure présent dans la législation américaine sur les pratiques de vente liée. Comme la Cour suprême des États-Unis l'a souligné dans le jugement *Jefferson Parish*, ce conflit entre la règle *per se* et la législation impose à la théorie de la vente liée les coûts de l'analyse détaillée qu'exige la règle de raison, tout en la privant de l'ensemble des avantages découlant de la souplesse de cette règle.

La législation canadienne sur les modalités de vente liée a suivi un cheminement différent. Par voie statutaire et en vertu de la *common law* canadienne, les modalités de vente liée ont bénéficié du traitement de la règle de raison. De plus, l'article 77 de la *Loi sur la concurrence* vise à structurer l'examen fondé sur la règle de raison en interdisant les modalités de vente liée lorsque ces pratiques contribuent vraisemblablement a) à bloquer l'accès au marché ou l'expansion d'une entreprise, b) à entraver le lancement d'un produit ou l'expansion des ventes d'un produit sur le marché ou c) à exercer tout autre effet d'exclusion sur le marché.

L'effet indéterminé des pratiques de vente liée sur le bien-être nécessite précisément le recours à une telle approche : un traitement fondé sur la règle de raison, en vertu de laquelle l'examen est structuré en fonction des résultats de modèles économiques. L'approche de la « règle de raison structurée » pourrait comprendre une analyse strictement axée sur la règle de raison dans les cas où la vente liée a des répercussions vraiment indéterminées ou négatives sur le bien-être, mais elle pourrait réduire la portée de l'examen s'il y a peu de chance que l'arrangement soit préjudiciable sur le plan social.

Les recherches dans le domaine de l'organisation industrielle, notamment celles portant sur les marchés de la propriété intellectuelle, peuvent contribuer à éclairer l'élaboration d'une politique antitrust qui viserait à stimuler la concurrence tout en préservant les stimulants. Par exemple, si l'on a recours à des pratiques de vente liée ou de regroupement de la propriété intellectuelle pour faciliter la discrimination par les prix, il y aura diminution du bien-être si ces pratiques n'entraînent pas une expansion du marché du produit clé. Par ailleurs, s'il y a expansion du marché du produit clé, il est alors possible que le bien-être augmente. En outre, dans les modèles qui prévoient que le pouvoir de monopole sur un droit de propriété intellectuelle pourra être étendu au marché du produit lié, il faut qu'il y ait un avantage sur le plan des coûts de fabrication du produit lié et que le lien représente un engagement stratégique à le vendre. Enfin, tout traitement des pratiques de vente liée dans le domaine de la propriété intellectuelle en vertu de la loi sur la concurrence devrait tenir compte du fait que, même si ces pratiques contribuent à augmenter les pertes sèches de nature statique, elles peuvent être optimales dans un cadre dynamique si elles incitent les inventeurs qui, autrement, ne produiraient pas assez d'innovations dans une optique sociale à accroître leur niveau d'activité.

NOTES

- 1 *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacturing Co.*, 243 U.S. 502 (1917).
- 2 *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947).
- 3 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*, 112 S.Ct 2072 (1992).
- 4 *Standard Oil Co. (Cal.) v. United States*, 337 U.S. 293, 305-6 (1949).
- 5 *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1959).
- 6 *Idem.*
- 7 *Automatic Radio Mfg. Co. v. Ford Motor Co.*, 390 F.2d 113 (1st Cir.), requête rejetée, 391 U.S. 914 (1968).
- 8 *Anderson Foreign Motors v. New England Toyota Distributors*, 475 F. Supp. 972 (D. Mass. 1979).
- 9 Voir, par exemple, M. Whinston, « Tying, Foreclosure, and Exclusion », *American Economic Review*, vol. 80, p. 837, 1990; et W. Baxter et D. Kessler, « Toward a Consistent Theory of the Welfare Analysis of Agreements », *Stanford Law Review*, vol. 47, p. 615, 1995.
- 10 Voir, par exemple, J. Lunn, « Tie-in Sales and the Diffusion of New Technology », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 146, p. 249, 1990, pour une analyse et un exemple de cette situation.
- 11 *Northern Pacific*, *supra*, note 5, p. 5.
- 12 *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).
- 13 R. Anderson et S. Khosla, « Recent Developments in the Competition Policy Treatment of Tied Selling in the U.S. and Canada », *Canadian Competition Policy Record*, vol. 6, p. 1, 1985.
- 14 Voir, par exemple, L. Kaplow, « Extension of Monopoly Power Through Leverage », *Columbia Law Review*, vol. 85, p. 515, 1985.
- 15 G. Stigler, « A Note on Block Booking », *Supreme Court Review*, 1963; voir aussi M. Burstein, « A Theory of Full-Line Forcing », *Northwestern University Law Review*, vol. 55, p. 62, 1960.
- 16 La Cour suprême des États-Unis a déclaré illégale la pratique de location en bloc de films; voir *United States v. Loew's*, 371 U.S. 38, 45 (1962).
- 17 Voir, par exemple, H. Varian, « Price Discrimination », dans *Handbook of Industrial Organization*, chapitre 10.
- 18 Voir, par exemple, W. Adams et J. Yellen, « Commodity Bundling and the Burden of Monopoly », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 90, p. 475, 1976; et R. Schmalensee, « Gaussian Demand and Commodity Bundling », *Journal of Business*, vol. 57, p. S211, 1984.
- 19 Voir, par exemple, J. Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, 1988, Sec. 3.3.1.5. Les pratiques de vente liée peuvent aussi encourager la discrimination par les prix dans d'autres contextes. F. Mathewson et R. Winter démontrent (dans « Tying as a Response to Demand Uncertainty », document de travail, Université de Toronto, 1996) que les modalités de vente liée peuvent être profitables pour un monopoleur utilisant un double prix et contribuer à améliorer le bien-être lorsque les demandes pour le produit clé et le produit lié sont aléatoires et corrélées positivement. Selon leur modèle, ces pratiques peuvent être profitables parce qu'elles permettent au monopoleur de percevoir des rentes plus élevées auprès des utilisateurs intensifs; elles peuvent contribuer à améliorer le bien-être parce qu'elles mènent à une plus grande

- utilisation des prix variables pour recueillir la rente et à une baisse correspondante du tarif, de sorte qu'un nombre plus élevé de consommateurs achète le produit.
- 20 Voir, par exemple, Tirole, *supra*, note 19, Sec 4.2.2.
- 21 Voir F. Warren-Boulton, « Vertical Control with Variable Proportions », *Journal of Political Economy*, vol. 82, p. 783, 1974.
- 22 Voir C. Hall, « Renting Ideas », *Journal of Business*, vol. 64, p. 21, 1991.
- 23 Les tribunaux et les chercheurs se sont préoccupés du fait que les pratiques de vente liée peuvent être utilisées pour « prolonger la durée » d'un brevet ou d'un autre droit de propriété intellectuelle au delà de sa période statutaire. Une « prolongation de la durée d'un brevet » prend ordinairement la forme d'une « licence hybride » qui relie une licence de brevet à une licence permettant d'utiliser un secret commercial connexe non protégé par le brevet, lorsque la durée de la licence d'exploitation du secret commercial s'étend au delà de celle du brevet. Le fait que la licence d'exploitation du secret commercial s'étende sur une période plus longue que celle du brevet ne peut, en soi, permettre à l'inventeur d'obtenir des rendements équivalents à ceux d'un brevet d'une durée plus longue. Revenons au modèle économique simple présenté dans l'introduction. Si les consommateurs attachent une valeur v_m par année à l'utilisation du brevet, et que la durée de vie du brevet est de k années, le surplus total des consommateurs pour l'utilisation du brevet sera alors égal à $C = \sum_k v_m / (1 + r)^k$. Le fabricant ne pourra plus obtenir un surplus après la k ième année, puisque le brevet fera alors partie du domaine public. Ni le fait de lier un produit fabriqué de façon concurrentielle à une propriété intellectuelle à caractère monopolistique, ni le fait de percevoir le surplus sur une période de plus de k années ne modifient cette analyse. Toutefois, la « prolongation de la durée d'un brevet » peut avoir une incidence sur les bénéfices et le bien-être de la société si elle est conforme à l'une ou plusieurs des théories de l'organisation industrielle concernant les pratiques de vente liée que nous avons analysées dans cet essai. Par exemple, les liens entre brevets et secrets commerciaux peuvent avoir une incidence sur le bien-être s'ils suppriment la concurrence sur le marché des procédés connexes à l'utilisation d'un brevet. Ou, comme Mathewson et Winter l'ont souligné en se référant à la cause *NutraSweet* (voir l'argument exposé dans la note 19 ci-dessus), la « prolongation de la durée d'un brevet » peut avoir une incidence sur le bien-être si elle est utilisée comme instrument de discrimination par les prix.
- 24 Cette analyse s'inspire des travaux de Whinston, *supra*, note 9.
- 25 Voir Tirole, *supra*, note 19, Section 10.2.2.1.
- 26 *Henry v. A.B. Dick Co.*, 224 U.S. 1 (1912). Voir aussi *Tubular Rivet and Stud Co. v. O'Brien*, 93 Fed. 200 (D. Mass. 1898).
- 27 *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacturing Co.*, 243 U.S. 502 (1917).
- 28 En fait, la société MPPC s'est employée à utiliser le contrôle qu'elle exerçait sur les caméras et les projecteurs pour contrôler la production, la distribution et la projection des films. Elle fit l'objet de poursuites ininterrompues en vertu de la législation antitrust et fut dissoute en 1918, après avoir perdu la poursuite privée mentionnée précédemment ainsi qu'une poursuite intentée par le gouvernement.
- 29 *Idem*, p. 517.
- 30 Voir, par exemple, l'analyse du rapport de la Chambre des représentants sur l'acticle 3 de la Clayton Act, présentée dans l'ouvrage de P. Areeda, E. Elhaug et H. Hovenkamp, *Antitrust Laws*, 1996, Sec. 1700d et 1701b.
- 31 *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947).

- 32 *United Shoe Machinery Corp. v. United States*, 258 U.S. 451 (1922).
- 33 356 U.S. 1 (1958), p. 6.
- 34 Voir, par exemple, *Areeda*, *supra*, note 30, Sec. 1702. Il importe de souligner que les pratiques de vente liée contestées qui ne répondent pas aux conditions de la règle *per se* peuvent être considérées illégales en vertu d'une disposition générale fondée sur la règle de raison qui interdit les restrictions inacceptables au commerce, comme dans la cause *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 18-25, ou dans *Fortner Enterprises v. United States Steel Corp.*, 394 U.S. 495, 497-500 (1969).
- 35 356 U.S. 1, p. 45 n. 4.
- 36 *Idem*, p. 46.
- 37 371 U.S. 38 (1962). Voir aussi *Siegel v. Chicken Delight, Inc.*, 448 F.2d 43 (9th Cir., 1971), requête rejetée, 405 U.S. 955 (1972) pour une extension de cette présomption aux produits protégés par une marque de commerce.
- 38 394 U.S. 495, 502-03, 506 (1969).
- 39 Voir *Areeda*, *supra*, note 30, Sec. 1701c2. *Areeda* a aussi soutenu que les tribunaux ont de plus en plus limité la possibilité pour les plaignants de démontrer les effets préjudiciables des pratiques de vente liée.
- 40 *United States Steel v. Fortner Enterprises*, 429 U.S. 610 (1977).
- 41 *Idem*, p. 620.
- 42 Voir *P. Areeda*, *supra*, note 30, Sec. 1733e-f et 1739h2-h4.
- 43 Voir, par exemple, *Bureaux Bros. Farms v. Teche Sugar Co.*, 21 F.3d 83, 87 (5th. Cir., 1994), avec référence à *Grappone, Inc. v. Subaru of New England, Inc.*, 858 F.2d 792, 797 (1st. Cir., 1988) et *Will v. Comprehensive Accounting Corp.*, 776 F.2d 665, 672 (7th. Cir., 1985) requête refusée, 475 U.S. 1129 (1986).
- 44 Voir, par exemple, *Loew's*, 371 U.S., p. 54-55.
- 45 Voir, par exemple, *Johnson v. Nationwide Industries*, 715 F.2d. 1233, 1236-7 (7th. Cir., 1983); et *Hirsh v. Martindale-Hubble*, 674 F.2d 1343, 1347-8 (9th. Cir., 1982). Pour une analyse, voir T. Baker, « The Supreme Court and the *per se* Tying Rule: Cutting the Gordian Knot », *Virginia Law Review*, vol, 66, p. 1235, 1980; et *Areeda*, *supra*, note 30, Sec. 1741b et 1760c2.
- 46 466 U.S., p. 24 n. 39.
- 47 466 U.S., p. 12 n. 25.
- 48 468 U.S. 85, 104 n. 26 (1984).
- 49 112 S.Ct., p. 2092.
- 50 Voir, par exemple, *Principe v. McDonald's Corp.*, 631 F.2d 303, 308-310 (4th. Cir., 1980), *Johnson v. Nationwide Industries*, 715 F.2d 1233 (7th. Cir., 1983), et *Hirsh v. Martindale-Hubble*, 674 F.2d 1343, 1348 (9th. Cir., 1982), analysé dans *Areeda*, *supra*, note 30, Sec. 1760c1.
- 51 *Roy B. Taylor Sales, Inc. v. Hollymatic Corp.*, 28 F.3d 1379, 1382 (5th. Cir., 1994) et *Bureaux Brother Farms v. Teche Sugar Co.*, 21 F.3d 83, 86 (5th. Cir., 1994), avec référence à *Jefferson Parish*, 466 U.S., p. 15-18, 26-29.
- 52 *Wells Real Estate v. Greater Lowell Board of Realtors*, 850 F.2d. 803, 815 (1st. Cir., 1987), requête rejetée, 488 U.S. 955 (1988).
- 53 *A. O. Smith Corp v. Lewis, Overbeck, and Furman*, 979 F.2d. 546, 549 (7th. Cir., 1992), avec référence à *Sandburg Village Condominium Association No. 1 v. First Condo Development Co.*, 758 F.2d. 203 (7th. Cir., 1985).
- 54 Voir, par exemple, *Lasercomb America v. Reynolds*, 911 F.2d 970, 973 (4th. Cir., 1990).
- 55 Pour une analyse, voir *Areeda*, *supra*, note 30, Sec. 1781d2.

REMERCIEMENTS

NOUS TENONS À REMERCIER Robert Anderson, Einer Elhauge, Nancy Gallini, Nancy Horsman et Michael Smart pour l'aide et les commentaires qu'ils nous ont fournis. Les vues exprimées ici ne représentent pas nécessairement les leurs, ni celles du Directeur des enquêtes et recherches, d'Industrie Canada ou du gouvernement du Canada.

Commentaire

Ralph A. Winter
Département d'économique
Université de Toronto

DANS MES COMMENTAIRES SUR CET EXCELLENT EXPOSÉ, je passerai en revue certaines des incitations possibles aux pratiques de vente liée. En particulier, j'aborderai la question de savoir si une vente liée peut servir à faire passer un pouvoir de monopole d'un marché à un autre. La notion selon laquelle un monopoleur peut étendre son pouvoir à un autre marché est l'une des plus controversées en économie de la politique de concurrence, suscitant souvent des signes approuvateurs chez la majorité des praticiens mais des froncements de sourcils du côté des économistes.

William Baxter et Daniel Kessler examinent la question de l'extension du pouvoir de monopole à l'aide d'un modèle de base. Il s'agit d'un modèle des plus simple qui permet de saisir l'argument de l'école de Chicago selon lequel les profits monopolistiques ne peuvent être recueillis qu'une seule fois; par conséquent, les pratiques de vente liée ne peuvent être utilisées pour retirer des profits monopolistiques d'un deuxième marché. Le modèle réussit à faire contrepoids à la croyance populaire selon laquelle un monopoleur a le pouvoir et l'incitation de forcer des acheteurs à conclure un marché dont ils ne veulent pas – dans ce cas-ci, il s'agit d'un marché qui les oblige à acquérir un deuxième bien à un prix supérieur au prix concurrentiel. Mais, je soutiendrai dans mon commentaire que le modèle est trop simple pour permettre de comprendre pleinement la notion d'extension du pouvoir de monopole. Sous certaines conditions de marché, les consommateurs concluront volontairement des marchés qui auront pour effet d'accorder à leur fournisseur un monopole sur un deuxième marché ou, dans le contexte de l'innovation, un monopole sur un marché qui persiste au delà de la durée du brevet.

Comme point de départ, j'examine l'argument (école de Chicago) de Baxter et Kessler sur l'effet de levier lorsque les consommateurs forment un

groupe homogène, afin de préciser le fondement sur lequel il repose. Puis, j'introduis la notion d'hétérogénéité des consommateurs dans le modèle, ce qui me permet d'examiner les modalités de vente liée fondées sur des motifs de discrimination par les prix. Enfin, je décris la façon dont les pratiques de vente liée peuvent contribuer à étendre ou à consolider le pouvoir de monopole.

Dans le modèle le plus simple, il existe un monopole sur un premier marché et une concurrence parfaite dans l'autre. Les consommateurs n'achètent qu'une seule unité du produit et ils attribuent tous une valeur B à cette unité. Selon ce modèle, le monopoleur peut espérer au mieux vendre le produit au prix B . Ce prix permet d'extraire le surplus complet lié à la transaction. Un arrangement de vente liée ne permet pas d'engendrer un surplus supplémentaire, ni des bénéfices additionnels. Le monopoleur ne peut extraire le bénéfice total – qui est égal au surplus total – qu'une seule fois.

Cette formulation n'est exacte que si tous les consommateurs sont identiques et que chacun n'achète qu'une seule unité du produit. Dans une autre version du modèle qui, à mon avis, décrit la pensée de certains participants au débat sur l'existence possible d'un effet de levier, il faut ajouter l'hypothèse selon laquelle les consommateurs achètent des unités multiples du produit faisant l'objet d'un monopole et ont une courbe de demande (commune) pour le produit inclinée vers le bas. Dans ce cas, le monopoleur est en mesure de faire plus que de demander simplement un prix de monopole sur son propre marché. Le fait pour le monopoleur de forcer les consommateurs à acheter un deuxième produit (à un prix élevé) permettrait d'augmenter ses profits monopolistiques, parce que même le prix monopolistique de maximisation du profit laisserait un certain surplus sur la table. Les consommateurs seraient disposés à accepter un contrat de vente liée, qui aurait pour effet de générer des profits supplémentaires pour le monopoleur, parce que le contrat les laisserait avec un surplus plus élevé que s'ils renonçaient d'emblée au produit offert par le monopoleur. Reconnaissant cela, le monopoleur sait qu'un arrangement de vente liée est supérieur à la formule de vente d'un seul produit au prix uniforme optimal. Le contrat conclu entre le monopoleur et le groupe homogène de consommateurs comprendra des prix de type Ramsey pour les deux biens, si les prix possibles doivent être uniformes. Toute autre formule de prix uniforme laisse place à une amélioration tant pour les consommateurs que pour le monopoleur.

Mais le problème logique que soulève ce modèle élargi, est que, si un arrangement de vente liée est réalisable, il en est de même d'une formule de prix en deux volets. L'établissement de prix en deux volets, où le surplus total est maximisé par l'intermédiaire de prix variables fixés en fonction des coûts marginaux, domine les modalités de vente liée. Donc, lorsque les consommateurs forment un groupe homogène, la réponse appropriée à l'argument selon lequel les contrats de vente liée peuvent servir à étendre le pouvoir de monopole d'un marché à un autre n'est pas que les profits monopolistiques ne peuvent être recueillis qu'une seule fois mais que l'établissement de prix en deux volets permet de recueillir l'ensemble du surplus engendré par une transaction et qu'il domine par conséquent les modalités de vente liée.

Si l'on suppose que les consommateurs forment un groupe hétérogène, l'explication des ventes liées s'appuie alors sur un argument de discrimination par les prix ou d'extraction du surplus. Les pratiques de vente liée peuvent jouer deux rôles au niveau de la discrimination par les prix. L'un est très bien connu et on peut l'illustrer à l'aide du cas des ordinateurs IBM (plus précisément, des calculatrices) et des cartes. Le fait de lier le produit intermédiaire utilisé en quantités variables – les cartes – à l'achat d'un ordinateur permet d'obtenir un prix plus élevé des clients qui en font un usage plus intensif, lesquels sont précisément les utilisateurs disposés à payer un prix plus élevé. Le deuxième rôle est moins bien connu. Selon ce scénario, nous avons deux produits intermédiaires utilisés en quantités variables que les consommateurs peuvent acquérir de façon indépendante mais qui sont en corrélation au niveau de leur utilisation (demande) par les consommateurs. Ce scénario correspond à la cause *Standard Stations* où les fournisseurs d'essence et de produits que l'on retrouve habituellement dans les stations-services liaient la vente de l'essence à celle d'accessoires d'automobiles comme les pneus et les accumulateurs dans leurs contrats avec les exploitants de stations-services¹.

Un vendeur disposant d'un pouvoir de monopole sur un seul produit (essence) peut avoir comme stratégie d'imposer un droit fixe et un prix variable supérieur au coût. Cette stratégie, que les économistes appellent la « stratégie de Disneyland » d'après l'article célèbre de Walter Oi, permet au monopoleur d'obtenir un prix plus élevé auprès de demandeurs dont la consommation est plus élevée². La marge sur le prix du produit intermédiaire utilisé en quantité variable est semblable à une taxe sur la quantité achetée et elle est rentable parce que la quantité demandée est l'indice d'une volonté de payer. Par ailleurs, si le vendeur a la possibilité de lier la vente de deux biens dont la demande est corrélée, il exploitera cette stratégie pour percevoir une taxe ou une marge sur les produits. Le fait de répartir les distorsions d'une taxe sur deux produits est toujours plus efficace que le fait de taxer un seul bien; un surplus plus élevé est ainsi créé et le monopoleur peut recueillir au moins une partie de ce surplus supplémentaire. Dans le cas où les demandes sont parfaitement corrélées, les prix à deux variables sont encore une fois des prix de type Ramsey. Il est un peu difficile d'examiner l'incidence des ventes liées dans ce genre de scénario parce que le problème a un caractère non concave, mais dans un article rédigé en collaboration avec Frank Mathewson qui paraîtra sous peu, je démontre que le fait de permettre des arrangements de vente liée a pour effet d'augmenter le nombre de consommateurs qui font des transactions sur le marché³. Dans ce contexte, un contrat de vente liée n'est jamais inférieur au critère parétien et peut même y être supérieur.

Les deux formes d'incitation à la discrimination par les prix sont combinés dans certains cas. L'affaire de la *Digital Electronics Company* (DEC) en 1989 au Canada, réglée par une entente conclue avant le début de la procédure judiciaire, mettait en cause la stratégie de DEC de lier ses mises à jour de logiciels aux services d'entretien de ses ordinateurs. Il s'agit d'une cause semblable

à celle d'IBM en ce sens que les consommateurs font l'acquisition d'un produit principal, l'ordinateur, et qu'ils achètent des biens intermédiaires en quantités variables selon leur intensité d'utilisation. La différence dans ce cas est qu'il s'agit de quantités variables de deux biens intermédiaires : les mises à jour de logiciels et les services d'entretien. Les deux biens intermédiaires variables pouvaient être liés parce que DEC trouvait plus profitable de « taxer » les achats variables des deux biens intermédiaires au lieu d'un seul. Une tarification efficiente ou appliquée à des produits multiples suppose au préalable l'existence de marges sur les prix de tous les biens intermédiaires variables. (On peut manifestement faire appel à une hypothèse de remplacement dans ce cas : lorsque les consommateurs ne peuvent déterminer si la source du problème d'informatique est liée au logiciel ou au matériel, faire appel à des fournisseurs de services indépendants engendrerait une externalité ayant un effet de distorsion. Les coûts d'une perte de réputation attribuable à une baisse de qualité par DEC ou les fournisseurs de services seraient partagés entre les entreprises. Cette externalité est internalisée dans le contexte d'une vente liée.)

J'ai analysé les motifs de discrimination par les prix dans le cas d'une vente liée qui découleraient de l'introduction de l'hétérogénéité du côté de la demande dans les modèles les plus simples. En guise de conclusion, j'entends revenir à la question soulevée au départ, à savoir si des modalités de vente liée peuvent être utilisées pour étendre un pouvoir de monopole d'un marché à un autre. Pour ramener l'analyse dans le contexte de la propriété intellectuelle, j'examinerai l'effet de levier par l'intermédiaire de dispositions de vente liée dans le cas d'une extension contractuelle de la durée d'un brevet.

Selon le modèle de brevet le plus simple, un monopoleur établit le prix d'un bien en fonction du prix de monopole jusqu'à la période T , où le monopole prend fin. Par la suite, les consommateurs paient des prix déterminés en fonction de la structure de marché qui prévaut après l'échéance du brevet. Supposons que le monopoleur et les acheteurs concluent des ententes à plus long terme. L'insistance par un vendeur sur la conclusion de contrats à long terme (assortis de clauses de dommages-intérêts fixés à l'avance ou du paiement d'une pénalité par l'acheteur qui voudrait se soustraire à l'entente) est, logiquement, un exemple de pratiques de vente liée, parce que l'acheteur doit s'engager à s'approvisionner à l'avenir auprès du vendeur pour pouvoir acquérir les quantités du produit dont il a besoin à l'heure actuelle. Le bien futur est lié au bien actuel.

Deux hypothèses ou théories peuvent expliquer un cas d'extension de brevet. (L'affaire *NutraSweet* au Canada mettait en cause des allégations d'extension de brevet.) La première hypothèse est celle du scénario de la discrimination par les prix. Si les consommateurs forment un groupe hétérogène, le monopoleur ne peut pas recueillir toutes les rentes disponibles par l'intermédiaire d'un régime de prix en deux volets. L'imposition d'un droit fixe et de prix supérieurs au coût marginal tant pour le bien actuel que pour le bien futur sera le phénomène dominant. Il s'agit tout simplement de la théorie de la discrimination par les prix décrite ci-dessus, le bien actuel et le bien futur étant les deux

produits. Cette théorie peut s'appliquer lorsque la structure du marché après l'échéance du brevet est parfaitement concurrentielle. Un arrangement de vente liée dans le cas présent (extension d'un brevet) sert à étendre le pouvoir de monopole pour une période plus longue que celle prévue par le brevet, mais l'effet n'a pas un caractère anticoncurrentiel. Une extension de brevet sous forme de discrimination par les prix peut avoir pour effet d'augmenter le surplus total et même résulter en une affectation supérieure à celle du critère parétien.

Selon la deuxième hypothèse qui peut expliquer une extension de brevet, la prolongation est le résultat de l'insistance du monopoleur, au détriment de l'ensemble des consommateurs, à conclure des contrats à long terme comme moyen d'allonger sa période de protection contre la concurrence. Supposons que la structure du marché après l'échéance du brevet est une situation de concurrence imparfaite : un duopole. De plus, supposons que la décision du duopoleur de s'implanter sur le marché est fonction, de façon endogène, du nombre d'acheteurs qu'il pourrait attirer. Chaque acheteur pourrait alors être disposé à conclure un contrat à long terme en échange d'une réduction minimale de prix – un petit « pot-de-vin » pour protéger le fournisseur déjà en place contre la concurrence – simplement parce que tous les autres acheteurs décident de conclure un tel contrat et que l'incidence de la décision d'un seul acheteur sur la structure future du marché est négligeable. Les décisions des acheteurs de conclure une entente d'approvisionnement à long terme avec le monopoleur sont faussées par l'externalité que chacune de ces décisions impose à tous les autres acheteurs. La protection conférée par un brevet est étendue par voie contractuelle au détriment des acheteurs qui concluent de tels contrats⁴.

De plus, une deuxième externalité a pour effet de fausser les incitations du monopoleur et des acheteurs à conclure un accord à long terme, compte tenu de la décision endogène du nouveau venu potentiel de s'implanter éventuellement sur le marché, comme Aghion et Boulton l'ont souligné dans leur article bien connu de 1987⁵. La situation du nouvel arrivant se détériore en raison de la décision des acteurs déjà présents sur le marché de conclure une entente à long terme assortie d'une clause de dédommagement car, pour avoir accès au marché dans l'avenir, le nouveau venu doit offrir un prix inférieur pour inciter les acheteurs à délaisser le fournisseur déjà en place.

Les deux externalités se renforcent pour permettre au fournisseur déjà établi d'étendre ou d'appliquer au marché futur son pouvoir de monopole sur le marché existant du produit breveté d'une façon socialement non efficiente, peut-être au détriment de tous les acheteurs et du nouvel arrivant éventuel. Cette interprétation d'un accord de vente liée en tant qu'instrument de prolongement du pouvoir de monopole s'applique au contexte précis de la conclusion de contrats en présence d'un brevet. La théorie ne s'applique pas directement à l'analyse plus courante de l'extension du pouvoir de monopole d'un marché de produit à un autre (déjà existant), parce qu'elle est fonction des hypothèses relatives à la dynamique de la conclusion des contrats – plus précisément, l'incapacité des concurrents potentiels sur le deuxième marché de

présenter des offres contractuelles courantes aux acheteurs. Toutefois, si les aspects dynamiques du deuxième marché sont importants en ce sens que le produit sur ce marché est en voie d'élaboration ou que les coûts diminuent au fil des années, l'argument s'applique alors.

La réponse à la question de l'effet de levier est donc qu'un accord de vente liée peut être utilisé comme instrument d'extension du pouvoir de monopole d'un marché à un autre, tandis que l'argument de l'effet de levier dans un contexte précis doit reposer sur des externalités entre acheteurs ou des externalités liées aux futurs concurrents sur le deuxième marché. Toute explication de l'effet de levier ne peut reposer au départ sur l'hypothèse qu'un monopoleur a le pouvoir ou l'incitation d'imposer aux acheteurs un contrat dont ils ne veulent pas. Elle doit préciser la raison pour laquelle le vendeur et chaque acheteur individuel finiraient par conclure qu'il est dans leur intérêt de participer à des accords qui auraient collectivement pour effet de créer un deuxième monopole.

Enfin, il s'agit d'une explication qui soulève un paradoxe sur le plan des politiques. Lorsque la structure du marché secondaire est parfaitement concurrentielle, les externalités ayant un effet de distorsion, dont j'ai parlé précédemment, ne sont pas présentes. Ainsi, dans le cas d'une prolongation de brevet, les possibilités futures pour chacun des acheteurs sont fonction du prix concurrentiel futur, sans égard aux contrats conclus par les divers acheteurs. Dans ce cas, il faut évoquer l'hypothèse de la discrimination par les prix. Il ne faudrait pas supposer que les pratiques de vente liée réduisent le bien-être collectif même si la concurrence sur le deuxième marché est supprimée complètement. Ce n'est que lorsque la concurrence sur le marché secondaire est imparfaite que des externalités ayant un effet de distorsion soulèvent la possibilité d'une extension du pouvoir de monopole. Donc, l'élimination de la concurrence par l'intermédiaire de pratiques de vente liée sera plus problématique lorsque l'intensité de la concurrence ainsi supprimée est moindre. La suppression d'une certaine concurrence est pire que la suppression de la concurrence parfaite.

NOTES

- 1 *Standard Oil Co. of California v. United States.*
- 2 Oi, Walter Y. « A Disneyland Dilemma: Two-Part Tariffs for a Mickey Mouse Monopoly », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 85, 1971, p. 77-90.
- 3 Mathewson, F et Ralph A. Winter, « Tying as a Response to Demand Uncertainty », *Rand Journal of Economics* (sous presse).
- 4 Ce genre d'argument est élaboré de façon détaillée dans l'ouvrage de Ilya Segal et Michael Whinston, « Naked Exclusion and Buyer Coordination », Harvard Institute of Economic Research Working Paper, septembre 1996.
- 5 Aghion, Philippe et Patrick Boulton, « Contracts as a Barrier to Entry », *American Economic Review*, vol. 77, 1987, p. 388-401.



Patrick Rey
Institut d'économie industrielle
Université de Toulouse

et

Ralph A. Winter
Department d'économique
Université de Toronto

6

Restrictions axées sur l'exclusivité et propriété intellectuelle

INTRODUCTION

L'OBJET DE L'ÉTUDE

L'ÉCHANGE ÉCONOMIQUE DE BIENS PRIVÉS comporte en soi un caractère exclusif. Si un fournisseur vend un produit dont un consommateur a besoin, il empêche d'autres vendeurs de fournir le même produit au même prix. Si l'offre d'un produit vendu est limitée, l'achat du produit par un consommateur empêche d'autres acheteurs de se procurer la même unité. La relation peut même prendre la forme où un fournisseur ne vend qu'à un acheteur et où ce dernier n'achète un produit donné qu'auprès de ce fournisseur.

Les restrictions axées sur l'exclusivité sont des restrictions contractuelles qui s'étendent au delà de l'exclusivité inhérente aux échanges. Dans une entente contractuelle entre un acheteur et un vendeur, ces restrictions peuvent s'appliquer à l'une ou l'autre des parties. L'acheteur peut acquérir les produits ou les droits sur une technologie sous réserve de ne pouvoir les revendre que sur un marché ou dans un pays donné, ou ne pouvoir adopter la technologie que pour des utilisations précises, en échange de quoi il obtient le droit d'être le seul revendeur sur le marché en question. Une restriction d'exclusivité du côté de l'offre empêche le vendeur d'offrir un produit donné à tout autre acheteur. Un contrat d'exclusivité empêche l'acheteur d'acquérir le produit d'un fournisseur concurrent.

Notre étude visa à analyser les restrictions axées sur l'exclusivité dans des contrats portant sur l'échange de droits d'utilisation de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire, des contrats de licence. Les droits de propriété intellectuelle (DPI) échangés dans ces contrats peuvent être négociés légalement et protégés par brevet ou droit d'auteur ou par la législation sur les secrets commerciaux¹. Les

brevets peuvent protéger, pour une période limitée, les droits relatifs à des idées qui répondent aux critères de nouveauté, de non-évidence et d'utilité. Le droit d'auteur protège l'expression d'une idée, mais il n'accorde pas de protection à l'égard de la création indépendante ou l'expression de l'idée par d'autres personnes. Les secrets commerciaux ou le savoir-faire ont trait à des renseignements qui possèdent une valeur en raison de leur caractère confidentiel. La législation sur les secrets commerciaux ne précise pas de durée déterminée. À l'instar de la législation sur le droit d'auteur, elle ne protège pas contre le risque de création indépendante. Voici des exemples familiers des trois types de propriété intellectuelle : un procédé de production ou produit nouveau fait l'objet d'un brevet; l'auteur d'un livre ou d'un logiciel obtient un droit d'auteur; des renseignements relatifs à la fabrication ou à la commercialisation d'un produit sont protégés par la loi sur les secrets commerciaux.

Dans les contrats d'échange de propriété intellectuelle – les contrats de licence –, on peut déterminer quatre grandes formes de restrictions axées sur l'exclusivité.

Octroi d'une licence exclusive – Droit exclusif accordé au détenteur de la licence d'utiliser l'innovation du donneur de licence ou de vendre des produits qui incorporent l'innovation. La restriction s'applique au titulaire du brevet et l'empêche de vendre ce droit à toute autre partie. Un inventeur ou un laboratoire, par exemple, peut conserver la propriété des droits rattachés aux brevets de fabrication d'un nouveau produit, mais vendre une licence exclusive pour les droits de production mondiaux à une entreprise qui possède les éléments d'actif nécessaires pour le fabriquer. Lorsque le marché possible du produit est fragmenté selon les pays ou les régions parce les échanges entre régions sont interdits – soit de façon délibérée, par la concession de territoires exclusifs, soit en raison d'obstacles commerciaux ou de coûts de transport élevés –, le détenteur des DPI a le choix d'accorder une licence exclusive ou non exclusive pour chaque territoire².

Pavel Belogour, étudiant en économie à l'Université Northeastern, a obtenu, au début de 1996, un brevet à l'égard d'un amortisseur de choc pour les patins à roues alignées. En avril 1996, Belogour recevait des demandes de renseignements de plusieurs fabricants et devait choisir entre a) vendre définitivement le brevet, b) accorder une licence exclusive mondiale à une seule entreprise ou c) accorder des licences non exclusives à plusieurs fabricants.

Territoires exclusifs – Par ailleurs, Belogour pouvait accorder des licences distinctes pour la vente des amortisseurs au Canada, aux États-Unis et en Europe. Lorsqu'un marché peut être divisé en territoires, par exemple par pays, chaque territoire peut être attribué de façon exclusive à un seul détenteur de licence. Ces contrats font intervenir non pas une restriction unique mais des restrictions bilatérales ou un échange de droits : le détenteur de licence obtient le droit

exclusif sur son territoire, mais il renonce au droit de vendre ailleurs. Cette restriction possède deux variantes principales : premièrement, une exclusivité sur un territoire ouvert, qui correspond au droit contractuel d'être le seul détenteur de licence implanté sur le territoire, c'est-à-dire le seul détenteur de licence local (sans protection contre la concurrence d'importations en provenance d'autres territoires) et, deuxièmement, une exclusivité complète ou exclusivité sur un territoire fermé, qui comprend les droits exclusifs et complets pour toute utilisation à l'intérieur d'un territoire donné.

Selon les dispositions législatives sur l'épuisement, la vente d'un article renfermant des DPI a pour effet d'annuler le droit d'un détenteur de DPI de restreindre les conditions d'utilisation et de revente (voir l'étude de Anderson et coll. dans le présent ouvrage). Lorsque cette règle s'applique, comme en Europe, il est possible d'accorder une exclusivité pour un territoire ouvert, mais non pour un territoire fermé.

Licences en retour exclusives – Selon cette forme de restriction, le donneur de licence pour une technologie obtient les brevets exclusifs sur toute amélioration apportée à la technologie par le détenteur de licence au moment de l'appliquer ou de l'adapter à de nouveaux usages¹. Les clauses de licences en retour exclusives se distinguent de l'octroi de licences exclusives par le fait qu'elles visent les innovations futures – les améliorations apportées à une technologie qui ne sont pas encore connues au moment de la conclusion du contrat⁴.

Accord d'exclusivité – Un accord d'exclusivité empêche le détenteur de licence d'adopter des technologies de substitution. Il s'agit d'un pendant aux restrictions d'exclusivité s'appliquant à la distribution des produits – hors du contexte de la propriété intellectuelle – selon lesquelles un détaillant ne peut pas vendre des marques concurrentes.

Les restrictions axées sur l'exclusivité se situent à l'extrémité de l'éventail des restrictions qui relient les conditions d'un contrat à celles d'autres ententes conclues par l'une des parties contractantes. Elles empêchent tout simplement la participation à d'autres contrats; par exemple, un accord de licence exclusive peut révoquer tout contrat entre le donneur de licence et un autre détenteur de licence de la propriété intellectuelle. D'autres types de restrictions sont moins radicales mais elles peuvent, dans certains cas, avoir le même effet qu'un contrat exclusif. Un exemple évident est celui d'un contrat en vertu duquel la restriction sous forme d'exclusivité n'est pas une contrainte mais une option, reliée à des conditions d'octroi de licences plus généreuses, que le détenteur de licence a le droit de choisir. Voici une description de certains autres types de contrats entrant dans cette catégorie.

Obligation de vente liée – Il s'agit d'une restriction qui relie le droit d'acheter un produit à l'obligation d'acquérir toutes les unités d'un deuxième produit du même vendeur. En d'autres termes, le vendeur dans un contrat de vente liée obtient le droit exclusif d'offrir le deuxième produit⁵.

Clause du client le plus favorisé – Selon cette clause, un acheteur est assuré d'obtenir le prix le plus bas demandé par le vendeur pendant la durée du contrat. Le prix initial est réduit tenir compte de toutes les réductions de prix offertes par le vendeur à d'autres acheteurs.

Clause de soutien de la concurrence – Il s'agit d'une garantie donnée par le vendeur en vertu de laquelle il offrira à l'acheteur un prix égal à celui demandé par des vendeurs concurrents⁶.

Contrat de redevance sur la production – Ce régime prévoit que le paiement versé par le détenteur de licence au donneur de licence sera fondé sur le nombre total d'unités d'un produit vendues par le détenteur de licence, que ce produit incorpore ou non la technologie ou le produit offert par le donneur de licence⁷. La revente de produits concurrents n'est pas interdite, comme c'est le cas dans le contexte d'un contrat d'exclusivité, mais ils sont implicitement imposés au même taux que celui qui s'applique à l'achat (ou à la vente) du produit couvert par le contrat.

Contrat à tarification non linéaire – Ce genre de contrat comprend des quantités minimales ou des escomptes tels que des redevances progressives. Supposons qu'il est interdit à un vendeur d'établir un contrat qui exclut implicitement ou explicitement des concurrents. Dans certains cas, le vendeur pourrait prévoir la quantité demandée par chacun des acheteurs et exiger par contrat que cette quantité soit acquise⁸. Par ailleurs, si l'on envisage le marché sous un autre angle, l'acheteur d'un bien intermédiaire peut, dans certains cas, écarter les concurrents en achetant toutes les quantités disponibles d'un bien intermédiaire stratégique.

Chacune de ces restrictions remplit divers rôles contractuels dans différents contextes de marché. Dans certains cas, la restriction peut avoir pour effet d'assurer l'exclusivité. Dans le contexte d'un contrat de vente liée, l'exclusivité est explicite. La clause du client le plus favorisé ou celle du soutien de la concurrence peut décourager des concurrents éventuels d'un côté ou de l'autre du marché de s'y implanter et, en ce sens, résulter en une exclusivité de fait. Une redevance sur la production, une fois établie, a pour effet de réduire à zéro le coût pour le détenteur de licence de remplacer, dans sa production, les biens intermédiaires offerts par des concurrents par les produits du donneur de licence. Cette approche réduit l'incitation à acquérir des biens intermédiaires

auprès d'autres fournisseurs et il est même possible que celui qui a imposé les redevances sur la production se retrouve en bout de ligne comme seul fournisseur du produit intermédiaire.

Notre analyse met l'accent sur quatre formes explicites d'exclusivité dans le contexte de contrats de licence (octroi d'une licence exclusive, territoires exclusifs, clauses de licences en retour exclusives et accord d'exclusivité), mais nous considérons les possibilités qui se rattachent à ces restrictions tant sous l'angle d'une mesure d'exclusion que sous celui d'un instrument favorisant l'efficacité.

LE CADRE DE RÉFÉRENCE

Les objectifs

Notre analyse des aspects économiques des restrictions axées sur l'exclusivité vise a) à cerner les conditions, les structures et les aspects stratégiques du marché en vertu desquels les diverses formes d'exclusivité sont employées dans les contrats de licence (aspect positif), b) à déterminer parmi ces utilisations celles qui sont souhaitables et non souhaitables sur le plan collectif (aspect normatif) et c) à décrire les éléments de preuves empiriques qui tendent à séparer les utilisations souhaitables de celles qui ne le sont pas.

Dans l'analyse de la politique de concurrence, l'examen des aspects positifs et normatifs doit être étroitement relié, en ce sens qu'une politique sur la légalité d'une restriction en vertu de certaines conditions de marché doit être compatible avec une théorie justifiant l'utilisation de la restriction. Cette notion est simple, mais elle n'est pas toujours respectée. Par exemple, l'argument selon lequel l'exclusivité territoriale devrait être interdite parce qu'elle a pour effet de réduire la concurrence ou d'entraver le commerce international, et que la concurrence ou le libre-échange représente un but en soi, a exercé une certaine influence sur le traitement législatif de l'exclusivité dans les contrats de licence. La démarche que nous favorisons est celle qui consiste à se demander d'abord pour quelle raison l'exclusivité est employée. S'agit-il d'une stratégie de segmentation du marché par des entreprises concurrentes qui est déguisée sous le couvert d'un arrangement vertical ? Ou s'agit-il de la décision prise par un inventeur de fractionner le droit exclusif et universel que le brevet lui confère en des droits territoriaux exclusifs ? Puis, nous tentons de déterminer les effets sur l'efficacité qui découlent de l'explication. Dans le cas de l'explication de l'exclusivité territoriale à caractère vertical, cela signifie déterminer la compatibilité ou l'opposition possible entre l'intention du titulaire du brevet d'assurer la concurrence entre les détenteurs de licences et le caractère socialement souhaitable de cette concurrence.

Les critères normatifs

Une analyse stratégique ou normative nécessite un ensemble de critères normatifs. Nous retenons le critère classique – l'efficacité économique, ou la somme des bénéfices et du surplus des consommateurs. Il y a trois catégories d'activités ou de marchés pertinents qui peuvent être touchés par la législation sur les restrictions présentes dans les contrats de licence et pour lesquelles les effets sur l'efficacité doivent donc être évalués : les marchés des produits, la diffusion de la technologie par l'octroi de licences (ou l'imitation) et l'innovation.

Un contrat de licence ou un ensemble de contrats peut engendrer des gains d'efficacité, tels qu'une réduction de coûts ou une augmentation de la production sur les marchés des biens. Il représente généralement une diffusion de technologie et peut exercer une influence sur les stimulants à la R-D. L'importance de ces effets doit être comparée à la réduction possible de la production pour chacune de ces trois activités.

L'objectif fondamental de maximisation de l'efficacité économique mérite d'être clarifié sous trois aspects. Premièrement, la législation sur la concurrence devrait envisager comme une contrainte le droit de propriété exclusif que confère un brevet ou toute autre mesure de protection des droits de propriété intellectuelle. Pour utiliser un exemple simple, supposons qu'un brevet accorde à une entreprise les droits exclusifs sur la vente d'un produit mais que d'autres entreprises ont des éléments d'actif qui sont plus complémentaires de la production et de la vente du produit. La décision par le titulaire du brevet d'offrir une licence exclusive n'a pas pour effet de créer un élément additionnel d'exclusivité ou de pouvoir de monopole; l'octroi d'une licence exclusive représente simplement la cession à une autre entreprise du droit exclusif de vendre le produit. Une législation comportant la nécessité d'attribuer une licence obligatoire non exclusive pourrait stimuler la concurrence sur le marché du produit, mais elle irait à l'encontre de la contrainte selon laquelle les droits d'exclusivité rattachés au brevet doivent être respectés.

Pour prendre un exemple plus controversé sur lequel nous reviendrons par la suite, supposons que le brevet confère des droits exclusifs sur le produit dans un marché constitué de deux régions géographiques distinctes, A et B. Supposons en outre que deux sociétés distinctes sont les mieux placées pour fabriquer et vendre le produit dans chacun de ces territoires. Le titulaire du brevet, qui possède le droit de vendre exclusivement le produit dans ces deux régions, pourrait décider de scinder ce droit en deux – le droit de vendre en exclusivité dans la région A et celui de vendre en exclusivité dans la région B – et d'accorder une licence distincte pour chaque région. Le fait de diviser ainsi le droit de propriété intellectuelle n'a pas pour effet de créer un pouvoir de marché supplémentaire au delà de celui conféré par le droit de propriété intellectuelle. Une législation fondée sur le principe de l'épuisement qui interdirait la concession de territoires exclusifs irait à l'encontre de l'obligation de respecter le droit d'exclusivité inhérent au droit de propriété intellectuelle

original. Dans certaines conditions, toutefois, l'interdiction du partage de la distribution en territoires fermés pourrait favoriser une intensification de la concurrence sur le marché du produit, mais au détriment de l'incitation à innover. Le cas échéant, les intérêts d'une communauté économique ou d'un bloc commercial peuvent dicter l'adoption d'une politique hostile à la distribution en territoires fermés, bien que cette politique soit contraire au bien-être général. (Nous analysons ce cas dans la section « Autres restrictions contractuelles ».)

Deuxièmement, la législation sur la concurrence ne devrait pas incorporer la nécessité d'accorder des stimulants supplémentaires à l'innovation au delà de ceux offerts par le régime de droits de propriété intellectuelle. Ainsi, les responsables de la politique de concurrence ne devraient pas accepter, comme argument de défense de la monopolisation d'un marché, l'incitation insuffisante à innover de la législation sur les brevets applicable sur ce marché.

Une conséquence de ces deux raisonnements est que l'incidence des pratiques sur l'incitation à innover intersecte la politique de concurrence de façon asymétrique. D'une part, on considère qu'une forme de licence est anticoncurrentielle si elle a pour effet de supprimer l'incitation à innover. Ainsi, une fusion mettant en cause la majorité des entreprises à coefficient élevé de R-D qui supprimerait la course vers un niveau de technologie supérieur serait jugée anticoncurrentielle. D'autre part, l'incitation à l'innovation qui pourrait résulter d'une concentration et de bénéfices accrus sur le marché d'un produit n'est pas un élément entrant dans le processus d'évaluation de la politique de concurrence. Cet effet positif n'est pas comparé aux coûts d'efficience d'une hausse des prix sur le marché du produit.

En somme, nous supposons a) que la politique de concurrence a pour objet de maximiser le bien-être, en supposant que la législation sur les brevets et d'autres formes de protection juridique des droits de propriété intellectuelle sont les outils indiqués pour engendrer des stimulants à l'innovation en quantité suffisante, et b) que ces stimulants peuvent être obtenus sans la protection supplémentaire qui découlerait d'une tolérance à l'égard de la concentration ou de la monopolisation dans certaines industries en particulier. Il n'est pas du ressort des responsables de la politique de concurrence de se préoccuper du réglage de précision de la protection des droits de propriété intellectuelle offerte par la législation sur les brevets et les instruments connexes.

Dans une optique internationale, l'objectif postulé de maximisation de l'efficience est la somme du bien-être de tous les pays. L'objectif de la politique de concurrence dans chaque pays est manifestement d'améliorer le bien-être des citoyens. L'opposition entre l'efficience à l'échelle nationale et l'efficience à l'échelle internationale se pose dans le contexte de la conception de la politique de concurrence appliquée à l'exclusivité territoriale. Si l'octroi de licences exclusives entre les pays est employé comme instrument de discrimination par les prix pour un produit donné, il n'y a alors généralement pas de gain d'efficience à réaliser en interdisant la pratique. Mais le pays où les prix sont les plus

élevés tirera avantage d'une interdiction de l'exclusivité territoriale complète dans ce cas.

L'exemple suivant évoque la possibilité d'un conflit moins évident. Supposons qu'un pays ou une communauté économique qui possède une législation commune sur la concurrence interdit l'exclusivité sur un territoire fermé à l'intérieur de ses frontières. Dans certaines circonstances, cette situation peut intensifier la concurrence sur les marchés des produits à l'intérieur de la communauté et cet effet sera alors fonction du niveau d'innovation et du rythme auquel de nouveaux produits sont lancés. Cette intensification de la concurrence se fait au détriment d'un affaiblissement du caractère exclusif conféré par les DPI, comme nous l'avons indiqué plus haut, contribuant ainsi à réduire les stimulants à l'innovation. Mais, comme la communauté économique ou le pays ne possède qu'une fraction du marché mondial, il n'absorbera qu'une part des coûts imputables à la baisse des activités d'innovation. La politique de concurrence optimale dans l'optique des intérêts de la communauté économique ou du pays peut être différente de celle qui assure l'optimum sur le plan mondial.

ASPECTS ÉCONOMIQUES DES RESTRICTIONS AXÉES SUR L'EXCLUSIVITÉ

PRINCIPE GÉNÉRAL : COMPARAISON DES EFFETS VERTICAUX ET HORIZONTAUX D'UNE RESTRICTION

AVANT D'EXAMINER LES ÉLÉMENTS D'INCITATION à caractère privé et social des diverses formes d'exclusivité, nous établissons un principe général qui servira de fondement commun à notre évaluation de toute restriction. Il s'agit de la distinction entre les effets horizontaux et les effets verticaux des restrictions contractuelles. Les contrats qui visent à coordonner les activités entre des concurrents au même niveau dans un marché, dans le sens d'une réduction de la concurrence entre eux, ont une incidence horizontale. Ainsi, les contrats qui facilitent la fixation des prix ont des effets horizontaux sur les marchés des produits. Les contrats qui prévoient la mise en commun de droits exclusifs de licence entre des entreprises dominantes peuvent interdire l'accès au marché à d'autres sociétés, ce qui constitue un autre effet horizontal.

Par contre, la coordination des stimulants d'un détenteur de licence en aval avec les intérêts d'un producteur ou d'un donneur de licence en amont constitue un effet vertical. La stricte catégorisation des contrats en ententes horizontales ou verticales est en fait simpliste, mais les accords ont tendance à être dominés par des effets et des motifs à caractère horizontal ou vertical.

À l'extérieur du contexte de la propriété intellectuelle, les effets horizontaux des contrats sont normalement assimilés à des phénomènes de collusion et de coopération entre des concurrents sur le marché des produits ou à des obstacles à l'accès au marché des produits. Dans le domaine de la propriété

intellectuelle, les effets horizontaux peuvent être mesurés entre les trois marchés ou activités : le marché du produit sur lequel un bien qui utilise une technologie est vendu; le marché pour les droits d'utilisation d'une innovation technologique, c'est-à-dire, la diffusion de la technologie; et, enfin, l'innovation ou la R-D menant à la découverte de technologies et de produits nouveaux.

Ainsi, supposons que des entreprises qui possèdent la plupart ou la totalité des éléments d'actif propres à une innovation dans une catégorie de produits ou de procédés décident de mettre en commun leurs brevets, de les céder à une société de propriété commune et de signer des contrats de licence exclusifs avec la société pour l'utilisation de l'innovation. (En d'autres termes, les contrats de licence excluent les entreprises à l'extérieur du cartel.) Ce type d'arrangement aurait des effets horizontaux sur la diffusion de la technologie puisque l'utilisation de la technologie serait limitée aux entreprises membres du cartel. De plus, si les entreprises ratifiaient des clauses de licences en retour exclusives par lesquelles elles conviennent de céder les droits sur toute amélioration ou sur toute technologie connexe à la coentreprise, les stimulants à l'innovation seraient influencés par la propriété commune de toute technologie nouvelle – un effet horizontal sur le plan de l'innovation⁹. Il se produirait des effets horizontaux sur le marché des produits si la technologie de production des biens n'avait aucun substitut immédiat et que les produits n'avaient qu'un nombre limité de substituts immédiats.

Le principe qui devrait guider l'évaluation des restrictions contractuelles dans le domaine de la propriété intellectuelle, comme dans celui des marchés de produits conventionnels, est que les restrictions motivées par des effets horizontaux sont généralement non efficaces, tandis que les contrats ayant des effets verticaux – par exemple, ceux visant à coordonner les stimulants du donneur de licence et des détenteurs de licence – ont tendance à être efficaces. Les ententes qui réduisent la concurrence sur le marché des produits se traduiront par des prix plus élevés qui s'éloignent des coûts marginaux. Il y a donc perte de bénéfices et de surplus des consommateurs – un élément d'inefficacité.

Les effets horizontaux sur le plan de la diffusion et sur le marché des produits se traduisent par des coûts et des prix plus élevés sur le marché du bien final et peut-être aussi par une qualité inférieure. Les contrats ayant des effets horizontaux sur la diffusion de la technologie sont surtout ceux qui empêchent certaines entreprises d'utiliser la technologie brevetée. Les éléments d'inefficacité en cause comprennent le coût plus élevé que les entreprises exclues doivent payer et les effets de la concurrence réduite sur le marché des produits.

L'incidence de la concentration accrue sur l'innovation est, en théorie, plus ambiguë que l'impact sur les deux autres activités. Supposons que la concentration augmente par suite de la fusion de deux concurrents dans ce secteur. La fusion aura deux effets majeurs sur l'incitation à innover. Premièrement, avant la fusion, une externalité horizontale entre les deux entreprises influe sur le niveau d'activité innovatrice : une augmentation par l'une ou l'autre entreprise a pour effet de réduire les bénéfices attendus de l'autre entreprise en

diminuant ses chances d'obtenir la technologie de pointe. À cause de cette externalité, le niveau d'innovation concurrentiel des duopoleurs est supérieur à celui qui permettrait de maximiser les bénéfices communs. L'internalisation de cette externalité concurrentielle dans le cadre de la fusion signifie que les activités d'innovation devraient diminuer par la suite¹⁰.

Selon le deuxième effet, qui neutralise le premier, lorsque l'un des duopoleurs découvre une nouvelle technologie, il récoltera la totalité des bénéfices qui s'y rattachent si la société concurrente peut imiter la nouvelle technologie en mettant au point une invention connexe ou si elle retire des avantages sur le plan technologique du développement de la génération suivante de produits ou de procédés. L'internalisation de cet effet signifie qu'en situation de monopole, le niveau d'activité innovatrice a tendance à être plus élevé. Un effet positif du monopole sur l'activité de R-D découle aussi du fait que les bénéfices monopolistiques engendrent des ressources d'autofinancement plus élevées et, pour la R-D, les capitaux internes sont une source de financement moins coûteuse que les capitaux externes. Ces sources d'externalités positives sur le plan de l'innovation pour les deux entreprises se traduisent généralement par un niveau d'innovation plus élevé après la fusion. Mais dans l'ensemble, la théorie économique n'est pas en mesure d'offrir une prédiction définitive sur l'effet net.

Les travaux empiriques sur l'incidence de la concentration des activités de R-D n'ont pas permis de tirer des conclusions non ambiguës, comme Gilbert et Sunshine (1995a) l'ont constaté. Mais on trouve un certain fondement empirique à l'argument selon lequel la concurrence stimule l'innovation. Scherer (1984) a observé qu'à des niveaux élevés de concentration, il y a une corrélation négative entre la concentration et les dépenses de R-D, bien que Levin et coll. (1985) aient conclu que des différences entre les industries peuvent expliquer une partie ou la totalité des résultats obtenus par Scherer. En s'appuyant un grand nombre d'études de cas, Porter (1990) a affirmé qu'un contexte concurrentiel exerçait un effet positif important sur l'innovation.

Rapp (1995) a fait valoir que l'absence de base théorique et empirique à l'argument selon lequel la concentration contribue à réduire les activités de R-D signifie que la menace d'une concentration accrue sur le « marché de l'innovation » ne devrait pas représenter un élément majeur pour l'application de la politique de concurrence. Selon la réponse convaincante de Gilbert et Sunshine (1995, p. 82), l'analyse du marché de l'innovation est un outil utile pour atteindre certaines transactions anticurrentielles qui ne peuvent l'être à l'aide d'outils traditionnels. L'importance de la concentration accrue de l'activité innovatrice dans les poursuites antitrust dépend des faits particuliers de la cause.

L'interdiction d'une catégorie de restrictions dans des contrats de licence fondés uniquement sur des considérations d'efficacité ou à caractère vertical se traduit par une perte de surplus. Les coûts de diffusion de la technologie par voie de licences sont plus élevés. Les entreprises réagissent alors en accordant un nombre moins élevé de licences et il en résulte non seulement des coûts plus

élevés mais aussi une diffusion moindre de la technologie. Les rendements moindres provenant des licences réduisent à leur tour l'incitation à obtenir des brevets. Au lieu de déposer des demandes de brevets, les entreprises auront tendance à garder le secret sur les nouvelles découvertes et à réduire leurs dépenses de R-D.

La diminution de la concurrence aura peut-être des effets plus prononcés sur la diffusion et l'innovation que sur les marchés des produits. Une concurrence moins intense sur les marchés des produits se traduit par des prix plus élevés, mais les prix plus élevés représentent en bonne partie un transfert des acheteurs vers les vendeurs; l'incidence sur le bien-être de prix élevés attribuables à une concurrence moins intense est avant tout un effet de second ordre. Les coûts plus élevés et les produits de qualité inférieure résultant d'une suppression de la concurrence sur le plan de la diffusion ou de l'innovation n'équivalent pas à un transfert mais à une perte d'efficacité sur chaque unité de produit vendue sur le marché. Dans les industries où les licences d'exploitation de brevets sont un élément d'importance capitale, le rythme d'innovation est un indicateur du bien-être de la société beaucoup plus déterminant que les prix.

OCTROI D'UNE LICENCE EXCLUSIVE

UNE LICENCE EXCLUSIVE EST L'ATTRIBUTION À UNE SEULE ENTITÉ des droits exclusifs d'utiliser une technologie pour une période de temps donnée par le propriétaire de la technologie. Cette formule se distingue de la vente définitive d'un brevet puisque le donneur de licence conserve les droits de propriété – les droits sur le brevet pour la période qui va de la date d'échéance du contrat de licence à la date d'échéance du brevet. Nous établissons une distinction entre l'octroi d'une licence exclusive et l'exclusivité territoriale, que nous examinons plus loin; une « licence exclusive » est accordée lorsqu'il n'y a qu'un seul marché définissable pour le brevet ou encore lorsqu'il y a plusieurs marchés distincts et qu'ils sont séparés les uns des autres par des barrières commerciales complètes. Le détenteur des DPI n'est donc pas en mesure de diviser (davantage) le marché en territoires, mais il doit déterminer s'il émettra une licence exclusive pour chaque marché.

Considérons donc le cas d'un donneur de licence dont l'innovation pourra être utilisée sur un seul marché. Pourquoi choisirait-il d'attribuer une licence exclusivement à une entreprise ? Le donneur de licence choisira cette formule lorsqu'elle est préférable aux solutions suivantes : a) production et vente directes du produit qui incorpore l'innovation au lieu d'accorder une licence à une autre partie, b) vente définitive du brevet et c) octroi de licences non exclusives. Nous évaluons d'abord ce choix lorsqu'il est motivé par l'efficacité contractuelle ou des stimulants verticaux.

Incitation verticale

Licence exclusive par opposition à la production directe

Le choix d'accorder une licence exclusive au lieu de mettre au point l'innovation et de fabriquer un produit final à l'interne équivaut à un choix de type *coasian* entre une transaction sur le marché et une intégration verticale. Si l'innovateur ne possède pas les éléments d'actif complémentaires à la production de la propriété intellectuelle, il est généralement plus efficace d'accorder une licence sur les droits de propriété intellectuelle à un intervenant qui les possède. La copropriété des droits d'utilisation des éléments d'actif complémentaires est essentielle pour assurer l'efficacité de la production. L'achat ou la location par l'innovateur des éléments d'actif complémentaires est une option qui permettrait de détenir ces éléments d'actif en copropriété, mais elle est facilement rejetée parce que non efficace dans de nombreux cas¹¹.

Licence exclusive par opposition à vente de brevet

Pourquoi l'innovateur ne vendrait-il tout simplement pas le brevet à l'utilisateur de l'innovation, au lieu d'accorder une licence pour les droits exclusifs d'utiliser l'idée brevetée ? La vente d'un brevet a pour effet de transférer tous les droits de propriété intellectuelle; une licence exclusive se distingue d'une vente définitive par le fait que l'innovateur conserve les droits de propriété sur le brevet une fois que la période du contrat de licence est terminée. Un contrat de redevance permet à l'innovateur de conserver le droit de toucher une fraction des bénéfices résultant de l'utilisation de la propriété. La vente définitive est en fait une solution répandue. Mais l'octroi d'une licence exclusive est un choix qui est préféré à la vente du brevet dans certains cas et ce, pour deux raisons. Premièrement, les marchés des éléments d'actif en général et ceux de la propriété intellectuelle en particulier font l'objet d'asymétries d'information concernant la valeur des éléments d'actif. Le propriétaire d'une innovation possède généralement plus de données sur la valeur future de l'innovation que l'acheteur éventuel des droits d'utilisation de l'innovation. Sur les marchés où les vendeurs (détenteurs actuels) sont mieux renseignés que les acheteurs (détenteurs éventuels) sur la valeur des éléments d'actif, les contrats conclus sur le marché laissent les vendeurs avec une certaine créance résiduelle sur les bénéfices réalisés par les acheteurs ou sur la valeur de l'élément d'actif (Gallini et Wright, 1990)¹². La créance résiduelle sur la propriété intellectuelle est retenue par l'intermédiaire d'une redevance sur les bénéfices, les recettes ou le chiffre d'affaires des vendeurs, ainsi que des droits de propriété résiduels. Les contrats qui laissent une certaine fraction des rendements aux vendeurs sont conclus dans un contexte d'asymétrie d'information, parce qu'ils signalent la valeur de l'élément d'actif : le vendeur d'un élément d'actif de haute qualité est

plus enclin à conclure des contrats de redevances (c'est-à-dire qu'il est plus disposé à accorder une baisse plus marquée des droits de licence fixes en échange d'une redevance) parce qu'il prévoit un niveau élevé de recettes sous forme de redevances.

Deuxièmement, l'innovateur conserverait des droits de propriété en raison d'un effet d'incitation. L'innovateur peut détenir ou espérer posséder certains éléments d'actif qui pourraient être complémentaires à l'innovation dans le contexte de certaines applications futures. Un innovateur qui s'apprête à découvrir des technologies connexes préférera peut-être en conserver la propriété afin de concéder des licences sur l'ensemble des technologies. Le fait de conserver des droits de propriété pourrait favoriser un processus d'innovation plus efficace dans les technologies connexes (au sens d'une maximisation des bénéfices de l'innovateur et du détenteur de licence) puisque les nouvelles inventions auraient une incidence sur la valeur de l'innovation existante.

Licence exclusive par opposition à licence non exclusive

Parmi les options énumérées, la comparaison la plus importante est celle faite entre licences exclusives et non exclusives. Lorsqu'un innovateur décide d'accorder une licence, pourquoi ajouterait-il une restriction axée sur l'exclusivité ?

Selon un argument qui explique plusieurs aspects des contrats de licence, l'exclusivité est nécessaire pour protéger de l'extorsion les rendements sur les investissements spécifiques faits par le détenteur de licence. Les investissements spécifiques sont les dépenses faites par le détenteur de licence pour des éléments d'actif dont la valeur est directement liée à l'utilisation de l'innovation¹³. L'extorsion peut provenir de l'arrivée d'un deuxième détenteur de licence qui a obtenu ultérieurement un contrat de licence ou de l'entrée en scène de l'innovateur lui-même qui décide d'exploiter son invention, une fois que le premier détenteur de licence a engagé son investissement spécifique. À moins que le rendement sur l'investissement du détenteur de licence initial ne soit protégé par une clause d'exclusivité, l'incitation à investir sera réduite ou supprimée. L'investissement sera faussé par une externalité positive ou parce que les bénéfices sur l'investissement supplémentaire seront recueillis par le deuxième arrivant. L'investissement dans le réseau de distribution, la publicité et la qualité nécessaire pour établir l'appellation commerciale d'un produit sera compromis si l'investisseur-détenteur de licence qui doit engager les dépenses en capital ne touche qu'une fraction des bénéfices. (L'externalité positive sera captée par le titulaire du brevet, qui peut vendre le droit d'accès à un marché rentable.) Des restrictions sous forme d'exclusivité inscrites dans les contrats de licence peuvent représenter une garantie contractuelle efficace contre l'extorsion.

Même si l'exclusivité s'explique par la nécessité d'assurer une protection contre l'extorsion, elle contribue aussi à améliorer l'efficacité sur le marché des produits, compte tenu de la portée de l'innovation. Sans exclusivité, la mise au

point du produit pourrait ne pas se faire et, à tout le moins, les dépenses d'investissement dans des éléments d'actif propres au produit, tels qu'un réseau de distribution et l'appellation commerciale du produit, pourraient être moindres.

Cette prédiction ne tient toutefois pas si la situation suivante explique l'exclusivité. Supposons qu'aucun investissement supplémentaire dans des éléments d'actif propres au produit ne soit nécessaire au delà de ceux que possèdent déjà les détenteurs de licence éventuels (ce qui permet d'écarter l'explication de l'exclusivité axée sur la protection contre l'extorsion). Si les deux détenteurs de licence devaient se concurrencer sur ce marché, les produits offerts seraient très semblables et la concurrence serait donc très intense, mais un seul détenteur de licence serait en mesure d'encaisser des bénéfices monopolistiques. Enfin, et ce qui est primordial, supposons que le titulaire du brevet doit percevoir son dû sous forme de droits fixes et non de redevances.

Dans ce cas, la vente d'une licence exclusive permettrait d'obtenir des recettes égales aux bénéfices de monopole, tandis que la vente de deux licences non exclusives pourrait engendrer des recettes égales aux bénéfices de duopole. Étant donné la différenciation très faible du produit entre les détenteurs de licences, les recettes monopolistiques seraient plus élevées et la restriction sous forme d'exclusivité serait donc profitable.

Ce scénario suppose qu'il n'est pas possible de percevoir des redevances variables. Si une redevance linéaire doit être perçue, en théorie, elle pourrait être établie à un niveau suffisamment élevé, augmentant ainsi le coût marginal de chacun des détenteurs de licences, afin d'obtenir le prix qui permettrait de maximiser les bénéfices de tous les participants. Des droits fixes pourraient ensuite être employés pour répartir ce bénéfice collectif. Mais nous avons assez d'éléments pour démontrer qu'il y a certains coûts ou désavantages sur le plan de l'efficacité à utiliser des taux de redevances variables. Il y a trois désavantages possibles associés à la formule des redevances. Le premier est le coût appréciable que comporte le contrôle de la production (ou de l'utilisation du bien intermédiaire breveté) par les détenteurs de licences; le deuxième désavantage est la « distorsion attribuable aux proportions variables », c'est-à-dire que toute tentative visant à taxer la quantité de biens intermédiaires utilisée par les détenteurs de licences incitera ces derniers à utiliser de façon non efficace d'autres biens intermédiaires comme substituts¹⁴; enfin, le troisième inconvénient est que si le titulaire du brevet conserve une créance résiduelle, le détenteur de licence aurait une incitation moins grande à investir dans des éléments d'actif propres au produit ou dans l'effort de vente. Tous ces facteurs jouent au détriment de l'utilisation du taux de redevance comme moyen de contrer l'effet d'une concurrence excessive entre les détenteurs de licence. L'exclusivité serait donc un instrument supérieur.

Selon cette théorie, l'efficacité sur le marché du produit serait favorisée par une interdiction du recours à l'exclusivité si le deuxième choix du titulaire du brevet était l'octroi d'une licence non exclusive. Mais ce scénario violerait la règle selon laquelle la législation sur la concurrence doit respecter les droits

conférés par les lois sur la propriété intellectuelle. Le titulaire du brevet possède le droit d'utilisation exclusive de sa propriété intellectuelle; une licence exclusive ne fait que transmettre ce droit à un intervenant qui possède un avantage comparatif à l'utiliser.

Lorsque le choix d'accorder une licence exclusive est retenu pour de tels motifs verticaux ou contractuels, cette option devient alors efficiente sur le plan social puisqu'elle facilite l'affectation d'un élément d'actif à l'utilisation qui comporte la valeur la plus élevée (c'est-à-dire, la valeur la plus élevée sur le plan privé et, en l'absence d'autres distorsions économiques, la valeur la plus élevée sur le plan collectif). Lorsque les restrictions axées sur l'exclusivité sont interdites, la diffusion de l'innovation est alors entravée si l'innovateur est ainsi dissuadé d'accorder une licence pour son invention. Lorsque l'interdiction de l'exclusivité a pour effet de dissuader le détenteur de licence de faire un investissement spécifique ou que l'innovateur se voit forcé d'accepter l'option non efficiente d'une intégration verticale, l'affectation des ressources sur le marché des produits sera non efficiente. Le droit légal exclusif qui se rattache à la propriété intellectuelle est accordé à l'innovateur par l'intermédiaire d'un brevet ou d'une autre forme de protection de la propriété intellectuelle. L'octroi d'une licence exclusive équivaut à la transmission de ce droit à une autre partie qui lui attache une valeur plus élevée parce qu'elle détient des éléments d'actif qui lui sont complémentaires.

Incitation horizontale

Des restrictions axées sur l'exclusivité peuvent faire partie d'un plan horizontal non efficient. Dans le cas le plus simple, le donneur et le détenteur de licence se font concurrence sur le même marché de produits. La vente d'une licence exclusive pour un produit qui est un proche substitut du produit du détenteur de licence peut représenter tout simplement la vente de droits à un monopole sur un marché de produit. Des duopoleurs peuvent toujours s'entendre sur un contrat mutuellement profitable où l'un des deux vend à l'autre les droits exclusifs au marché. Il en est ainsi parce que les bénéfices monopolistiques dépassent la somme des bénéfices en situation de duopole lorsque les produits sont de proches substituts. De même, les duopoleurs ou des oligopoleurs peuvent accorder des droits de licences exclusives à une tierce partie et lui permettre ainsi d'approvisionner le marché, de sorte qu'une situation de monopole existera sur ce marché. Lorsque les gains résultant de la cession des droits exclusifs sur une technologie peuvent être assimilés à la vente de droits en vue de monopoliser un marché, la restriction est non efficiente.

L'exclusivité est aussi un élément crucial des regroupements de brevets, qui représentent des ententes horizontales visant à partager les droits d'exploitation d'innovations futures. Nous n'abordons pas les regroupements de brevets dans notre étude, mais nous examinerons brièvement plus loin leur contrepartie verticale – les clauses de licences au retour.

TERRITOIRES EXCLUSIFS

LES RESTRICTIONS AXÉES SUR L'EXCLUSIVITÉ TERRITORIALE dans les contrats de licence peuvent revêtir deux formes. Les restrictions relatives à un territoire ouvert prévoient que le détenteur de licence sera la seule entreprise à détenir une licence à l'intérieur d'un territoire donné. Elles n'accordent pas de protection contre la concurrence de détenteurs de licences établis à l'extérieur du territoire. Dans le contexte de licences à l'échelle internationale, par exemple, une restriction relative à un territoire ouvert représente une garantie qu'aucune entreprise locale n'obtiendra de licence; elle ne protège pas contre les importations en provenance d'autres détenteurs de licences. Les restrictions relatives à un territoire fermé ou complet permettent au détenteur de licence d'obtenir le droit exclusif complet de desservir les clients sur le territoire en cause.

Une politique ou une doctrine juridique qui permet l'exclusivité sur un territoire ouvert mais interdit l'exclusivité sur un territoire fermé fait intervenir le principe de l'épuisement. Ce principe prévoit le retrait des droits des détenteurs de DPI de contrôler les importations parallèles de versions légitimement fabriquées à l'étranger de leurs produits (Anderson et coll., 1990). À l'heure actuelle, la doctrine ne s'applique pas au mouvement des biens à l'extérieur de la plupart des frontières, mais elle s'applique à l'intérieur de la Communauté européenne et aux échanges intérieurs aux États-Unis. (Pour une analyse approfondie du principe de l'épuisement, voir l'étude de Anderson et coll. dans le présent ouvrage.)

Le détenteur d'un brevet possède le droit exclusif de vendre un produit ou d'utiliser un procédé dans chacun des pays où le brevet est valide. La segmentation de son marché en territoires exclusifs n'a pas pour effet de créer de nouveaux droits d'exclusivité ou un pouvoir de monopole nouveau, il ne fait que diviser le droit existant. Il serait donc erroné de promouvoir l'interdiction de restrictions territoriales en faisant tout simplement valoir que, de par leur nature, elles entravent la concurrence. Nous devons considérer les stimulants privés qui peuvent motiver des restrictions territoriales et déterminer celles qui sont compatibles avec l'efficacité sociale.

Incitation verticale à imposer des restrictions relatives à un territoire fermé

Nous analysons ci-dessous les stimulants favorisant les restrictions axées sur un territoire fermé et le bien-fondé (ou même les avantages) de l'exclusivité axées sur un territoire ouvert. Plusieurs éléments d'incitation peuvent jouer en faveur de la plus rigoureuse des deux formes de restrictions axées sur l'exclusivité territoriale, c'est-à-dire, la distribution en fonction de territoires fermés.

1. Protection contre l'extorsion – Lorsqu'un détenteur de licence doit engager des investissements importants dans des éléments d'actif spécifiques, par exemple pour établir la réputation d'un produit par des campagnes de publicité et un service de haute qualité, des restrictions axées sur l'exclusivité peuvent être nécessaires pour faire en sorte que les détenteurs de licences touchent le plein rendement sur leur investissement. Il peut alors y avoir une exploitation opportuniste ou des externalités positives non seulement en raison de l'arrivée d'un nouveau détenteur de licence dans le pays ou le territoire où le détenteur initial de licence est déjà installé, mais aussi à cause des importations provenant d'autres pays.

L'externalité positive peut avoir un caractère de réciprocité. Dans un marché hypothétique comprenant deux pays de taille égale, par exemple, si chaque détenteur de licence exporte dans le pays de l'autre détenteur de licence, les dépenses consacrées à des postes comme la publicité locale et la qualité du service auront pour effet d'intensifier la demande et les exportations de l'autre détenteur de licence. Cette réciprocité ne compensera toutefois pas l'inefficience attribuable à l'externalité : chaque détenteur de licence sous-investira dans la promotion du produit parce qu'il ne sera pas en mesure d'obtenir le rendement complet sur ses investissements. Des territoires fermés permettent d'éviter cette externalité. Pour protéger le rendement sur les investissements spécifiques, il peut être suffisant d'offrir l'exclusivité sur le marché local. Toutefois, si les barrières commerciales intrinsèques (comme les coûts de transport, qui représentent des obstacles commerciaux à l'échelle de l'économie) sont peu élevées, l'avantage d'avoir pignon sur rue dans le marché à desservir plutôt que de l'approvisionner de l'étranger ne sera pas suffisant.

2. Un stimulant simple en faveur du fractionnement d'un marché en aval au moyen de restrictions exclusives provient du fait que, dans une économie mondiale où les barrières commerciales sont peu élevées, la concurrence entre les détenteurs de licences peut réduire les bénéfices que ces derniers peuvent tirer de l'innovation et, par conséquent, les droits que le détenteur des DPI peut percevoir sur les licences accordées. Cette explication va de pair avec la deuxième que nous avons donnée pour justifier l'octroi d'une licence exclusive de préférence à des licences non exclusives – lorsque le titulaire du brevet fait face à des coûts de transaction particuliers du fait qu'il opte pour des redevances variables pour recueillir la rente.

Supposons que les détenteurs de licences n'aient pas à faire des investissements spécifiques (en vue d'écartier l'élément d'incitation 1), que les contrats de licence ne peuvent être vendus qu'en échange de droits fixes et que la perception de redevances est impossible à cause des coûts de contrôle des volumes ou des recettes en aval. Dans ce cas,

un donneur de licence qui vend des droits à un seul détenteur de licence dans chacun des deux pays peut a) vendre à chacun le droit d'être un duopoleur (différencié) sur le marché international par l'intermédiaire de contrats de licence sans exclusivité complète ou b) vendre à chacun le droit d'être un monopoleur pour la moitié du marché international. Les bénéfices de monopole sur un marché (ou la somme des bénéfices de monopole sur deux moitiés d'un marché) dépassent habituellement la somme des bénéfices de duopole, ce qui signifie que l'exclusivité est l'option la plus rentable.

3. Il peut s'avérer nécessaire de procéder à une division verticale du territoire afin d'éliminer les distorsions au niveau des éléments d'incitation entre les détenteurs de licences en ce qui concerne la détermination de la qualité du produit, du prix, du service après vente et de la différenciation du produit sous d'autres formes découlant d'une concurrence entre les détenteurs de licences. Si la seule décision que les détenteurs de licences devaient prendre était celle d'établir le prix et de déterminer s'il est possible de percevoir des redevances variables, le régime de redevances variables pourrait être employé pour neutraliser l'incidence négative des faibles prix sur les bénéfices¹⁵. Toutefois, les détenteurs de licences ne font pas que fixer les prix. Ainsi, ils consacrent des ressources au développement des marchés locaux et aux services qui se rattachent aux produits. Comme les études économiques sur les contrats de distribution de produits l'indiquent, des contraintes verticales sont nécessaires dans ce cas pour maximiser les bénéfices (voir Rey et Tirole, 1986; Mathewson et Winter, 1986). Un régime de redevances variables n'est presque jamais suffisant pour que les prix établis et d'autres décisions prises en aval permettent de maximiser les bénéfices collectifs. Dans ce cas, les distorsions dans les décisions en aval sont causées par les différences entre la combinaison d'instruments (comme les prix et la qualité du produit) les plus efficaces pour promouvoir la concurrence au niveau du produit et la combinaison la plus efficace pour favoriser la concurrence entre les détenteurs de licences qui vendent le même produit. Les restrictions territoriales à caractère vertical peuvent apparaître comme un instrument capable de corriger les distorsions au niveau de l'incitation parmi les donneurs et les détenteurs de licences en attribuant simplement la propriété complète d'un segment du marché à chaque détenteur de licence.
4. Discrimination par les prix – Si les élasticités de la demande d'un produit dans deux pays ou régions sont très différentes, les bénéfices globaux engendés par le régime de licences seront maximisés si les deux pays peuvent être traités comme des entités distinctes et que l'on peut y établir des prix différents. Les bénéfices globaux seront maximisés en établissant un prix plus élevé sur le marché où la demande est plus

inélastique. Cet élément d'incitation est peut-être plus important pour les restrictions figurant dans les contrats de licence quant au champ d'exploitation d'une innovation (lesquelles accordent généralement au détenteur de licence les droits exclusifs pour ce champ dans un territoire donné).

Incitation horizontale à imposer des restrictions relatives à un territoire fermé

1. L'incitation horizontale la plus simple en faveur de restrictions territoriales exclusives dans un contrat de licence est l'entente « fictive ». Supposons qu'un groupe d'entreprises concurrentes peuvent signer un contrat avec le titulaire d'un brevet dont la valeur technique est négligeable dans la fabrication du produit vendu. Si le contrat prévoit une exclusivité territoriale, il aura une grande valeur pour les entreprises puisqu'elles pourront se répartir le marché.
2. Un élément d'incitation moins évident à diviser un territoire entre des détenteurs de licences est la réduction de la concurrence entre deux produits fabriqués sous licence – un effet horizontal en amont du processus de production. Rey et Stiglitz (1995) ont démontré, dans le contexte de la distribution, que l'attribution de territoires exclusifs peut réduire la concurrence entre des marques de produits en modifiant la perception de la courbe de demande propre à chaque producteur. La diminution de l'élasticité de la demande entraîne une augmentation du prix d'équilibre et des bénéfices des producteurs. Il est logique pour les producteurs individuels d'utiliser des territoires exclusifs dans leur modèle s'ils peuvent s'engager à ne pas renégocier secrètement des barèmes de paiement aux distributeurs (barèmes de redevances dans le contexte de l'octroi de licences). L'effet de double majoration sur les prix de détail, qui entraîne une baisse des bénéfices globaux dans un réseau de distribution individuel considéré de façon isolée, a pour effet de hausser les bénéfices dans le contexte d'un jeu stratégique entre les producteurs lorsqu'ils peuvent conclure ouvertement des régimes de paiements avec des agents en aval avant de se livrer concurrence au niveau des prix. En fait, les restrictions territoriales verticales permettent à chaque fabricant de s'engager à poursuivre une stratégie de concurrence moins agressive (« fonction de réaction ») au niveau des prix.
3. Un autre stimulant horizontal possible à la répartition du territoire, encore une fois au niveau de la concurrence entre produits ou de la concurrence entre différents produits fabriqués sous licence, découle du fait que la division du marché pour chaque produit peut faciliter la collusion. Supposons que deux donneurs de licences tentent de

s'entendre sur les prix. Il peut être difficile, voire impossible, de s'entendre sur les taux de redevances demandés dans des contrats de licence parce que ces contrats sont peu fréquents, renferment des dispositions particulières et sont négociés de façon bilatérale¹⁶. Les prix finals établis par les détenteurs de licences peuvent donc être le point de mire de l'entente collusoire. Ce genre d'entente est plus facile à contrôler si les détenteurs de licences vendent leurs produits dans un seul territoire au lieu de rivaliser sur différents territoires, notamment à l'échelle internationale, étant donné que les coûts d'exportation à l'étranger des détenteurs de licences varient en fonction des taux de change. L'influence sur les prix finals des fluctuations des taux de change et les importations parallèles peuvent compromettre les efforts de coordination des prix demandés dans chaque pays, en l'absence d'un mécanisme facilitant les restrictions territoriales.

Incitation à choisir des restrictions axées sur un territoire fermé de préférence à des restrictions axées sur un territoire ouvert

Un titulaire de brevet choisirait-il des territoires ouverts de préférence à des territoires fermés ? Si l'on étend la portée de l'argument de Fargeix et Perloff (1989), un avantage privé se rattache aux territoires ouverts. Fargeix et Perloff ont envisagé la situation d'un fabricant qui vend son produit dans deux pays par l'intermédiaire d'un distributeur dans chaque pays et ils en concluent que le problème familier de la double majoration peut inciter les deux distributeurs à demander un prix supérieur au prix efficient sur le plan privé. Il s'agit d'un problème d'externalité verticale : en établissant le prix, le distributeur ne considère pas les bénéfices réalisés en amont par suite de la majoration au niveau du gros. L'existence de marchés gris ou d'une concurrence entre les deux distributeurs sur chacun des marchés peut contribuer à atténuer ou à résoudre le problème : si l'avantage de l'entreprise locale en ce qui a trait au coût sur le marché local est de t dollars par unité du produit vendue, le prix que l'un ou l'autre distributeur peut demander localement ne peut pas dépasser le coût de production plus t . Tout prix supérieur pourrait être battu par un prix moindre demandé par l'entreprise étrangère. La contrainte sur les prix en aval peut contribuer à augmenter le bénéfice total de tous les participants dans le réseau de distribution en faisant échec au problème de la double majoration. Cet argument nécessite que les contrats de licence comportent un barème de redevances, et non uniquement un droit fixe. (Un contrat de redevance est assujéti à des externalités verticales, étant donné que les détenteurs de licences en aval ne tiennent pas compte des redevances en amont versées au donneur de licence.) En conséquence, le prix du produit ou de tout autre produit intégrant l'innovation est trop élevé. Pour des contrats de licence assortis de redevances variables, l'ex-

clusivité sur un territoire ouvert est peut-être préférable à celle associée à un territoire fermé.

Conséquences sur le plan des politiques

Une politique permettant l'exclusivité sur un territoire ouvert ne soulève pas de controverse. Par conséquent, nous examinons l'opportunité d'autoriser la distribution sur un territoire fermé et, sur le plan international, le caractère approprié d'une politique d'épuisement. Si les droits d'un donneur de licence de contrôler la production et la distribution d'un produit cessent au moment de la vente du produit, il est impossible d'exercer un contrôle sur les importations parallèles, ce qui signifie que la distribution sur un territoire fermé est interdite.

Manifestement, lorsque le recours à des restrictions sous forme d'exclusivité territoriale est motivée par l'un des trois éléments d'incitation horizontale, le niveau de bien-être est plus élevé si ces restrictions sont interdites. Mais dans ce cas, une politique de non intervention ne peut se justifier. Les brevets ne peuvent servir à supprimer la concurrence entre différents produits brevetés. L'élément d'inefficience attribuable aux restrictions territoriales est des plus manifeste dans le cas d'ententes fictives, qui ne visent qu'à servir d'instrument pour répartir les marchés.

Il reste deux questions de politiques à examiner. Premièrement, peut-on justifier une intervention pour des raisons d'efficience dans le contexte de ce que nous avons appelé l'incitation verticale à recourir à des restrictions territoriales ? Deuxièmement, peut-on établir une distinction en pratique entre les utilisations présumées efficaces des restrictions et celles qui ne le sont pas ?

Lorsque les restrictions prenant la forme d'une exclusivité territoriale visent à soutenir des investissements spécifiques par des détenteurs de licences, des arguments d'efficience peuvent être invoqués pour justifier la légalité des contrats. Lorsque les restrictions ont uniquement pour but de maximiser les bénéfices en supprimant la concurrence entre détenteurs de licences (élément d'incitation no 2), l'efficience liée à la concurrence sur le marché des produits et à la diffusion de l'innovation (en laissant de côté l'incitation à innover) peut justifier ou non une politique de non-intervention. Si l'élément d'incitation no 2 joue et qu'il y a interdiction des territoires exclusifs, la diffusion de la technologie peut alors avoir un caractère moins efficace. Il y aura une incitation moindre à accorder une licence à une entreprise au Canada, par exemple, parce que l'intensification prévue de la concurrence dans l'espace nord-américain aura pour effet d'abaisser le droit qu'un détenteur de licence américain serait disposé à payer. Par ailleurs, si un produit est vendu sous licence au Canada et aux États-Unis, la concurrence sur le marché du produit sera plus vive dans le contexte d'une distribution sur un territoire ouvert que dans celui d'une distribution sur un territoire fermé.

Pour parvenir à une recommandation en matière de politiques à cet égard, il suffit d'invoquer le principe analysé dans l'introduction (« critères normatifs ») : la politique de concurrence devrait respecter le droit du titulaire de brevet d'exploiter son innovation de façon exclusive sur tous les marchés où le brevet est valide. Le titulaire de brevet ne crée pas un pouvoir de monopole supplémentaire en fractionnant son marché potentiel et en vendant chaque segment à une entreprise différente. Le titulaire de brevet aurait la possibilité, aux termes de la loi, d'utiliser son innovation de façon exclusive dans chaque pays ou territoire. Une politique de concurrence qui permet une division territoriale verticale rend tout simplement possible le transfert de ce droit à une entreprise qui est mieux en mesure de l'utiliser de façon efficiente. Le fait de permettre au titulaire du brevet de recourir à une division territoriale équivaut simplement à respecter les droits qui sont conférés par le brevet.

Toutefois, dans le contexte de cette théorie de la distribution sur un territoire fermé, il importe de souligner le conflit possible entre, d'une part, les intérêts d'une communauté économique, d'un bloc commercial ou d'un pays qui prend une décision sur la légalité de cette pratique à l'intérieur de ses frontières et, d'autre part, l'intérêt universel. En interdisant les territoires fermés, la collectivité peut considérer que les avantages d'une concurrence accrue sur le marché des produits sont supérieurs aux coûts d'une réduction de l'incitation à innover. Les avantages d'un niveau d'innovation accru qui reviennent aux consommateurs d'autres pays pourraient être ignorés. Le conflit entre l'incitation d'un pays à protéger les droits de propriété intellectuelle et l'intérêt général est bien connu puisqu'un pays peut profiter de façon opportuniste de la protection offerte par d'autres pays. Mais, il n'est pas largement reconnu que le même conflit puisse survenir dans le contexte de la politique d'épuisement.

Dans le champ des possibilités allant des accords manifestement fictifs aux utilisations véritablement efficaces des restrictions verticales, il y a toutefois des cas difficiles à classer. Dans leur recueil de cas bien connu, Easterbrook et Posner (1980) citent les propos de Priest (1977), qui a fait valoir que le critère déterminant pour établir si le fractionnement d'un marché a un caractère horizontal ou vertical consiste à se demander si la rente provenant de l'activité sous licence va au détenteur de licence ou au titulaire du brevet :

Une licence qui prévoit le versement d'une redevance minime, assortie de prix fixes et de restrictions sur les quantités a de bonnes chances de masquer un cartel. Une licence qui prévoit des rabais de redevances devrait être traitée de la même façon. Dans les deux cas, le titulaire du brevet ne peut avancer aucun argument plausible pour démontrer que l'arrangement permet de maximiser son propre rendement. Les dispositions de ce genre ne peuvent pas être justifiées non plus en soutenant qu'elles appuient la fonction de coordination du régime de brevets. Si le titulaire du brevet a l'intention d'exploiter le potentiel de l'invention, même au détriment de ses recettes courantes, la licence devrait prévoir la rétrocession du brevet ou de la technologie au bénéficiaire exclusif du titulaire du brevet. Si de telles

clauses de licence au retour ne sont pas incluses dans la licence ou que tous les détenteurs de licences ont le droit d'utiliser les améliorations sans verser de redevances supplémentaires, l'absence de rendement monétaire en faveur du titulaire du brevet dans l'accord de licence devient alors très louche (Easterbrook et Posner, 1981, p. 277).

[Traduction]

Dans notre analyse, ce test donne des résultats probants. Si les paiements de redevances, fixes ou variables, sont très faibles, la valeur d'un accord de licence n'est pas liée au droit d'utiliser une innovation. Sa valeur doit alors être liée aux restrictions rendues possibles par l'accord. L'importance de l'innovation peut aussi être déterminée dans certains cas par une observation directe ou une évaluation confiée à des spécialistes.

On ne peut toutefois pas déduire de l'absence de paiements de redevances variables dans un contrat de licence que les restrictions devraient être interdites lorsque les droits fixes sont considérables. La production du détenteur de licence peut être difficile à surveiller. Un régime de partage des bénéfices avec le donneur de licence par l'intermédiaire du paiement de redevances pourrait réduire l'incitation du détenteur de licence à entreprendre des activités de perfectionnement et de vente du produit. Un accord assorti d'un régime de paiement de redevances faibles ou nulles, dans lequel la presque totalité des bénéfices sont retenus par le détenteur de licence, pourrait mener au choix de détenteurs de licence de la plus haute qualité. Si l'un ou l'autre de ces facteurs est important, les restrictions contenues dans l'accord de licence, telles qu'une répartition du territoire, pourraient être l'indice d'une tentative de la part du donneur de licence de maximiser la valeur de ses licences, sans aucune coordination horizontale à l'échelle du donneur de licence ou du produit.

Easterbrook et Posner (1981, p. 277) attirent l'attention sur un autre critère visant à déterminer si un accord est efficient ou s'il s'agit d'un cartel : l'incidence sur le prix d'un produit concurrent. Si le prix du produit concurrent augmente, il faut supposer que l'accord a un caractère horizontal. Ce critère suppose que les prix du produit sont des compléments stratégiques. Si trois entreprises se livrent une concurrence de type Bertrand (concurrence au niveau des prix), un accord collusoire entre deux des entreprises aura pour effet de hausser le prix d'équilibre demandé par la troisième. Les courbes de réaction d'entreprises engagées dans ce type de concurrence sont inclinées vers le haut, ce qui signifie que la réaction de la troisième entreprise aux augmentations de prix des entreprises qui font collusion sera de hausser son propre prix.

Mais si les entreprises se livrent une concurrence de type Cournot (concurrence au niveau des quantités), l'effet d'un accord entre deux entreprises sur le prix d'équilibre demandé par la troisième sera ambigu. Les entreprises qui font collusion réduiront leur production, ce qui incitera la troisième à augmenter sa production, puisque les courbes de réaction des entreprises qui se livrent une concurrence de ce type (au niveau des quantités) sont inclinées vers

le bas. La baisse de production des entreprises qui cherchent à faire collusion engendre des pressions à la hausse sur le prix du produit de la troisième entreprise, mais la réaction de cette dernière d'augmenter sa propre production se traduira par des pressions compensatrices à la baisse sur son prix.

Un meilleur test serait de considérer l'effet d'un accord sur les quantités vendues par une entreprise concurrente. L'impact d'une entente sur la production de l'entreprise concurrente est positif si l'entente a un caractère collusoire et négatif si l'entente vise à réduire les coûts – que le marché soit caractérisé ou non par une concurrence (différenciée) de type Bertrand ou de type Cournot. Évidemment, ce test nécessiterait que toutes les autres sources d'influence sur les quantités vendues soient neutralisées, ce qui limite son utilité.

Un critère connexe qui a été largement appliqué dans le domaine des fusions horizontales est le suivant : les cours des titres des concurrents sur le marché boursier augmentent-ils ou diminuent-ils par suite de l'entente ? Une hausse de la valeur des titres sur le marché boursier d'entreprises concurrentes hors de l'entente est l'indice d'une collusion, tandis qu'une baisse témoigne d'une réduction de coût. Ces critères pourraient permettre d'établir une distinction entre une entente verticale et une entente ayant d'importants effets horizontaux.

Les aspects économiques des restrictions axées sur le champ d'exploitation sont semblables à ceux des territoires exclusifs. La discrimination par les prix peut être un motif plus puissant lorsque le donneur de licence décide de se réserver une catégorie de clients ou de produits. Par ailleurs, le donneur de licence peut simplement posséder des éléments d'actif complémentaires à une seule classe de produits, ce qui l'incite à accorder une licence pour les autres produits. (Un exemple de limitation du champ d'exploitation décrit dans les *lignes directrices* des États-Unis est l'octroi d'une licence sur un logiciel utilisé pour la vente de services de traitement de données à des groupes de médecins mais non à des hôpitaux.)

CLAUSES DE LICENCE AU RETOUR EXCLUSIVE

LES CLAUSES DE LICENCE AU RETOUR EXCLUSIVE qui figurent dans des accords de licence obligent le détenteur de licence à transmettre au titulaire du brevet les droits sur toute innovation future connexe à l'invention sous licence, y compris les améliorations apportées à l'invention ou des inventions supplémentaires relatives à l'applicabilité de l'innovation à des usages particuliers.

Selon une explication fondée sur l'efficacité, les clauses de licence au retour peuvent garantir la propriété commune d'un groupe de brevets sur des procédés ou des produits complémentaires. Les coûts de transaction de la mise au point d'innovations futures sont moins élevés si les licences sur ces innovations proviennent d'un seul donneur de licences. Comme dans tout marché, la propriété conjointe des droits de licence sur les procédés ou les produits com-

propriété conjointe des droits de licence sur les procédés ou les produits complémentaires se traduit par des prix moins élevés pour ces licences. De plus, la coordination des améliorations supplémentaires et leur diffusion entre les détenteurs de licences sont facilitées si la propriété des droits relatifs à ces améliorations est centralisée.

Les clauses de licence au retour peuvent engendrer une incitation horizontale non efficiente si elles ont pour effet d'accroître la concentration sur le marché de l'innovation. Deux entreprises engagées dans une course serrée en matière d'innovation dont l'effet est de réduire les bénéfices seront incitées à conclure un accord de licence qui accorde des droits sur les innovations actuelles et futures à l'une d'entre elles (le donneur de licence). Dans la mesure où les deux entreprises détiennent collectivement une fraction importante du marché de l'innovation, c'est-à-dire une part élevée des éléments d'actif propres à l'innovation dans une catégorie de produits, il en résultera une élimination de l'incitation à innover parmi les détenteurs de licences. L'effet ultime équivaut à celui d'une fusion sur le marché de l'innovation.

La position des parties avant la conclusion de l'accord de licence peut fournir des indices importants en vue de faire la distinction entre les clauses de licences au retour efficientes et non efficientes. Si les parties se livrent concurrence sur le marché de l'innovation, le contrat de licence au retour pourrait contribuer à réduire la concurrence dans ce domaine. Si les détenteurs de licences ne concurrencent pas le donneur de licences sur le marché de l'innovation, l'accord de licence au retour sera probablement efficient¹⁷.

ACCORD D'EXCLUSIVITÉ

Définition et exemple

Nous utilisons l'expression « accord d'exclusivité » pour désigner une restriction imposée au détenteur de licence de ne pas faire affaire avec le donneur de licence d'un produit concurrent. Un exemple de ce genre de restrictions nous est fourni par la cause *Lockwasher Co. v. George K. Garret Co.* qui s'est déroulée aux États-Unis¹⁸. Dans cette cause, le titulaire du brevet sur un type de rondelles de sécurité avait précisé dans plusieurs contrats types avec des fabricants sous licence qu'ils ne devaient pas fabriquer de modèles concurrents de rondelles de sécurité. Dans ce cas, la tentative visant à protéger une invention brevetée de la contrefaçon fut infructueuse, parce que le tribunal a conclu que le brevet n'était pas valide dans le contexte de la doctrine de l'usage abusif d'un brevet. Il a jugé que le prix mettait en cause l'usage du monopole légal conféré par le brevet comme moyen d'interdire la fabrication et la vente d'articles concurrents non brevetés.

Incitation verticale

Dans le contexte de la distribution des produits, un accord d'exclusivité peut être un moyen efficace de s'assurer que d'autres fabricants ne profiteront pas de façon opportuniste des investissements engagés par un producteur dans le réseau de distribution de son produit (Marvel, 1982). Le mandat d'exclusivité peut être une technique efficace sur les marchés de l'assurance-vie ou de l'automobile parce que, sans cette restriction, les clients attirés vers un agent par la publicité d'un vendeur peuvent finir par acheter le produit offert par un autre vendeur dans la même agence. Tout déboursé fait par un vendeur pour améliorer le produit offert par le détenteur de licence peut aussi faire l'objet d'une exploitation opportuniste en l'absence d'un agent exclusif. Le phénomène de l'exploitation opportuniste, qui entraînerait un sous-investissement dans la promotion des produits, disparaît lorsque chaque agent représente un seul vendeur.

Dans les contrats de licence, l'incitation comparable découlerait de la menace d'une exploitation opportuniste du savoir-faire cédé par le donneur de licence dans le cadre du contrat. La cession du savoir-faire semble être l'aspect des dépenses du donneur de licence qui est vulnérable à une exploitation opportuniste.

Un autre élément d'incitation à conclure des accords d'exclusivité tient au fait qu'ils peuvent encourager la mise au point de technologie à caractère spécifique par les deux parties. Le détenteur de licence est incité à faire des dépenses d'investissement dans des immobilisations plus spécifiques tout simplement parce qu'il est forcé de ne pas exploiter le capital en général (du moins à l'intérieur des dispositions contractuelles). Le donneur de licence investira davantage dans des immobilisations spécifiques, parce qu'il est conscient qu'en l'absence d'autres fournisseurs, le détenteur de licence sera moins tenté de mettre fin à l'entente (modifiant ainsi le « seuil de menace » du détenteur de licence). Cette situation réduit la probabilité que le rendement sur l'investissement dans des immobilisations spécifiques soit détourné. En termes simples, l'engagement par l'une des parties à accepter une entente bilatérale (dans le cas présent, en acceptant des restrictions axées sur l'exclusivité) contribue à rendre plus sûr l'investissement fait par l'autre partie dans le cadre de l'entente.

Les lignes directrices américaines sur la politique antitrust et la propriété intellectuelle reconnaissent l'avantage possible sur le plan de l'efficacité des accords d'exclusivité, à savoir qu'ils encouragent l'investissement spécifique.

Incitation horizontale

L'argument au sujet de l'utilisation non efficace des restrictions axées sur l'exclusivité est simple mais controversé : un producteur (ou un donneur de licence) détenant un monopole sur le marché du produit peut empêcher l'entrée d'un concurrent en ayant recours à des restrictions prenant la forme d'accords

d'exclusivité conclus avec chaque acheteur. La réponse de l'école de Chicago à cet argument est qu'un acheteur (ou un détenteur de licence) n'acceptera une telle restriction contractuelle que si le prix de la transaction est réduit pour dédommager l'acheteur du coût de la restriction. Il est payant tant pour l'acheteur que pour le vendeur dans une transaction de conclure un accord qui a pour effet de maximiser leur avantage net total (Bork, 1978).

Aghion et Boulton (1987) fournissent une réponse convaincante. Ils n'abordent pas directement la question des restrictions axées sur l'exclusivité mais, étant donné que les acheteurs dans leur modèle acquièrent une unité ou aucune, leur analyse peut être appliquée à des accords d'exclusivité (voir aussi Rasmussen et coll., 1991). Ils affirment que, selon les hypothèses des partisans de l'école de Chicago, les avantages des contrats d'exclusivité sont internalisés par les parties contractantes. En fait, il y a ici deux types d'externalités. Premièrement, un aspirant au marché est défavorisé par une restriction prenant la forme d'un accord d'exclusivité, parce que celle-ci réduit la probabilité qu'il puisse s'implanter sur le marché ou la rentabilité d'une telle tentative (en raison de la nécessité d'offrir un prix inférieur afin d'inciter les acheteurs à laisser tomber le produit du concurrent déjà installé sur le marché). Deuxièmement, et plus important encore, sur un marché à plusieurs acheteurs, la décision de chaque acheteur de participer à un accord d'exclusivité impose un coût aux autres acheteurs en réduisant la probabilité qu'une autre entreprise réussisse à s'implanter sur le marché¹⁹. En raison de ces externalités, un vendeur réussira peut-être à soudoyer un acheteur pour l'inciter à conclure un accord d'exclusivité en échange d'une réduction minime de son prix. Le coût total pour l'ensemble des acheteurs sur le marché peut être beaucoup plus élevé que le pot-de-vin total qui devra être versé aux acheteurs pour accepter la restriction. Par conséquent, l'exclusivité peut être un choix non efficient.

La condition nécessaire pour l'application de cette théorie est que le donneur de licence possède une part élevée du marché ou du moins qu'il possède un avantage important par rapport à d'autres donneurs de licences différenciés en vue d'attirer un nombre important d'acheteurs.

AUTRES RESTRICTIONS CONTRACTUELLES

LES RESTRICTIONS AXÉES SUR L'EXCLUSIVITÉ qui ont un caractère anticoncurrentiel excluent directement des entreprises d'un côté ou de l'autre du marché. D'autres restrictions contractuelles contribuent à créer un lien entre le contrat en question et d'autres contrats conclus par l'une des parties, mais le lien n'est pas assez radical pour interdire les autres contrats. Ces autres restrictions peuvent avoir le même effet que l'exclusivité. En d'autres termes, elles peuvent mener au même résultat sur le marché qu'une restriction axée sur l'exclusivité. Nous n'examinerons pas en détail les facteurs d'incitation pour chacune de ces restrictions, mais nous donnerons un aperçu de la mesure dans

laquelle de tels contrats comportent une exclusivité, du moins dans certaines conditions de marché. Lorsqu'il y a équivalence, nous indiquerons jusqu'où l'analyse stratégique des restrictions axées sur l'exclusivité s'étend à ces autres instruments.

L'EXCLUSIVITÉ EN TANT QU'OPTION

DANS CERTAINS CONTRATS L'EXCLUSIVITÉ N'EST PAS UNE RESTRICTION mais une option que l'acheteur ou le détenteur de licence peut choisir en échange de conditions plus favorables au niveau des redevances. Dans le cas où l'option d'exclusivité est retenue, les aspects économiques du contrat sont les mêmes que ceux que nous avons décrits. Cette modalité contractuelle, comme toute autre offre contractuelle faite par un vendeur, est une façon de répondre à des asymétries d'information du côté de l'acheteur au sujet des coûts et des avantages des conditions du contrat, des conditions du marché ou de la valeur intrinsèque du produit vendu (Riordan, 1984; Mas-Colell et coll., 1995).

VENTE LIÉE

IL Y A DEUX TYPES DE RESTRICTIONS AXÉES SUR LA VENTE LIÉE : le regroupement (par exemple, le regroupement de brevets dans des contrats de licence) et l'obligation de vente liée. Dans le dernier cas, qui est le plus pertinent ici, le droit de l'acheteur d'acquérir un produit est lié à l'obligation d'acheter toutes les unités d'un deuxième produit exclusivement du même vendeur. (Pour un examen des pratiques de vente liée, voir l'étude de Baxter et Kessler dans le présent ouvrage.)

CLAUSE DU CLIENT LE PLUS FAVORISÉ

La clause du client le plus favorisé (CPF) a pour effet de garantir qu'un acheteur paiera le prix le plus bas offert par le vendeur pendant la durée du contrat. Le prix initial est abaissé pour tenir compte de toutes les réductions de prix consenties par le vendeur aux autres acheteurs.

L'exemple suivant illustre l'effet d'exclusion possible que comporte une clause de CPF. Supposons qu'une licence exclusive pour la vente d'un produit dans une région ait une valeur de 100 dollars et que le fait d'être l'un des vendeurs du produit sur ce marché est évalué à 40 dollars. La vente d'une licence à un producteur sur ce marché pour la somme de 90 dollars, assortie d'une clause de CPF, empêchera l'entrée d'un deuxième producteur : ce dernier paierait tout au plus 40 dollars, mais une vente avec le second producteur à ce prix obligerait un remboursement de 50 dollars au premier vendeur. La vente

au deuxième producteur n'aura pas lieu et le premier contrat équivaldra (en terme de gains) à un contrat d'exclusivité, assorti d'un prix de 90 dollars.

Pourquoi des intervenants participeraient-ils à ce genre de contrat ? Il pourrait s'agir d'une réaction à une interdiction d'accorder des licences exclusives (mais, dans le domaine de la propriété intellectuelle, l'octroi d'une licence exclusive n'est pas illégale). Cet arrangement pourrait offrir l'avantage de l'exclusivité de manière à protéger l'investissement dans des éléments d'actif spécifiques contre le risque d'extorsion et procurer plus de souplesse. Supposons que les bénéfiques sur le marché sont incertains parce qu'on ne sait pas si le produit aura du succès. La clause de CPF permettra de protéger le premier vendeur contre l'arrivée d'autres vendeurs si les bénéfiques (la demande) sont faibles (auquel cas l'arrivée d'autres vendeurs empêcherait la réalisation d'un taux de rendement normal sur l'investissement). Mais, si le produit a beaucoup de succès, la clause de CPF n'empêchera pas l'arrivée d'autres vendeurs, comme il se doit, parce qu'en raison du lancement réussi, le nombre de vendeurs efficient après coup sera (probablement) plus élevé et des rendements satisfaisants sur l'investissement seront assurés, même avec les vendeurs additionnels.

Dans ce contexte, le rôle joué par les clauses de CPF, lorsque les droits de licence sont fixes, est semblable à celui rempli par l'exclusivité. Dans d'autres contextes, la clause de CPF pourra protéger les vendeurs contre le risque que les coûts marginaux de leurs concurrents soient moins élevés. (Les bénéfiques dans des industries hautement concurrentielles sont sensibles aux écarts de coûts marginaux.) Supposons que les droits de licence prennent la forme de redevances variables et qu'il est connu que le nombre de détenteurs de licence sur le marché augmentera (de sorte qu'il n'y a aucun effet d'exclusivité). Les premiers détenteurs de licence courent le risque que les futurs détenteurs de licence paient des redevances moins élevées et qu'ils soient ainsi en mesure de vendre à des prix inférieurs. Si les licences comportent aussi un droit fixe, le donneur de licence pourra prendre part aux bénéfiques découlant des ventes à des prix inférieurs à ceux demandés par les premiers détenteurs de licence, dans une extorsion conjointe de la quasi-rente des premiers détenteurs de licence.

Il peut être difficile d'établir une distinction entre le rôle efficient et le rôle restrictif de la clause de CPF car, dans l'un ou l'autre cas, le recours à cette pratique est plus probable lorsque le vendeur est plus important et plus efficient que les autres vendeurs. Dans une cause récente au Canada hors du champ de la propriété intellectuelle, on a interdit le recours aux liens contractuels comme la clause de CPF de concert avec des restrictions axées sur l'exclusivité²⁰.

CLAUDE DE SOUTIEN DE LA CONCURRENCE

EN VERTU D'UNE CLAUDE DE SOUTIEN DE LA CONCURRENCE (CSC), le vendeur garantit à l'acheteur qu'il lui offrira un prix aussi bas que celui demandé par les vendeurs concurrents. L'analyse de cette pratique a révélé qu'il s'agit d'une

technique facilitant les cartels; une manipulation des prix par un membre du cartel sera automatiquement compensée par une variation analogue de prix en vertu d'une clause de soutien de la concurrence. Sachant cela, les membres d'un cartel sont dissuadés de tricher. Sur les marchés de produits et dans les contrats de licence, un monopoleur déjà présent sur un marché pourrait aussi empêcher un nouvel arrivant de lui faire concurrence en offrant des prix inférieurs aux siens, par le recours à une CSC pour accorder automatiquement des prix comparables. Le résultat peut se comparer à celui d'une restriction sous la forme d'un accord d'exclusivité. Il y a un parallèle ici avec le problème de l'action collective entre des acheteurs qui est lié à l'inefficience de l'accord d'exclusivité : chaque acheteur voudrait se prévaloir de la CSC en raison de la possibilité que l'entrée sur le marché soit un succès, mais la CSC peut entraîner une détérioration de la situation collective des acheteurs si elle a pour effet de réduire la probabilité d'une implantation réussie.

REDEVANCES SUR LA PRODUCTION

CE RÉGIME PRÉVOIT QUE LE PAIEMENT fait par le détenteur de licence au donneur de licence sera déterminé en fonction du nombre total d'unités d'un produit vendues par le détenteur de licence, que ces unités incorporent ou non la technologie ou le produit offert par le donneur de licence. Les reventes de produits concurrents ne sont pas interdites, comme c'est le cas dans les accords d'exclusivité, mais elles sont frappées du même taux de redevance que le bien intermédiaire visé par le contrat.

Un exemple de cette pratique nous est fourni par la cause *Hazeltine*, dans laquelle le titulaire du brevet sur une composante entrant dans la fabrication des radios avait octroyé une licence pour l'utilisation de cette composante en échange d'une redevance calculée selon le nombre total de radios fabriqués, que ceux-ci intègrent ou non ladite composante. Une cause plus récente dans le domaine de la propriété intellectuelle est *Microsoft*, qui s'est résolue par une ordonnance de consentement entre Microsoft et le Département de la Justice des États-Unis. Entre autres pratiques, Microsoft percevait une redevance auprès des fabricants d'ordinateurs personnels fondée sur le nombre total d'ordinateurs vendus et non sur le nombre d'ordinateurs vendus avec un système d'exploitation fourni par Microsoft.

La pratique semble s'apparenter à une restriction axée sur l'exclusivité s'appliquant aux vendeurs en ce sens que l'achat de produits substitués qui, tout en n'étant pas interdit (ou taxé à un taux infini) comme c'est le cas des contrats d'exclusivité, est néanmoins assujéti à une redevance. Pour évaluer l'efficiéne des redevances sur la production, il faut tenir compte d'au moins deux considérations opposées. D'une part, le fait de taxer la production de concurrents est un moyen simple et direct de faire augmenter leurs coûts. Dans les modèles d'oligopole les plus simples, les prix augmentent lorsque chaque entreprise est

en mesure de taxer les ventes de ses concurrents. D'autre part, la perception d'une redevance sur tous les biens intermédiaires (ou sur la production) a pour effet de répartir sur un grand nombre de produits la distorsion qui se rattache à une tarification correspondant à une marge entre les prix et les coûts. Le vendeur est soumis à la contrainte que les acheteurs peuvent acheter ailleurs, qu'une redevance soit perçue sur le prix des biens intermédiaires ou sur la production. Dans le cadre d'un contrat de redevances, le coût d'opportunité pour l'acheteur de s'approvisionner en biens intermédiaires auprès du vendeur est nul mais, lorsque le bien intermédiaire est la propriété intellectuelle, il s'agit précisément du coût auquel l'acheteur devrait faire face au moment de décider de la combinaison des biens intermédiaires. Dans une étude intitulée « The Use of Output Royalties by Input Suppliers » (en préparation), nous examinons comment ces forces agissent dans diverses conditions de marché.

TRAITEMENT JURIDIQUE DES RESTRICTIONS AXÉES SUR L'EXCLUSIVITÉ AUX ÉTATS-UNIS, DANS LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE ET AU CANADA

DANS CETTE PARTIE DE L'ÉTUDE, nous comparons le traitement juridique accordé aux restrictions axées sur l'exclusivité dans les contrats de licence aux États-Unis et dans la Communauté européenne. Nous analysons les articles de la *Loi sur la concurrence* qui s'appliquent ou qui pourraient s'appliquer à ces restrictions au Canada, ainsi que l'interprétation faite de ces articles par le Tribunal de la concurrence dans une cause récente.

ÉTATS-UNIS

LA LÉGISLATION SUR LES BREVETS AUX ÉTATS-UNIS permet expressément l'octroi d'une licence exclusive²¹. Aucune disposition des lois antitrust n'empêche l'octroi d'une licence exclusive: Un donneur de licence n'est pas tenu de susciter la concurrence parmi ses détenteurs de licences et la concession d'une exclusivité territoriale n'est pas interdite.

Les lignes directrices émises en avril 1995 aux États-Unis concernant l'octroi de licences de propriété intellectuelle (*Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*) ont permis de clarifier la conception du Département de la Justice et de la Federal Trade Commission dans ce domaine. (Pour une analyse de ces lignes directrices, voir l'introduction du présent ouvrage, rédigée par Anderson et Gallini²².) Ces lignes directrices établissent les principes de base qui sous-tendent la démarche suivie par les deux organismes. Parmi ces principes figurent les suivants : les principes antitrust qui s'appliquent à la propriété intellectuelle sont les mêmes que ceux qui régissent les autres formes de

propriété, mais ils tiennent compte du caractère distinct de la propriété intellectuelle; l'application de la politique antitrust ne devrait pas entraver de façon indue l'octroi de licences sur les droits de propriété intellectuelle; enfin, l'existence d'un droit de propriété intellectuelle ne doit pas engendrer une présomption de pouvoir de marché²³.

En ce qui concerne les restrictions axées sur l'exclusivité, les *lignes directrices* reconnaissent expressément que les clauses relatives au champ d'exploitation, à l'exclusivité territoriale et à d'autres formes d'exclusivité peuvent servir des fins favorables à la concurrence en permettant une utilisation efficiente de la propriété :

Ces diverses formes d'exclusivité peuvent être utilisées pour donner à un détenteur de licence une incitation à investir dans la commercialisation et la distribution de produits qui intègrent les éléments de propriété intellectuelle sous licence, ainsi qu'à mettre au point des applications supplémentaires pour la propriété sous licence. Les restrictions peuvent agir en ce sens, par exemple, en protégeant le détenteur de licence contre une exploitation opportuniste de ses investissements par d'autres détenteurs de licence ou par le donneur de licence. Ces modalités peuvent aussi inciter davantage le donneur de licence à accorder des licences, notamment, en protégeant ce dernier de la concurrence dans son propre domaine technologique dans un créneau de marché qu'il préfère conserver pour lui-même. Ces avantages découlant des restrictions s'appliquent aux licences dans le domaine des brevets, du droit d'auteur et des secrets commerciaux²⁴.

[Traduction]

En ce qui concerne les effets néfastes possibles des restrictions axées sur l'exclusivité ou, plus généralement, des restrictions contractuelles à l'octroi de licences, les *lignes directrices* renferment les grands principes suivants :

1. La diminution de la concurrence est considérée dans le contexte de l'innovation de la part du donneur de licence, des concurrents du donneur de licence et des détenteurs de licence; de l'exclusion des détenteurs de licence de l'accès aux technologies concurrentes; de la facilitation de la fixation des prix ou de la fragmentation des marchés des produits. Il s'agit des dimensions des marchés de l'innovation, de la technologie et des produits que nous avons examinées dans la section traitant des aspects économiques des restrictions axées sur l'exclusivité. Les marchés des produits sont le reflet de l'utilisation de la technologie des produits; le marché de la technologie est la résultante de la diffusion de la technologie.
2. Le point de repère pour mesurer l'incidence des restrictions qui accompagnent les licences est leur effet sur la concurrence parmi des concurrents probables en l'absence de licences, par rapport à l'absence de restrictions dans les contrats de licence.

3. Les *lignes directrices* mettent de l'avant une notion (soi-disant) nouvelle de « marché de l'innovation » pour désigner les entreprises qui possèdent des éléments d'actif propres à une innovation dans une catégorie commune de technologies ou de produits. Il ne s'agit pas d'un marché au sens attribué par un économiste à ce terme (un ensemble de transactions dans le cadre desquelles un produit est échangé). C'est une désignation utile à rattacher aux entreprises innovatrices puisqu'elle permet l'utilisation du critère de l'importance de la part du marché pour évaluer le risque d'effets anticoncurrentiels.
4. Une considération importante est de savoir si la relation entre le donneur de licence et les détenteurs de licence est verticale ou horizontale. S'ils avaient été des concurrents en l'absence de l'accord, leur rapport est de nature verticale. Dans le cadre d'un examen des effets anticoncurrentiels possibles sur les prix, la diffusion de la technologie ou la R-D, l'accent est mis sur les ententes entre parties qui ont une relation horizontale. L'effet anticoncurrentiel possible est fonction du niveau de concentration des trois catégories de marché, de la part de ces marchés détenue par chacune des parties et des obstacles à l'entrée sur ces marchés. Un contrat de licence vertical peut nuire à la concurrence si, par exemple, il favorise la coordination horizontale au niveau des prix ou de la production entre les intervenants sur un marché.
5. Le cadre de référence pour évaluer les restrictions imposées aux licences est, dans la plupart des cas, la règle de raison, sauf dans les situations de fixation flagrante des prix, qui sont, de par leur nature et leurs effets inévitables, si manifestement anticoncurrentielles qu'on les traite comme illégales en soi (p. 2).
6. Les restrictions axées sur l'exclusivité qui s'appliquent au donneur de licence (par exemple, l'octroi d'une licence exclusive ou de territoires exclusifs) ne soulèvent d'inquiétude que si les détenteurs de licences, ou le détenteur et le donneur de licence, entretiennent une relation horizontale.
7. Les modalités de licence au retour et l'acquisition de droits de propriété intellectuelle sont des exemples d'arrangements exclusifs qui peuvent susciter l'inquiétude.
8. Un accord d'exclusivité doit généralement être évalué en fonction de la règle de raison. Il faudra alors considérer la mesure dans laquelle l'accord d'exclusivité a) favorise l'exploitation et le perfectionnement de la technologie du donneur de licence, notamment, en encourageant le développement et l'investissement dans cette technologie spécifique, et b) empêche de façon anticoncurrentielle la mise au point de technologies concurrentes. Dans le cadre de cette évaluation, il faudra

examiner le niveau d'obstruction, la durée de l'accord d'exclusivité et les conditions du marché – y compris la concentration, la facilité d'accès et les élasticités propres au marché.

9. Dans le contexte de l'évaluation du risque anticoncurrentiel possible des clauses de licence au retour, il faudra considérer surtout les marchés de la technologie et de l'innovation. Les gains d'efficience possibles des modalités de licence au retour sont reconnus.
10. Les *lignes directrices* comportent une « zone de sécurité » antimonopole en ce sens que les responsables de la politique antitrust ne remettront pas en question une restriction figurant dans un accord de licence de DPI a) si la restriction n'est pas ouvertement anticoncurrentielle et b) si le donneur et le détenteur de licence ne détiennent collectivement pas plus de 20 p. 100 de chaque marché touché de façon significative par la restriction. En ce qui concerne les marchés de la technologie et de l'innovation, les autorités ne contesteront pas une restriction si elle n'est pas ouvertement anticoncurrentielle et qu'il existe au moins quatre technologies ou innovateurs autonomes en plus des technologies contrôlées par les participants à l'accord de licence comportant des aspects restrictifs.

COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE²⁵

L'OCTROI DE LICENCES EXCLUSIVES ET L'EXCLUSIVITÉ TERRITORIALE ont retenu beaucoup l'attention dans la Communauté européenne (CE) parce qu'on considère que les restrictions territoriales sont incompatibles avec l'objectif d'intégrer les marchés des pays de la CE. La politique de la Federal Trade Commission au sujet des restrictions territoriales vise à préserver la libre circulation des biens à l'intérieur de la Communauté, tout en reconnaissant la nécessité de donner aux entreprises une incitation suffisante à investir dans un territoire donné (OCDE, 1989, p. 61). La protection accordée dans la loi aux importations parallèles (comme les importations dans un État membre d'un produit fabriqué sous licence dans un autre État) est contenue dans les décisions juridiques des articles du Traité de Rome qui se rapportent à la circulation des biens entre les États membres de la CE.

Les articles 30 et 34 du Traité de Rome prévoient la libre circulation des biens et les décisions de la Cour de justice reposent sur la doctrine de l'épuisement. Cette doctrine a été établie pour les produits brevetés dans la cause *Centrafarm BV v. Sterling Drug Inc.* :

Par rapport aux brevets, le domaine précis de la propriété industrielle est la garantie que le titulaire du brevet, afin de récompenser l'effort créateur de l'inventeur, détient le droit exclusif d'utiliser l'invention pour fabriquer des produits industriels et les mettre sur le marché pour la première fois, soit de

façon directe soit par l'octroi de licences à des tiers, ainsi que le droit de s'opposer aux délits de contrefaçon.

Un obstacle à la libre circulation des biens peut résulter de l'existence, à l'intérieur d'une législation nationale concernant la propriété industrielle et commerciale, de dispositions stipulant que le droit d'un titulaire de brevet n'est pas épuisé lorsque le produit protégé par le brevet est commercialisé dans un autre État membre, de sorte que le titulaire du brevet peut empêcher l'importation du produit dans son propre État membre s'il a été commercialisé dans un autre État.

Même si un obstacle de ce genre à la libre circulation des biens peut être justifié sur la base de la protection de la propriété industrielle, lorsqu'une telle protection est invoquée contre un produit venant d'un État membre où il n'est pas brevetable et qu'il a été fabriqué par des tierces parties sans le consentement du titulaire du brevet et dans des cas où il existe des brevets, dont les propriétaires initiaux sont légalement et économiquement indépendants, une dérogation au principe de la libre circulation des biens n'est toutefois pas justifiée lorsque le produit a été mis sur le marché d'une manière légale, par le titulaire du brevet lui-même ou avec son consentement, dans l'État membre à partir duquel il a été importé, notamment dans le cas d'un propriétaire de brevets parallèles²⁶.

[Traduction]

En somme, la législation de la CE permet l'exclusivité sur un territoire ouvert dans la plupart des cas, mais non l'exclusivité sur des territoires fermés.

La législation de la CE visant les clauses de licence au retour est aussi plus restrictive que celle des États-Unis. Les clauses de licence au retour non exclusive sont permises aux termes des exemptions générales du Traité de Rome pour les brevets et le savoir-faire. Ces exemptions sont retirées dans le cas des accords de licence de brevet qui prévoient l'obligation pour un détenteur de licence de céder en totalité ou en partie les améliorations ou les nouvelles applications au donneur de licence et dans le cas des clauses de licence en retour de savoir-faire en vertu desquelles le détenteur de licence n'a pas le droit d'accorder des licences sur ses améliorations à d'autres intervenants, pourvu qu'il ne divulgue pas le savoir-faire encore secret du donneur de licence, entre autres conditions. De façon générale, les clauses de licence au retour non exclusive sont acceptées dans la plupart des cas, tandis que les clauses de licence au retour exclusive sont interdites.

CANADA

PLUSIEURS ARTICLES DE LA LOI SUR LA CONCURRENCE AU CANADA pourraient être appliquées à diverses restrictions axées sur l'exclusivité figurant dans des accords de licence de la propriété intellectuelle²⁷. L'article 32 prévoit l'application par le procureur général de mesures correctives contre l'usage abusif des

brevets, du droit d'auteur, des marques de commerce ou de dessins industriels enregistrés. Les pratiques en question doivent avoir eu des effets anticoncurrentiels indus aux termes de cet article et les mesures correctives adoptées ne doivent pas enfreindre les obligations internationales du Canada en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle. L'article 32 n'a pas été appliqué dans des causes récentes. À l'instar de l'article 29 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, toutefois, il a joué un rôle pertinent lors du règlement négocié avec la société Union Carbide du Canada en rapport avec ses contrats de licence²⁸.

L'affaire *Union Carbide* portait sur les modalités d'un accord de licence pour l'utilisation des machines et des procédés brevetés de la société en vue de l'extraction de pellicule de polyéthylène à partir de résine et de leur traitement pour l'impression. Les clauses d'exclusion ou d'exclusion possible comprenaient des redevances dégressives, des limitations du champ d'exploitation, des clauses de licence au retour et des modalités visant à restreindre le type de pellicule que les détenteurs de licence pouvaient traiter en utilisant le procédé breveté.

L'article 77 s'intéresse précisément aux pratiques de vente liée, aux accords d'exclusivité et aux restrictions territoriales. Il prévoit l'interdiction de ces pratiques lorsqu'elles sont utilisées par un fournisseur important d'un produit sur un marché ou qu'elles sont répandues sur un marché et qu'elles « sont susceptibles a) de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme sur le marché, b) de faire obstacle au lancement d'un produit ou à l'expansion des ventes d'un produit ou c) d'exercer tout autre effet restrictif sur le marché, de sorte que la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement »²⁹.

Il s'agit de pratiques examinables et non de délits en soi (*per se*); des mesures correctrices peuvent être appliquées lorsque les pratiques ont ou auront probablement pour effet, entre autres choses, de restreindre sensiblement la concurrence. Un cas récent examiné en vertu des dispositions régissant les ventes liées a mis en cause la société *Digital Équipement du Canada (DEC)*³⁰. DEC liait la vente de mises à jour de son logiciel d'exploitation breveté aux services d'entretien et de réparation de son matériel. Selon l'avis du Directeur des enquêtes et recherches, les pratiques de DEC représentaient une utilisation ou une extension du pouvoir de marché conféré par des droits de propriété intellectuelle pour englober le marché de l'entretien, entravant l'entrée et l'expansion d'autres fournisseurs de services d'entretien sur ce marché. Cette affaire fut résolue en octobre 1992 lorsque DEC s'est engagée à abandonner les restrictions relatives aux ventes liées.

Ce cas nous incite à poser deux questions d'ordre économique : Pourquoi DEC trouvait-elle rentable de lier la vente de logiciels aux services d'entretien ? Quelles en sont les conséquences sur l'efficacité ? La pratique peut se justifier à partir de deux explications plausibles. Premièrement, l'incapacité des acheteurs de faire la distinction entre des défauts de matériel et des problèmes de logiciel engendre une externalité qui fausse l'incitation à fournir des services d'entretien de qualité; il va sans dire qu'un niveau de qualité accru est avan-

tageux pour la réputation de DEC et celle du fournisseur de services. Une externalité de ce genre est internalisée par une intégration verticale ou des modalités de vente liée. Deuxièmement, il y avait peut-être une corrélation dans l'esprit des acheteurs entre a) la valeur qu'ils accordaient au logiciel et b) l'intensité d'utilisation du système et le volume de services d'entretien requis. Dans ce contexte, un accord de vente liée, conjugué à la pratique d'établir le prix du service en appliquant une marge sur les coûts de sa prestation, permet de percevoir une fraction plus élevée du surplus auprès des grands utilisateurs - une explication traditionnelle de la pratique de la vente liée fondée sur une discrimination par les prix. Aucune de ces explications ne justifie l'interdiction de la pratique en se fondant sur le critère de l'efficacité.

Les articles 78 et 79 de la *Loi sur la concurrence* sont importants sous l'angle de leur application possible aux usages anticoncurrentiels abusifs des droits de propriété intellectuelle. Ces articles prévoient un examen au cas par cas des pratiques commerciales restrictives des entreprises dominantes. L'article 78 renferme une liste partielle des pratiques qui peuvent être considérées anticoncurrentielles, tandis que l'article 79 accorde au Tribunal de la concurrence beaucoup de latitude quant aux mesures correctives qui peuvent être appliquées par le Directeur. La liste comprend le fait d'exiger d'un fournisseur ou de l'inciter à vendre uniquement ou principalement à certains clients ou à ne pas vendre à un concurrent, afin d'empêcher l'entrée ou la participation accrue d'un concurrent sur un marché, lorsque la pratique a ou aura probablement pour effet d'éviter ou de diminuer considérablement la concurrence sur un marché³¹.

Le paragraphe (5) de l'article 79 prévoit qu'« un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la *Loi sur le droit d'auteur*, de la *Loi sur les dessins industriels*, de la *Loi sur les brevets*, de la *Loi sur les marques de commerce* ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constituera pas un agissement anti-concurrentiel ». Mais, comme le Directeur l'a expliqué, cette exception n'accorde pas une exemption générale aux détenteurs de droits de propriété intellectuelle à l'égard de l'application des dispositions sur l'usage abusif. Le libellé de l'exception laisse penser que les dispositions continuent de s'appliquer aux pratiques qui constituent en fait des *usages abusifs* des droits de propriété intellectuelle (par opposition au simple exercice de ces droits).

Le premier jugement rendu par le Tribunal de la concurrence en vertu des dispositions relatives à l'abus de position dominante, dans la cause *NutraSweet*, visait plusieurs dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle³². *NutraSweet* détenait un brevet canadien sur un succédané du sucre, l'aspartame, qui est venu à échéance en 1987. Selon la principale allégation avancée par le Directeur dans cette poursuite déposée en 1989, *NutraSweet* avait étendu son pouvoir de marché au delà de la durée du brevet en utilisant des pratiques restrictives anticoncurrentielles. Ces pratiques comprenaient la combinaison d'une indemnité offerte aux acheteurs (surtout les fabricants de boisson gazeuse diète) pour les inciter à afficher l'emblème *NutraSweet* à une exigence

faite aux clients qui affichaient l'emblème d'utiliser exclusivement la marque NutraSweet, l'aspartame. Selon le Tribunal, cette pratique créait un choix du « tout ou rien » pour les acheteurs du produit. La restriction semble avoir été en fait une incitation pour les acheteurs à s'approvisionner exclusivement auprès de NutraSweet. Les autres dispositions qui, selon le Directeur, avaient un caractère restrictif, étaient notamment les clauses de soutien de la concurrence ou de l'offre concurrente, qui donnaient à NutraSweet l'option d'égaliser tout prix inférieur offert aux acheteurs, et les clauses du client le plus favorisé, qui permettaient de garantir à chaque acheteur que son prix correspondrait au prix le plus bas payé par tout client³³.

NutraSweet était une entreprise américaine dont le brevet aux États-Unis n'expirait qu'en 1992. (Les brevets européens de NutraSweet avaient expiré au moment de la poursuite.) Le Canada représentait environ 5 p. 100 des ventes mondiales d'aspartame. Les fabricants de boisson gazeuse diète étaient les principaux acheteurs (85 p. 100) d'aspartame au Canada, Coke et Pepsi étant de loin les clients les plus importants. Le seul concurrent de NutraSweet était la Holland Sweetener Company, une coentreprise entre deux grandes sociétés, dont Tosoh du Japon. La commercialisation au Canada relevait de la responsabilité de Tosoh Canada.

La théorie économique propose au moins deux modèles pour analyser l'incidence sur la concurrence des conditions d'achat exclusif dans un cas comme celui de NutraSweet. L'une des théories, qui considère les restrictions sous forme d'exclusivité comme anticoncurrentielles, est inspirée de la démarche logique proposée par Aghion et Boulton (1987) (que nous avons analysée dans la section consacrée aux autres restrictions contractuelles). Dans un marché faisant l'objet d'un monopole où il est probable qu'une autre entreprise viendra s'implanter plus tard – par exemple, un marché sur lequel une autre entreprise essaie de s'établir –, chaque acheteur est incité à accepter un pot-de-vin relativement modeste pour conclure un accord d'exclusivité avec le fournisseur déjà établi. La conclusion d'un tel accord rend plus difficile l'accès au marché pour la nouvelle entreprise et dissuade celle-ci d'investir pour accroître sa capacité productive, réduisant ainsi la probabilité d'une structure de marché plus concurrentielle dans l'avenir.

Le même argument s'applique aux clauses de l'offre concurrente, qui peuvent avoir pour conséquence de décourager l'entrée sur le marché, en permettant à l'entreprise déjà établie de faire obstacle aux tentatives d'implantation de nouvelles entreprises en abaissant les prix. Les clauses du client le plus favorisé, de concert avec les modalités de l'offre concurrente, exercent un effet de dissuasion subtil sur l'accès au marché. Toute tentative par un nouveau venu de se ménager un accès restreint au marché en offrant à un acheteur des prix inférieurs à ceux de l'entreprise déjà établie se traduira par une baisse de prix consentie à tous les acheteurs par le fournisseur déjà établi, qui réagira ainsi après avoir été informé par l'acheteur de l'offre de prix réduit du nouvel arrivant, en vertu de l'obligation figurant dans la clause de l'offre concurrente.

La possibilité d'un accès restreint au marché pour le nouveau venu disparaît totalement lorsqu'il tente d'attirer l'un des acheteurs. Dans le contexte de ces clauses et des accords d'exclusivité de base, les acheteurs peuvent signer des ententes qui ont pour effet de décourager l'accès au marché ou de réduire la probabilité de pouvoir s'implanter sur le marché, même lorsqu'il serait collectivement avantageux pour eux de refuser de telles ententes.

Deux externalités sont à l'origine de ce problème d'action collective. L'acheteur ne tient pas compte dans ses décisions des coûts des obstacles à l'entrée ou du retard futur à l'entrée auxquels le nouveau fournisseur est confronté. Aspect plus important encore, lorsque la signature d'un accord d'exclusivité qui restreint les possibilités d'accès au marché a des effets négatifs pour l'acheteur, ce dernier ne supporte qu'une petite fraction du coût que ce genre de contrat impose au niveau de la structure future du marché. La suppression de la concurrence attribuable à l'accord exclusif, selon cette théorie, exerce son action grâce à l'incapacité des acheteurs d'internaliser les effets sociaux de leurs décisions d'accepter ces contrats.

Cette théorie repose sur deux conditions : premièrement, le nouveau fournisseur potentiel n'est pas une solution de remplacement viable pour les acheteurs sur le marché au moment de la conclusion du contrat avec le fournisseur déjà établi et, deuxièmement, la taille du segment du marché visé par les restrictions sous forme d'exclusivité (dans ce cas-ci, le Canada) est importante par rapport à la totalité du marché pour le produit (le marché mondial). Ces deux conditions servent de fondement à la notion centrale selon laquelle les décisions des acheteurs (d'accepter des accords d'exclusivité) sont faussées parce que ceux-ci déterminent collectivement la probabilité de l'arrivée d'un nouveau fournisseur, mais chaque acheteur ne supporte qu'une petite fraction du coût que comporte la probabilité réduite d'accès au marché lorsqu'il conclut un contrat d'exclusivité. En outre, plus le nombre d'acheteurs est élevé, plus leur problème d'action collective s'accroît.

Aucune de ces conditions ne s'appliquait dans la cause *NutraSweet*. Le Canada ne détenait que 5 p. 100 du marché de l'aspartame. Les mesures prises par les acheteurs canadiens n'avaient donc à peu près aucun impact sur les investissements des nouveaux venus éventuels en vue d'augmenter la capacité, contrairement à ce que prévoit la théorie anticoncurrentielle que nous avons exposée. Tosoh, la rivale de *NutraSweet*, ne pouvait non plus être considérée simplement comme un nouveau fournisseur éventuel. Tosoh fabriquait déjà de l'aspartame en 1989. Même si sa capacité de production à son seul établissement n'était que de 500 tonnes, comparativement à une quantité totale de 7 500 tonnes vendue sur le marché mondial, le marché américain demeurait sous l'emprise d'un monopole en raison du brevet détenu par *NutraSweet*. Mais la capacité de Tosoh dépassait de beaucoup les besoins du marché canadien, ce qui signifie qu'elle aurait été en mesure et probablement disposée à approvisionner la totalité du marché canadien à un prix égal à celui d'aspartame en Europe.

Selon l'autre théorie du caractère anticoncurrentiel des contrats de NutraSweet, les clauses de soutien de la concurrence et celles du client le plus favorisé avaient pour effet de dissuader Tosoh de faire même des offres à des acheteurs sur le marché canadien de l'aspartame. La clause de soutien de la concurrence permettait automatiquement au fournisseur déjà établi d'offrir des prix semblables, laissant ainsi Tosoh sans offre acceptée. Et Tosoh savait que toute tentative visant à obtenir un accès restreint au marché en faisant une offre à un acheteur donnerait lieu – par le jeu combiné des clauses de soutien de la concurrence et du client le plus favorisé – à une baisse de prix non seulement pour l'acheteur en question mais pour tous les autres acheteurs.

Cette théorie pourrait avoir un certain pouvoir explicatif dans une économie où le coût de présenter des offres ou d'organiser l'accès à un secteur géographique donné est très élevé et où les acheteurs sont en quelque sorte incapables de solliciter des soumissions auprès du nouveau venu. Mais ces caractéristiques ne s'appliquent pas à l'aspartame, et la théorie ne s'est pas pertinente parce que les grands acheteurs, Coke et Pepsi, se sont en fait adressés à Tosoh pour obtenir des soumissions concurrentes. De plus, comme le Tribunal l'a souligné, les clauses de l'offre concurrente et du client le plus favorisé figuraient dans les contrats à la demande des acheteurs.

Selon une autre théorie sur la question de l'exclusivité dans cette affaire, NutraSweet était en mesure d'offrir à chaque acheteur une combinaison de prix et d'exclusivité plus attrayante que la meilleure offre que Tosoh pouvait présenter. Lorsque Coke et Pepsi ont communiqué avec Tosoh pour solliciter des offres, cette dernière a répondu qu'elle n'était pas en mesure de répondre à l'ensemble des besoins des deux sociétés.

D'après cette théorie, la décision de NutraSweet d'imposer une restriction sous la forme d'un accord d'exclusivité à eu pour effet de modifier la nature de la concurrence : on est passé d'une concurrence à l'intérieur du marché à une concurrence pour le marché (Mathewson et Winter, 1987; McAfee et Schwartz, 1994). Un fabricant peut, s'il exerce une position suffisamment dominante sur le marché, imposer un accord d'exclusivité et hausser son prix au-dessus du niveau correspondant à une situation de duopole sur un marché sans accord d'exclusivité. Dans ce cas, la conclusion d'accords d'exclusivité aurait un caractère anticoncurrentiel, selon cette théorie. Mais, dans certaines circonstances, l'entreprise dominante offrira des contrats renfermant des clauses d'exclusivité même si elle doit abaisser son prix pour inciter les acheteurs à accepter le contrat. Dans la poursuite célèbre mettant en cause Standard Fashions, cette dernière avait abaissé son prix de 50 p. 100 pour inciter les acheteurs à accepter une restriction sous forme d'accord d'exclusivité. Une hausse de la part du marché à 100 p. 100 peut plus que compenser l'entreprise dominante pour la baisse de prix qu'elle doit consentir afin d'inciter les acheteurs à accepter la restriction.

Dans ce cas, la concurrence éventuelle remplace la concurrence actuelle comme élément dynamique imposant une discipline au niveau des prix sur le

marché. Comme le soutient la théorie du marché disputable, la concurrence éventuelle peut exercer une discipline sur les prix, même lorsque le marché semble être dans une situation de monopole. Le niveau de compétitivité sur un marché n'est pas seulement fonction de sa structure, mais aussi de la mesure dans laquelle de nouveaux venus pourraient approvisionner les entreprises qui achètent sur ce marché¹⁴.

Il faut alors se demander si la situation de Tosoh en tant que nouveau fournisseur potentiel était assez forte pour exercer une influence à la baisse sur les prix du marché. Dans son jugement, le Tribunal a affirmé qu'il était d'accord avec le point de vue de Tosoh selon lequel cette dernière avait été utilisée par Coke et Pepsi pour obtenir un meilleur prix de NutraSweet et qu'il y avait peu de chance que l'une ou l'autre des sociétés ait sérieusement envisagé de confier la totalité de ses achats canadiens à Tosoh (p. 83).

La mention d'un nouveau fournisseur potentiel par des acheteurs dans le but d'obtenir un meilleur prix évoque une situation où la concurrence pourrait avoir été à l'oeuvre.

Mais quelle est l'importance du pouvoir exercé par cette concurrence potentielle pour imposer une discipline au niveau des prix sur le marché ? La réponse à cette question nous est fournie par la deuxième allégation majeure du Directeur (écartée par le Tribunal), selon laquelle les prix de NutraSweet étaient trop faibles pour être concurrentiels. L'établissement de prix au-dessous du niveau des coûts de production est une pratique qui peut être jugée anti-concurrentielle aux termes de l'article 78 de la *Loi sur la concurrence*.

Pour que les méthodes d'établissement des prix de NutraSweet soient assimilées à des pratiques de prix d'éviction, il aurait fallu que la société fixe ses prix à des niveaux inférieurs aux coûts en 1989 dans l'espoir que le manque d'accès au marché canadien ait un effet tellement dissuasif sur l'investissement de Tosoh dans le développement d'une capacité mondiale que les prix auraient par la suite augmenté au Canada. Le fait que le Canada ne représentait que 5 p. 100 du marché mondial rend cette possibilité difficile à envisager.

CONCLUSION : CONSÉQUENCES POUR LES POLITIQUES CANADIENNES

NOUS AVONS EXAMINÉ LE TRAITEMENT ÉCONOMIQUE ET JURIDIQUE des restrictions axées sur l'exclusivité dans les contrats de licence dans trois sphères législatives. En guise de conclusion, nous présentons une analyse des conséquences de ces restrictions contractuelles pour la politique canadienne. Nous mettons l'accent sur les restrictions territoriales exclusives et ce, pour deux raisons. Premièrement, les restrictions sous forme de licences exclusives, dans l'optique des politiques, sont intimement liées à cette catégorie de limitations. Deuxièmement, la question des accords d'exclusivité a reçu moins d'attention dans la jurisprudence et sur le plan des politiques.

Il y a une différence marquée au chapitre du traitement juridique des restrictions axées sur l'exclusivité dans les contrats de licence entre l'Amérique du Nord et la CE. La CE interdit les clauses de territoire fermé parce qu'elles vont à l'encontre des garanties données par le Traité de Rome sur la libre circulation des biens entre les États membres de la Communauté. Il n'existe aucun obstacle juridique aux restrictions territoriales en Amérique du Nord. L'exclusivité sur un territoire ouvert est généralement acceptée dans la CE, mais un donneur de licence ne peut offrir à un détenteur de licence exclusive dans un État membre une protection contre les importations provenant d'un autre détenteur de licence.

À la lumière de l'analyse économique des territoires exclusifs, où la politique canadienne devrait-elle se situer sur l'échelle des possibilités définie par le traitement juridique accordé aux restrictions territoriales dans la CE et aux États-Unis ? Nous fondons notre analyse sur l'hypothèse que la politique de concurrence devrait viser à maximiser l'efficacité économique, mais qu'elle devrait tenir compte de la contrainte posée par la reconnaissance des droits accordés par la législation sur les brevets et par d'autres mesures de protection juridique de la propriété intellectuelle. C'est à la lumière de ce critère que nous avons évalué les répercussions sur l'efficacité de six éléments d'incitation privés possibles en faveur de l'exclusivité territoriale.

L'élément d'incitation le plus simple en faveur d'une exclusivité territoriale se présente lorsque le donneur de licence est tenu par des conditions de marché et d'information d'utiliser des droits fixes pour percevoir des redevances. Dans la mesure où la concurrence est vive entre les détenteurs de licence, la division territoriale du marché pour un produit entre N détenteurs de licence sera plus profitable parce que chaque détenteur de licence représentera une valeur égale à $1/N$ des profits monopolistiques. En l'absence d'exclusivité, chaque licence a une valeur égale à $1/N$ de l'ensemble des bénéfices (moindres) réalisés sur le marché plus concurrentiel.

Ce stimulant peut servir de justification à l'exclusivité comme moyen d'assurer une diffusion efficace de la technologie. Une interdiction aurait pour effet d'entraver une vaste diffusion de la technologie, en raison du nombre plus élevé de détenteurs de licence spécialisés sur une base géographique. La contrainte selon laquelle la politique de concurrence devrait tenir compte des droits conférés par la législation sur les brevets joue aussi. Un brevet accorde au donneur de licence les droits exclusifs sur un produit dans tous les territoires où le brevet est valide. Les restrictions territoriales représentent tout simplement le fractionnement de ce droit avant sa cession à des personnes qui sont en meilleure position pour l'exploiter. Cette vision évoque une politique qui se rapproche davantage de celle des États-Unis que de celle de la CE. Le paragraphe (5) de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence* renferme une contrainte selon laquelle les droits de brevet doivent être respectés plus explicitement que ceux qui sont prévus dans la loi sur la concurrence aux États-Unis, bien que le jugement rendu dans l'affaire *NutraSweet* laisse croire que cet alinéa ne constitue

peut-être pas une exception significative. La protection d'un investissement spécifique contre l'extorsion est la deuxième incitation à caractère vertical en faveur de l'exclusivité territoriale et des modalités connexes que sont l'octroi d'une licence exclusive et les limitations imposées au champ d'exploitation. Cette explication est favorable à une attitude de tolérance à l'égard de ces restrictions en se fondant uniquement sur des critères d'efficacité.

Dans la mesure où ces motifs expliquent l'emploi de restrictions territoriales verticales, l'interdiction d'utiliser ces restrictions aurait pour effet de porter préjudice à l'efficacité des marchés des produits, à la diffusion de la technologie et, puisque l'exploitation rentable des innovations serait entravée, aux incitations à innover. Notre cadre de référence normatif ne permet pas de considérer que la concurrence horizontale entre des détenteurs de licence – par exemple, la libre circulation d'un produit entre les États membres de la CE – est un objectif en soi, qui est indépendant des répercussions sur l'efficacité.

Toutefois, l'exclusivité ne s'explique pas toujours sur la base d'un phénomène à caractère purement vertical. Lorsque le fractionnement du territoire sert tout simplement à masquer une division du marché entre des détenteurs de licence qui entretenaient des rapports horizontaux avant la conclusion de l'accord de licence, il devrait être interdit. Lorsque deux donneurs de licence ou plus ont recours à une division territoriale verticale comme moyen de faciliter une coordination des prix et des quantités de biens qu'ils produisent, la restriction a aussi un caractère non efficace et elle devrait être interdite. Dans le cadre de la *Loi sur la concurrence* au Canada, nous pensons que cette interdiction devrait être invoquée aux termes de l'article 45 qui porte sur les complots. Une application de l'article 79 ne serait pas nécessaire.

Un effet horizontal plus subtil d'une division territoriale verticale est celui de l'affaiblissement de la concurrence entre des donneurs de licence qui s'engagent publiquement à accorder des contrats de licence. Lorsqu'on constate que deux donneurs de licence ou plus de produits qui sont de proches substituts annoncent les modalités de leurs contrats de licence ou qu'ils communiquent les conditions de leurs contrats de licence et leur engagement à l'égard de ces contrats, les responsables de la politique de concurrence devraient avoir le pouvoir légal de révoquer ces contrats.

NOTES

- 1 Nous ne considérons pas la législation sur les marques de commerce dans notre exposé.
- 2 En d'autres termes, la décision qui oppose l'octroi d'une licence exclusive à l'octroi d'une licence non exclusive est prise après avoir déterminé l'existence de marchés géographiques distincts.
- 3 L'octroi de licences au retour non exclusives, selon lesquelles le donneur de licence obtient les droits – mais non les droits exclusifs – sur les améliorations apportées à la technologie, représente une autre solution possible.

- 4 L'octroi de licences au retour exclusives figurait au coeur de l'affaire *Transparent-WrapMachine Corp. v. Stokes and Smith Co.*, 329 US 637 (1946).
- 5 Par exemple, dans l'affaire *Digital Équipement du Canada* (DEC), DEC liait la vente de son logiciel d'exploitation breveté au service d'entretien du matériel sur l'équipement vendu (Directeur des enquêtes et recherches, *Rapport annuel pour l'année terminée le 31 mars 1993*, p. 14).
- 6 Des clauses de client le plus favorisé et des modalités de soutien de la concurrence furent remises en question dans la cause *Canada (Director of Investigation and Research) v. The NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1. Cette affaire est analysée dans la section de notre exposé portant sur le traitement juridique des restrictions axées sur l'exclusivité aux États-Unis, dans la Communauté européenne et au Canada.
- 7 Avant la récente ordonnance de consentement relative à l'affaire *Microsoft*, cette société percevait une redevance sur chaque unité expédiée par les fabricants d'ordinateurs personnels en aval, et non sur le nombre d'unités du logiciel d'exploitation MS-DOS expédiées.
- 8 L'effet restrictif attribuable à une limitation en matière de quantité minimum fut soulevé dans l'affaire *Microsoft*.
- 9 Comme nous l'avons examiné dans la section de notre exposé portant sur le traitement juridique des restrictions axées sur l'exclusivité aux États-Unis, dans la Communauté européenne et au Canada, les lignes directrices sur la politique antitrust émises récemment par le Département de la Justice des États-Unis pour l'octroi de licences de propriété intellectuelle se réfèrent à l'innovation comme étant un « marché ». En fait, cette caractérisation est perçue comme une innovation au niveau de l'application de la politique antitrust (voir Hay, 1995; Rapp, 1995; Hoerner, 1995; Gilbert et Sunshine, 1995b). L'innovation n'est pas un marché au sens que les économistes rattachent à ce terme – un ensemble de transactions dans le cadre desquelles un bien donné est échangé –, mais la terminologie est commune aux deux sens du terme.
- 10 Cet effet modérateur de la monopolisation sur l'activité innovatrice peut aussi s'exprimer en comparant les stimulants à l'innovation dans le contexte des deux structures de marché extrêmes, le monopole et la concurrence. Kenneth Arrow (1962) a souligné que l'incitation à innover pour un monopoleur n'est liée qu'à l'augmentation des bénéfices qui résultent du passage d'une ancienne à une nouvelle technologie, tandis que, dans le contexte de marchés concurrentiels, le gain attribuable à une innovation « radicale » (une innovation qui permet une monopolisation attribuable à la supériorité du produit ou du procédé) est un bénéfice monopolistique complet.
- 11 Si tous les éléments d'actif étaient facilement transmissibles, les avoirs possédés de façon commune pourraient être détenus efficacement par l'innovateur ou le propriétaire des éléments d'actif communs; les deux moyens de réaliser une propriété commune seraient tout aussi efficaces l'un que l'autre. L'équivalence peut être rompue dans le cas de contraintes de richesse (un petit inventeur d'un nouvel élément de moteur d'automobile ne peut pas acquérir General Motors) ou dans le contexte de la reconnaissance que certains types d'éléments d'actif, comme le capital humain, ont un caractère inaliénable. L'élaboration de la théorie économique de la propriété des éléments d'actif est attribuable à Grossman et Hart (1986) ainsi qu'à Hart et Moore (1990).

- 12 Dans des marchés où il n'est pas possible de séparer des créances résiduelles, comme dans celui des voitures d'occasion, les asymétries d'information auront pour effet de réduire ou de faire disparaître complètement les transactions commerciales (Akerlof, 1970).
- 13 Plus précisément, le degré de spécificité d'un élément d'actif dans le contexte d'une utilisation ou d'un rapport donné se mesure par la proportion selon laquelle la valeur de l'élément d'actif est plus élevée dans son utilisation actuelle que dans celle qui vient immédiatement après.
- 14 La substitution a un caractère non efficient par rapport aux bénéfices collectifs du donneur et du détenteur de licence, parce que la composition des biens intermédiaires devrait idéalement être fondée sur les coûts d'opportunité. La redevance n'est pas un coût d'opportunité.
- 15 La redevance serait établie à un niveau où l'externalité concurrentielle horizontale entre les détenteurs de licence compense complètement l'externalité verticale relative à l'effet de double majoration, et la totalité des bénéfices serait réalisée sans exclusivité territoriale.
- 16 Soulignons le contraste entre les hypothèses nécessaires à ce stimulant en matière de restrictions territoriales, l'effet de facilitation de la collusion, et les hypothèses nécessaires à la motivation horizontale précédente, l'effet Rey-Stiglitz. Selon l'hypothèse relative à l'effet de facilitation de la collusion, les conditions de redevance dans l'accord de licence ne peuvent pas être contrôlées par les membres du cartel; selon la théorie de Rey-Stiglitz, il faut observer et respecter l'accord.
- 17 Nous ne considérons pas dans notre exposé les questions de la concession réciproque de licences exclusives et de la mise en commun de brevets suite à l'intégration de droits exclusifs relatifs à des technologies connexes.
- 18 *National Lockwasher Co. v. George K. Garret Co.*, 137 F.2d 255 (3rd dir. 1943). Cette affaire fait l'objet d'une analyse dans l'étude de l'OCDE (1989), p. 69.
- 19 La probabilité d'une implantation réussie par une autre entreprise augmente en fonction du nombre d'acheteurs non liés par des accords d'exclusivité avec l'entreprise déjà établie.
- 20 *Director of Research and Investigation (Canada) v. Dun and Bradstreet*.
- 21 USC, article 261.
- 22 Department of Justice et Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, le 6 avril 1995.
- 23 Guidelines, p. 2.
- 24 Guidelines, p. 5.
- 25 Cette section s'inspire largement de l'excellent résumé paru dans l'ouvrage de l'OCDE, *Politique de concurrence et propriété intellectuelle*, 1989.
- 26 *Centraforum BV v. Sterling Drug Inc.*, Case 15/74, 1974 E.C.R. 1147, p. 1162-1163.
- 27 Cité dans l'ouvrage de l'OCDE, 1989.
- 28 On peut trouver une analyse récente de la législation canadienne dans l'exposé de George N. Addy (Directeur des enquêtes et recherches), « Competition Policy and Intellectual Property Rights: Complementary Framework Policies for a Dynamic Market Economy », note pour l'exposé présenté lors 36e congrès mondial de l'AIPPI, Bureau de la concurrence, le 19 juin 1995.
- 28 Directeur des enquêtes et recherche, *Rapport annuel pour l'année terminée le 31 mars 1968*, p. 42; *Rapport annuel*, 1970, p. 54-56; *Rapport annuel*, 1972, p. 29-30.

- 29 *Loi sur la concurrence* (L.R.C. 1985, chapitre C-34, modifiée en 1988), article 77 (2).
- 30 Directeur des enquêtes et recherches, *Rapport annuel pour l'année terminée le 31 mars 1993*, p. 14.
- 31 *Loi sur la concurrence*, article 78 (h).
- 32 *Canada (Director of Investigation and Research) v. The NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1.
- 33 De plus, le Directeur a allégué que NutraSweet avait vendu son produit à un prix inférieur à son coût d'acquisition, soit l'une des pratiques anticoncurrentielles possibles qui se trouve énumérée dans l'article 78. Toutefois, le tribunal a jugé que la société NutraSweet ne s'était pas adonnée à des pratiques déloyales de fixation de prix inférieurs aux coûts.
- 34 Les témoignages fournis au moment de la poursuite indiquent que la société Tosoh n'était pas en mesure de répondre à la totalité des besoins des grands acheteurs, mais cette affirmation signifie probablement que Tosoh n'était pas disposée à fournir les quantités demandées au prix que les acheteurs auraient été prêts à payer.

BIBLIOGRAPHIE

- Aghion, Philippe et Patrick Boulton, « Contracts as a Barrier to Entry », *American Economic Review*, vol. 77, n° 3, juin 1987, p. 388-401.
- Akerlof, George A., « The Market for 'Lemons': Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, 1970, p. 488-500.
- Anderson, R. D., P. J. Hughers, S. D. Khosla et M. F. Ronayne, « Intellectual Property Rights and International Market Segmentation: Implications of the Exhaustion Principle », Document de travail, Bureau de la concurrence, octobre 1990.
- Arrow, Kenneth, « Economic Welfare and the Allocation of Resources to Invention », dans *The Rate and Direction of Inventive Activity*, National Bureau of Economic Research, 1962, p. 609-620.
- Bork, Robert H., *The Antitrust Paradox*, Basic Books, New York, 1978.
- Brandenburger, Adam M. Barry J. Nalebuff, « The Right Game: Use Game Theory to Shape Strategy », *Harvard Business Review*, juillet-août 1995, p. 57-73.
- Easterbrook, Frank H. et Richard A. Posner, *Antitrust*, American Casebook Series, West Publishing, 2e édition, Chicago, 1981.
- Fargeix, Michael et Jeffrey Perloff, « The Effects of Tariffs in Markets with Vertical Restraints », *Journal of International Economics*, vol. 26, février 1989, p. 99-117.
- Gallini, Nancy et Brian Wright, « Technology Transfer under Asymmetric Information », *Rand Journal of Economics*, printemps 1990, p. 147-160.
- Gilbert, Richard J. et Steven C. Sunshine, « Incorporating Dynamic Efficiency Concerns into Merger Analysis: The Use of Innovation Markets », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, 1995a, p. 569.
- , « The Use of Innovation Markets: A Reply to Hay, Rapp, and Hoerner », *Antitrust Law Journal*, vol. 64, n° 1, automne 1995b, p. 75-82.

- Grossman, Sanford et Oliver Hart, « The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration », *Journal of Political Economy*, vol. 94, 1986, p. 691-719.
- Hart, Oliver et John Moore, « Property Rights and the Nature of the Firm », *Journal of Political Economy*, vol. 48, décembre 1990, p. 1119-1158.
- Hay, George A., « Innovations in Antitrust Enforcement », *Antitrust Law Journal*, vol. 64, n° 1, automne 1995, p. 7-18.
- Hoerner, Robert J., « Innovation Markets: New Wine in Old Bottles? », *Antitrust Law Journal*, vol. 64, n° 1, automne 1995, p. 49-75.
- Levin, Richard C. et coll., « R&D Appropriability, Opportunity, and Market Structure: New Evidence on Some Schumpeterian Hypotheses », *American Economic Review*, vol. 75, n° 2, mai 1985, p. 20-25. Marvel, Howard P., « Exclusive Dealing », *Journal of Law and Economics*, vol. 25, 1982, p. 1-25.
- Mas-Colell, Andreu, Michael Whinston et Jerry Green, *Microeconomic Theory*, Oxford University Press, 1995.
- Mathewson, G. F. et R. A. Winter, « The Competitive Effects of Exclusive Dealing: Comment », *American Economic Review*, vol. 77, n° 5, décembre 1987, p. 1057-1062.
- , « The Law and Economics of Vertical Restraints », dans *The Law and Economics of Competition Policy*, publié sous la direction de G. F. Mathewson et M. J. Trebilcock, The Fraser Institute, Vancouver, 1986.
- McAfee, Preston et Marius Schwartz, « Opportunism in Multilateral Vertical Contracting: Nondiscrimination, Exclusivity, and Uniformity », *American Economic Review*, vol. 84, n° 1, mars 1995, p. 210-230.
- Organisation de coopération et de développement économiques, *Politique de concurrence et propriété intellectuelle*, OCDE, Paris, 1989.
- Porter, Michael, *The Competitive Advantage of Nations*, Harvard University Press, Cambridge, 1990.
- Posner, Richard A., *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, Chicago, 1976.
- Priest, George, « Cartels and Patent Licence Arrangements », *Journal of Law and Economics*, n° 309, 1977, p. 326-330.
- Rapp, Richard T., « The Misapplication of the Innovation Market Approach to Merger Analysis », *Antitrust Law Journal*, vol. 64, n° 1, automne 1995, p. 19-49.
- Rasmussen, Eric, Mark Ramseyer et John S. Wiley, Jr., « Naked Exclusion », *American Economic Review*, vol. 81, n° 5, décembre 1991, p. 1137-1145.
- Rey, Patrick et Joseph E. Stiglitz, « The Role of Exclusive Territories in Producers' Competition », *Rand Journal of Economics*, vol. 26, n° 3, automne 1995, p. 431-451.
- Rey, Patrick et Jean Tirole, « Vertical Restraints from a Principal-Agent Viewpoint », dans *Marketing Channels: Relationships and Performance*, publié sous la direction de L. Pelligrini et S. Reddy, Lexington Books, Lexington, 1986, p. 3-30.
- Riordan, Michael, « Uncertainty, Asymmetric Information and Bilateral Contracts », *Review of Economic Studies*, vol. 51, janvier 1984, p. 83-93.
- Scherer, F. M., *Innovation and Growth: Schumpeterian Perspectives*, MIT Press, Cambridge, 1984.
- Schwartz, Marius, « The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment », *American Economic Review*, vol. 72, décembre 1987, p. 1063-1068.

Commentaire

Marius Schwartz
 U.S. Council of Economic Advisers et
 Université Georgetown

LE TRAITEMENT TANT DES RESTRICTIONS AXÉES SUR L'EXCLUSIVITÉ que de la LR-D et de la propriété intellectuelle dans les écrits économiques revêt un caractère complexe et parsemé d'ambiguïté. Il n'est donc pas étonnant que le fait pour les auteurs d'aborder ces deux domaines dans le même document les a amenés à soulever des questions difficiles. Mais ils ont tout de même réussi à apporter une contribution utile à ce champ d'analyse. Rey et Winter ont minutieusement décrit les divers types de pratiques axées sur l'exclusivité : des restrictions directes et des pratiques de nature indirecte qui ne nécessitent pas une exclusivité explicite même si elle peuvent avoir le même effet. Un exemple de ce dernier type de pratiques nous est donné par certaines clauses de client le plus favorisé (qui obligent une entreprise à aligner son prix sur celui d'un nouveau venu, un engagement qui peut avoir pour effet d'entraver l'accès au marché). Les auteurs décrivent aussi de façon convaincante les divers fondements des pratiques axées sur l'exclusivité, à ce chapitre, je souscris au principe selon lequel, pour pouvoir expliquer les effets sur le bien-être, il importe, du moins dans un premier temps, de comprendre les motivations des parties et de déterminer si les intervenants maintiennent des liens verticaux ou horizontaux ou si, comme Baxter et Kessler l'ont indiqué dans leur exposé (chapitre 5 du présent ouvrage), ils offrent des produits complémentaires ou substitués – une distinction plus générale qui permet de saisir l'essentiel de la différence entre liens « verticaux » et liens « horizontaux ».

Je ferai porter mes commentaires sur trois sujets : premièrement, l'emploi de l'exclusivité pour prévenir l'opportunisme de la part du donneur de licence; deuxièmement, l'interface entre la politique de concurrence et les incitations à innover; troisièmement, l'affaire *NutraSweet* ou, de façon plus générale, l'exclusivité et la forclusion.

Je pense que, dans une certaine mesure, Rey et Winter sous-estiment l'importance de l'exclusivité comme moyen de prévenir l'opportunisme d'un donneur de licence à l'endroit d'un détenteur de licence (ou d'un franchisé). Ainsi, ils soutiennent que des clauses de client le plus favorisé (CPF) – qui prévoient que, si le donneur de licence impose une redevance moins élevée à un deuxième détenteur de licence, le premier détenteur deviendra admissible à la même escompte – sont un outil puissant pour prévenir l'opportunisme, c'est-à-dire, empêcher le donneur de licence de laisser entrer un deuxième détenteur de licence, une fois que le premier a engagé des investissements spécifiques. Mais, Preston MacAffee et moi-même avons démontré (*American Economic*

Review, 1994) que la notion selon laquelle des clauses de CPF peuvent prévenir l'opportunisme s'applique lorsque le contrat comporte une redevance ou un prix de type linéaire, mais qu'elle ne s'applique pas dans un contexte plus complexe, notamment lorsque le contrat prévoit un tarif en deux volets.

Pour illustrer cette situation, supposons que la structure de marché optimale en aval se compose de deux détenteurs de licence. Supposons qu'ils ont un caractère symétrique, mais qu'ils sont différenciés au niveau de leurs produits, ce qui explique pourquoi il faut deux détenteurs pour des raisons d'efficacité. Le contrat de maximisation des bénéfices comporte un tarif en deux volets selon lequel la redevance sur la production est positive, parce qu'on cherche à faire hausser le coût marginal des entreprises en aval afin de compenser pour le fait que la concurrence en aval résulte autrement en des prix des produits qui sont inférieurs à ceux qu'un fabricant de deux produits intégrés en situation de monopole choisirait. La redevance est donc positive – supérieure au coût marginal du donneur de licence, que nous supposons être égal à zéro, pour simplifier.

Cette modalité de maximisation des bénéfices ne peut être viable que si elle est exempte d'opportunisme. Mais le donneur de licence pourrait, après avoir accordé une licence à une première entreprise et perçu un droit fixe, vouloir se tourner vers une autre entreprise et lui proposer, en ignorant la première entreprise, la conclusion d'un accord bilatéral en vertu duquel la redevance perçue serait abaissée à zéro (devenant ainsi égale à son coût marginal). En échange de cette baisse de redevance, le donneur de licence imposerait un droit fixe plus élevé. Telle est donc la nature de la déviation opportuniste.

Il faut donc se demander s'il est possible d'empêcher cette forme d'opportunisme en indiquant au premier détenteur de licence que l'accord comprendra une clause de CPF. Tout dépend de ce qu'on entend par clause de CPF. Si elle signifie que la première entreprise aura droit selon son contrat d'être partie prenante à tout contrat additionnel offert par la suite à une autre entreprise – ce qui, à mon avis, est une interprétation raisonnable –, la clause de CPF ne constitue pas une solution au problème de l'opportunisme. Il en est ainsi parce que, une fois que le deuxième détenteur de licence accepte un contrat comprenant une redevance plus faible et un droit fixe plus élevé, cela rend le premier détenteur de licence simplement indifférent à accepter l'offre de déviation, car il ne sera pas profitable pour ce dernier de payer ce droit fixe plus élevé en échange de la même réduction sous forme de coût moindre. Ce résultat s'explique par le fait qu'une réduction des coûts marginaux pour le détenteur de licence est moins attrayante une fois qu'il doit affronter un concurrent dont les coûts sont déjà moins élevés.

Cette analyse concorde avec l'argument selon lequel il pourrait être nécessaire, afin d'empêcher l'opportunisme, de s'en remettre à la formule du territoire exclusif ou à un certain type d'exclusivité explicite, ou d'imposer au départ un tarif en deux volets qu'une seule entreprise acceptera. Le problème ne pourra peut-être pas être solutionné simplement dans le contexte d'une multiplicité d'entreprises et d'une clause de CPF.

Le deuxième domaine au sujet duquel j'entends présenter des commentaires est celui des liens entre la politique de concurrence et les stimulants à l'innovation. Il y a une tension intrinsèque entre l'approche statique fondée sur la politique de concurrence et la propriété intellectuelle qui vise à stimuler l'innovation; j'estime qu'il faudrait continuellement souligner le fait que la politique de concurrence devrait respecter, du moins dans une certaine mesure, les contraintes de la propriété intellectuelle.

Par exemple, pourquoi les responsables de la réglementation voudraient-ils empêcher un donneur de licence d'attribuer des territoires exclusifs – une exclusivité sur un territoire fermé, que l'Union européenne interdit parfois (du moins à l'intérieur de la Communauté quand les territoires coïncident avec les frontières des États) – lorsque, dans les faits, le donneur de licence a le choix de s'accorder une licence à lui-même à titre de vendeur exclusif dans ces deux marchés ? Pourquoi cette incohérence en matière de traitement ? Comme le droit d'exclusivité est accordé dans le contexte de la propriété intellectuelle, pourquoi y mêler une question de politique de concurrence ?

Ce traitement incohérent s'étend bien sûr au delà de la propriété intellectuelle. Dans le contexte de liens verticaux, des restrictions interdites en vertu de contrats sont souvent permises dans le cadre d'un processus d'intégration. Il s'agit d'une pierre d'achoppement continue dans les réflexions que soulèvent des liens verticaux. Est-il souhaitable de pousser des entreprises dans une voie qui aboutit au même préjudice (par exemple, un processus d'intégration), mais qui a peut-être un caractère moins efficient ?

Mon troisième commentaire, c'est qu'il ne faudrait pas attribuer une importance excessive à la distinction entre la propriété intellectuelle et d'autres formes de propriété, parce que la législation antitrust reconnaît l'importance des incitations visant à encourager des investissements dans toutes les formes de propriété, non pas uniquement en ce qui concerne la propriété intellectuelle. Nous devons rappeler que, sur le plan de la politique de concurrence, les stimulants sont importants pour tous les types d'investissement, non pas uniquement dans la mesure où la politique antitrust est reliée à la propriété intellectuelle. Mais, étant donné l'importance des stimulants, que devons-nous faire en ce qui concerne l'aspect antitrust de la doctrine des installations essentielles dans les litiges portant sur la propriété intellectuelle ? À quel niveau voulons-nous établir le seuil à partir duquel il faut invoquer la doctrine des installations essentielles et soutenir qu'une installation créée par l'intermédiaire de la propriété intellectuelle dépasse véritablement la limite admissible et nécessite une intervention de la part des responsables de la politique de concurrence ?

Toujours dans le domaine de la politique de concurrence et des stimulants à l'innovation, les auteurs adoptent la position, que je trouve intuitivement attrayante, qu'il devrait y avoir une division des tâches entre la politique de concurrence et la politique de propriété intellectuelle. En d'autres termes, nous devrions utiliser la propriété intellectuelle pour offrir les stimulants appropriés et se préoccuper par la suite des problèmes de concurrence en faisant appel à la

politique antitrust, et celle-ci devrait être utilisée pour améliorer les stimulants. Comme j'ai déjà perçu un certain désaccord à l'égard de cette proposition de la part d'auteurs d'autres exposés contenus dans le présent ouvrage, mes réserves initiales étaient peut-être quelque peu justifiées. Je pense que je continue de les maintenir, mais j'en suis moins convaincu. En particulier, l'argument suivant peut justifier une responsabilité partagée par opposition à une division rigoureuse : Le régime de propriété intellectuelle est assez rigide; une durée de 17 ans s'applique aux brevets dans toutes les industries, ce qui n'est probablement pas une période optimale. Les responsables de la politique antitrust, de par la nature de leurs fonctions, entreprennent des enquêtes propres à des situations particulières, qui leur fournissent des renseignements précis. Est-il logique de tirer avantage de ces renseignements précis pour apporter des améliorations au niveau de protection des bénéfices accordé aux détenteurs de droits de propriété intellectuelle ?

Mon dernier commentaire sur ce vaste sujet, c'est que l'utilisation du terme « asymétrie » me semble prêter à confusion pour décrire le traitement des incitations à l'innovation dans le contexte de la politique de concurrence. Les auteurs affirment que, si une fusion ou une pratique anticoncurrentielle a pour effet de diminuer les incitations à l'innovation, elle devrait être interdite. Mais, si une pratique anticoncurrentielle résulte en une augmentation des stimulants à l'innovation, elle ne devrait pas être invoquée comme moyen de défense. Je ne considère pas qu'il s'agit d'un traitement asymétrique. Les auteurs affirment qu'il faudrait établir des incitations appropriées à l'innovation par l'intermédiaire de la politique de propriété intellectuelle, pourvu que la politique de concurrence réussisse à maintenir la concurrence. Par conséquent, en se fondant sur cette répartition des tâches, il faudrait s'opposer à toute situation anticoncurrentielle, qu'elle ait pour effet de diminuer les incitations à l'innovation ou de les stimuler. Il n'y a donc aucune « asymétrie » de traitement.

Dans un ordre d'idée un peu différent, je pense que les gens se préoccupent un peu trop des incitations à innover et pas assez de l'efficacité avec laquelle le processus d'innovation se déroule. Ce qui importe vraiment, ce n'est pas le volume d'investissement en R-D, mais sa qualité. Si des entreprises se fusionnent, il peut en résulter une diminution des incitations à entreprendre des projets de R-D (comme les lignes directrices américaines le prévoient parce que l'externalité de la course au brevet est internalisée); toutefois, comme les projets de R-D deviennent coordonnés et que l'une des filiales poursuit la stratégie A, tandis que l'autre filiale poursuit la stratégie B, l'effet ultime pourrait fort bien être un volume d'innovation plus élevé pour un niveau d'investissement en R-D moins élevé. Je pense que Rey et Winter font probablement valoir cet aspect de la question, mais il faudrait le mettre en relief un peu plus.

En troisième et dernier lieu, je voudrais faire un commentaire au sujet de l'accord d'exclusivité dans l'affaire *NutraSweet*. Les auteurs présentent une analogie avec une situation de rivalité et ils affirment qu'il pourrait y avoir un contexte selon lequel la concurrence à l'intérieur du marché est modifiée d'une

façon efficiente pour devenir une concurrence potentielle pour le marché. Dans le contexte d'une concurrence potentielle pour le marché, les grands acheteurs s'en tirent mieux parce qu'ils obtiennent de faibles prix, bien que ce soit avec un fournisseur au lieu de deux.

Mais les grands acheteurs ne sont habituellement pas une source de préoccupations, car on considère implicitement que, dans la plupart des domaines de la politique de concurrence, les grands acheteurs peuvent se tirer d'affaire d'eux-mêmes. Ils peuvent prospecter le marché pour comparer les prix; ils peuvent menacer de s'intégrer. Ce sont les petits acheteurs qui nous préoccupent. L'affaire *NutraSweet* mettait en cause deux grands acheteurs, Pepsi et Coke, mais il y avait peut-être aussi de petits acheteurs : de petits producteurs de liqueurs douces. Je serais enclin à me préoccuper d'une situation selon laquelle un grand acheteur conclut un accord d'exclusivité avec un fabricant d'aspartame (comme *NutraSweet*). Même si ces deux entreprises améliorent leur situation, je me préoccuperais de ce genre d'entente si elle avait pour effet de couper l'accès au marché d'un autre fabricant d'aspartame et de priver de petits acheteurs d'une véritable concurrence (à cause d'économies d'échelle au niveau de la production d'aspartame). Soit dit en passant, je pense que les économistes qui ont avancé l'argument de la rivalité l'ont présenté comme un remède à l'exploitation du pouvoir de monopole à l'endroit de petits acheteurs, non dans le contexte des grands acheteurs. L'utilisation de cet argument dans le contexte de *NutraSweet*, avec des acheteurs comme Pepsi et Coke, ne s'inscrit pas dans l'optique habituelle de cette argumentation.



Suzanne Scotchmer
Département d'économie et
École supérieure de politique publique
Université de la Californie, Berkeley

7

Coentreprises de recherche et autres ententes de coopération

INTRODUCTION

LA POLITIQUE DE CONCURRENCE et les droits de propriété intellectuelle visent apparemment des objectifs différents. D'une part, le système de brevets favorise la R-D précisément en accordant un pouvoir de monopole et la conclusion d'alliances stratégiques devrait permettre l'exercice efficace de ce pouvoir. D'autre part, la mission des responsables de l'application de la politique de concurrence est de restreindre le pouvoir de marché. Anderson et ses collaborateurs (1991) ont souligné qu'au début du siècle, le point de vue prédominant était que ces deux législations entraient en conflit, tandis que plus récemment les économistes et les avocats en sont venus à considérer les brevets et l'application de la loi sur les brevets comme des éléments favorables à la concurrence.

Aux États-Unis, les fusionnements, dont les coentreprises de recherche (CER), sont examinés de près en vertu de la *Sherman Act* et de la *Clayton Act*, en s'inspirant de l'interprétation de ces lois contenue dans les lignes directrices de 1992 (*Merger Guidelines*) et dans celles de 1995 publiées par le Département de la Justice et la Federal Trade Commission (*Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, ci-après les *lignes directrices*). Au Canada, l'examen des fusionnements est régi par la *Loi sur la concurrence*, telle qu'interprétée dans *Fusionnements – Lignes directrices pour l'application de la Loi*, publié en 1991, et *Les alliances stratégiques en vertu de la Loi sur la concurrence*, publié en 1995 par le Directeur des enquêtes et recherche. Les lignes directrices publiées en 1995 aux États-Unis tiennent compte du caractère spécial de la R-D en établissant la notion de « marché de l'innovation ».

La doctrine antimonopole tant aux États-Unis qu'au Canada considère les fusionnements horizontaux avec plus de méfiance que les fusionnements verticaux. Pour les fusionnements horizontaux, le critère de la monopolisation est ordinairement la part de marché, sous réserve de certaines justifications et exonérations. Pour appliquer les principes juridiques des fusionnements aux CER, il faut recourir à la notion de « marché ». Dans le cas de la R-D, il y a au

moins deux définitions possibles : le marché du produit où les titulaires de brevets vendront leurs produits et le marché de la R-D où les entreprises se livrent concurrence pour obtenir des brevets. Hoerner (1995) s'est demandé si la législation antitrust aux États-Unis s'appliquait au marché de la R-D parce qu'il ne s'effectue pas de « transactions » dans le cas de l'innovation. Toutefois, les lignes directrices américaines ont réussi à écarter implicitement cette préoccupation puisqu'elles renferment une définition du « marché de l'innovation ». Les lignes directrices canadiennes n'établissent pas une distinction explicite entre les marchés des produits et les marchés de l'innovation, mais elles prévoient l'application dans les deux cas du test visant à déterminer s'il y a restriction ou entrave indue à la concurrence.

Les entreprises qui participent à des projets de R-D peuvent former des alliances à deux étapes du processus. Nous emploierons l'abréviation « CER » pour les alliances conclues avant que les entreprises investissent dans la R-D et obtiennent des brevets, et l'expression « octroi de licence » dans le cas d'alliances conclues après la délivrance des brevets. D'autres auteurs d'études publiées dans cet ouvrage ont examiné les modalités contractuelles légalement acceptables après la délivrance d'un brevet. Nous analyserons les raisons qui justifient une collaboration à l'étape préalable au processus de recherche-développement. Nous tenterons aussi d'indiquer les abus possibles d'un traitement libéral des marchés de l'innovation dans la politique de concurrence et la façon dont les lignes directrices et la législation antitrust américaines ont été appliquées ou auraient dû l'être à des projets de fusionnement récents.

Une question implicite dans notre étude est de déterminer si les *lignes directrices* sont trop rigoureuses ou trop libérales. Si elles sont trop rigoureuses, elles pourraient empêcher la conclusion d'alliances favorables à l'efficacité, notamment en évitant les dédoublements de dépenses de R-D. Si elles sont trop libérales, elles pourraient encourager la collusion sur les marchés des produits ou ralentir le processus d'innovation. Ordover et Willig (1985) ainsi que Jorde et Teece (1989, 1990) ont soutenu, avant la parution des nouvelles lignes directrices, que la collaboration entre les chercheurs devait être traitée de façon libérale et que les CER devaient jouir d'une « exonération », pourvu que la coopération ne s'étende pas directement aux marchés des produits. Les *lignes directrices* n'ont pas retenu intégralement cette notion; elles font plutôt appel aux notions de « marché de l'innovation » et de « marché de la technologie », de sorte que la doctrine antitrust peut être appliquée directement au contexte de la R-D sans créer une exemption spéciale. Gilbert et Sunshine (1995) ont présenté un exposé bien structuré de cette position.

Dans la première partie, nous résumons le traitement antitrust de base accordé aux fusionnements horizontaux, en mettant l'accent sur la façon dont les deux ensembles de lignes directrices s'appliquent aux CER. Dans la deuxième partie, nous présentons certains exemples stylisés indiquant de quelle façon les possibilités de conclure des ententes préalables en vertu des *lignes directrices* pourraient contribuer à améliorer ou à entraver l'efficacité, et nous

analysons les raisons pour lesquelles l'octroi subséquent de licences ne suffirait pas. Nous nous inspirons ici des travaux de Hay (1995). Dans la section suivante, nous examinons les fusionnements verticaux dans le contexte de la R-D. La quatrième partie renferme nos conclusions ainsi qu'un bref exposé sur l'interdépendance entre la législation sur les brevets et le traitement antitrust. Ces arguments sont illustrés dans l'appendice à l'aide d'exemples tirés de la documentation économique. Tout au long de l'exposé, nous faisons référence au traitement de ces questions dans les travaux de recherche en économie.

LES COENTREPRISES DE RECHERCHE EN TANT QUE FUSIONNEMENTS HORIZONTAUX SUR LES MARCHÉS DE L'INNOVATION

MISES À PART LES INFRACTIONS *PER SE* À LA LOI ANTITRUST qui n'ont pas d'incidence directe sur les CER, la preuve qu'un fusionnement ou une pratique commerciale est anticoncurrentiel consiste ordinairement à démontrer qu'il y a exercice d'un pouvoir sur un marché. Un segment important de la législation antitrust est consacré à la définition des marchés et du pouvoir de marché. Un élément particulièrement pertinent pour les marchés de l'innovation est le fait que les concurrents potentiels – les entreprises qui pourraient s'implanter rapidement sur un marché à des coûts fixes peu élevés – sont inclus aux fins de la politique antitrust comme faisant partie du marché (voir Rapp, 1995, p. 39).

La notion la plus stylisée d'un marché de l'innovation – certainement celle qui a reçu le plus d'attention de la part des économistes – est probablement la course aux brevets. En supposant que l'effet d'une CER est de remplacer une course aux brevets, nous devons comprendre ce qui se passe dans une course aux brevets. Notre exposé se divise en deux parties : les marchés de l'innovation pour des brevets sur des produits et les marchés de l'innovation pour des brevets sur des techniques de fabrication, que nous assimilons à des innovations destinées à réduire les coûts. Cette division se justifie parce qu'il y a une interdépendance entre les CER et l'octroi de licence dans le cas des innovations destinées à réduire les coûts qui ne se présente pas dans le cas des brevets sur des produits.

MARCHÉS DE L'INNOVATION POUR DES BREVETS SUR DES PRODUITS

LES RESPONSABLES DE LA POLITIQUE ANTITRUST DEVRAIENT traiter différemment les deux cas stylisés suivants (ce qu'ils pourraient faire en vertu des *lignes directrices*).

- Les brevets sur le marché des produits ont une vaste portée, de sorte que toutes les entreprises qui sont dans la course aux brevets (des membres

possibles de CER) sont à la recherche d'un seul brevet, qui englobe la totalité du marché des produits.

- Les brevets sur le marché des produits ont une portée relativement limitée, de sorte que toutes les entreprises dans la course aux brevets (des membres possibles de CER) obtiendraient des brevets différents; les brevets n'enfreindraient pas les champs d'application respectifs des autres brevets mais ils s'adresseraient au même marché.

Par exemple, des entreprises pourraient être à la recherche d'un seul vaccin, ou elles pourraient être à la recherche de vaccins légèrement différents qui seraient tous brevetables mais sans empiéter sur le champ d'application des autres brevets.

Le premier cas est ce qu'on entend généralement par une « course aux brevets » et ce sujet a déjà fait l'objet de nombreuses études (voir Reinganum, 1989, pour un survol des études disponibles). On relève dans les écrits sur le sujet trois observations quelque peu contradictoires sur l'efficacité des courses aux brevets par rapport à un investissement fait par une seule entreprise : a) ces courses obligent d'une manière inefficace les entreprises à refaire les mêmes investissements que leurs concurrents, b) elles incitent les entreprises à diversifier leurs stratégies de recherche et c) elles forcent de façon efficace les entreprises à accélérer leurs activités d'innovation. Si l'argument du dédoublement des investissements est fondé, une coentreprise aurait sans aucun doute pour effet d'augmenter le bien-être collectif, puisqu'il y aurait dans ce cas diminution des double-emplois inutile. Si la deuxième observation est juste, la CER pourrait alors contribuer à réduire la diversité des approches et la probabilité de réussite, ce qui pourrait s'avérer inefficace. Si la troisième observation est pertinente, une coentreprise aurait alors pour effet de réduire le bien-être collectif (mais d'augmenter les bénéfices réciproques) en diminuant les dépenses de R-D et en retardant l'invention.

Selon les trois arguments, la coopération entre les entreprises entraînerait une réduction des dépenses de R-D des sociétés, qui, autrement, participeraient à la course. Mais la réduction serait efficace dans le premier cas, tandis que, dans les deuxième et troisième cas, elle pourrait ne pas l'être. Les *lignes directrices* et les études économiques insistent sur les deuxième et troisième arguments, en supposant que la réduction des dépenses de R-D a un caractère inefficace.

Que les réductions de dépenses attribuables à une CER aient un caractère efficace ou non, les entreprises feront valoir auprès des responsables de la politique de concurrence que l'élimination de la course aux brevets contribue à augmenter les bénéfices et à supprimer les dédoublements de coûts et qu'il faudrait donc l'encourager. Afin d'évaluer le bien-fondé de cet argument, les autorités doivent déterminer si la technologie de R-D se rapproche davantage de l'exemple 1 (coûts fixes élevés) ou de l'exemple 4 (coûts variables élevés) présentés dans l'appendice. Et il faut évidemment que cette décision soit prise avant que les projets de R-D aient débuté, de sorte qu'il n'existe pas de données

directes sur la structure de coût des projets de R-D. Les exemples 1 et 4 illustrent le premier et le troisième effets des CER – elles peuvent éliminer les doublons de façon efficace et retarder l'innovation de manière inefficace. Pour une analyse du deuxième effet (réduction de la diversité des stratégies de recherche), le lecteur est invité à consulter les travaux de Wright (1983), qui compare « brevets, contrats et rétributions » en tant que moyens d'encourager ou de décourager l'entrée d'entreprises ayant des stratégies de recherche différentes. Parmi les travaux ultérieurs inspirés d'une approche semblable, mentionnons ceux de Dasgupta et Maskin (1987), de Bhattacharya et Mookherjee (1986) et d'Allen (1991). Ces auteurs reconnaissent que la diversité des stratégies a un caractère efficace, mais ils ne consacrent que peu d'attention à la question de savoir comment la coopération peut influencer sur cette diversité.

Un dernier facteur d'inefficace des courses aux brevets (Minehart et Scotchmer, 1995) est lié au fait que des éléments d'information pourraient être supprimés (menant ainsi à des décisions d'investissement inefficaces) si les entreprises devaient partager leur information uniquement en surveillant de part et d'autre leurs décisions d'investissement (voir les exemples 3 et 4). Ainsi, dans une course aux brevets, chaque entreprise pourrait investir simplement parce qu'elle constate que d'autres entreprises font des investissements, ce qui l'amènerait à conclure (peut-être à tort) que, d'après les renseignements dont disposent les autres entreprises, l'investissement a des chances d'être rentable. Par ailleurs, une entreprise pourrait décider de ne pas investir, même si ses propres renseignements laissent entrevoir des perspectives favorables, tout simplement parce que d'autres entreprises ne font pas d'investissement, ce qui l'inciterait à conclure (peut-être à tort) que les renseignements détenus par d'autres entreprises offrent des perspectives moins prometteuses. Les éléments d'information erronés peuvent s'amplifier au point d'équilibre, de sorte que le résultat obtenu sur le plan de l'investissement sera faussé. Les CER peuvent contribuer à corriger ce problème en donnant aux entreprises l'incitation à partager les renseignements qu'elles possèdent.

Une forme répandue de CER est une entente qui n'équivaut pas à un fusionnement complet; en vertu de ce genre d'ententes, les entreprises confient leurs projets de recherche à une filiale de propriété commune et cette dernière conserve tous les brevets qui peuvent résulter des activités de recherche. Des licences d'exploitation des brevets sont ensuite accordées aux sociétés mères. Lorsqu'il n'y a aucune restriction sur les redevances, ce genre d'arrangement donne le même résultat sur le marché des produits que le simple fusionnement dont nous avons parlé plus haut; la filiale devrait accorder des licences et percevoir des redevances qui permettent de soutenir le prix de monopole. Par ailleurs, si les redevances sont interdites, la concurrence subséquente pourrait être tellement forte que les entreprises préféreraient une course aux brevets à une CER; les avantages rattachés à une CER ne seraient alors pas exploités. Mais, dans certains cas, les éléments d'efficace rattachés aux CER pourraient surpasser les effets ultérieurs sur la concurrence. Parmi les études économiques

qui s'intéressent à cette question figurent celles d'Aspremont et Jacquemin (1989), de Kamine et coll. (1992) et de Suzumura (1992). Toutefois, ces analyses s'appuient fortement sur certaines formes d'interdépendance sur le marché des produits, selon lesquelles les bénéficiaires sont, par hypothèse, protégés par l'établissement de prix oligopolistiques même en l'absence de redevances.

Les CER ont des effets sur le plan de l'efficacité qui peuvent soit réduire les dédoublements de façon efficace, soit retarder l'innovation de manière inefficace. Les deux types d'effets sont atténués si de nouveaux venus peuvent entrer sur le marché de l'innovation. L'existence d'une course aux brevets indique que la R-D sur le marché de l'innovation est relativement rentable. Par exemple, si un brevet est suffisamment rentable pour que deux entreprises tentent d'arriver première pour l'obtenir, chacune d'entre elles ayant une probabilité de 50 p. 100 de gagner la course, il est alors raisonnable de penser qu'une troisième entreprise se joindra à la course si les deux premières fusionnent leurs intérêts pour former une seule entreprise. Les économies de coûts en R-D attribuables au fusionnement des deux premières entreprises seront annulées par l'entrée en scène du troisième joueur. Donc, dans la mesure où les CER visent à réduire les dédoublements de dépenses, la concurrence potentielle compromet cet objectif. Mais, dans la mesure où les CER contribuent de façon inefficace à retarder l'innovation, la concurrence potentielle tend à limiter les dommages. La possibilité d'accéder au marché de l'innovation signifie qu'il n'est pas nécessaire que les responsables de la politique de concurrence soient très vigilants puisque tout impact positif ou négatif de la coopération sera atténué.

Passons maintenant au deuxième type d'innovation au niveau du produit, celui où les brevets sur le marché du produit ont une portée restreinte, de sorte qu'en l'absence d'une coentreprise, les chercheurs tenteront probablement de découvrir des technologies qui n'empiètent pas sur le champ d'application des autres technologies. Le risque posé par la création d'une CER devient alors complètement différent; plus précisément, celle-ci pourrait encourager une collusion préalable, qui deviendrait illégale par la suite. La CER pourrait préférer n'avoir qu'un produit breveté sur le marché ou, du moins, établir les prix des produits concurrents comme s'il s'agissait d'un monopole commun. Dans les deux cas, il y aurait manifestement une réduction de la concurrence et la création d'une telle CER ne serait vraisemblablement pas acceptée.

Gilbert et Sunshine (1995) et Hoerner (1995) décrivent plusieurs décisions de la Federal Trade Commission (FTC) et du Département de la Justice (DOJ) dans le domaine des fusionnements d'entreprises mettant en cause des entreprises qui auraient poursuivi de façon indépendante la mise au point de technologies dont les champs d'application n'empiétaient pas les uns sur les autres. Ainsi, lorsque la société Roche Holding Ltd. a voulu acquérir Genentech¹, la requête fut rejetée, en partie parce que les deux entreprises étaient en voie de mettre au point de façon indépendante des traitements pour les personnes infectées par le VIH/SIDA. Dans la cause *U.S. v. GM and ZF*², le DOJ a interdit l'acquisition parce que, même si les deux entreprises (qui

vendaient des boîtes de vitesses automatiques) desservait des marchés de produits géographiquement différents, le DOJ craignait que le fusionnement n'ait pour effet de ralentir le processus d'innovation. L'acquisition de Cardiovascular Imaging Systems et de SCIMED³ proposée par la Boston Scientific Corporation fut contestée par la FTC parce que celle-ci craignait que l'acquisition ne réduise la concurrence en vue de la mise au point de cathéters ultrasonores intravasculaires et de produits connexes. Même si la société SCIMED n'était présente sur aucun des marchés connexes, la FTC saffirmait qu'elle s'y implanterait probablement dans un proche avenir. Le décret de consentement prévoyait l'octroi d'une licence à une quatrième société.

Dans ces cas et d'autres décrits par Hoerner (1995), les responsables de la politique de concurrence ont fait des conjectures sur ce qui se passerait si la CER n'était pas créée. Il est difficile de se fier à des conjectures (Harris et Jorde, 1984, font énergiquement valoir que les responsables de la politique de concurrence devraient appuyer leurs conclusions sur des observations et non sur des conjectures) et on peut imaginer comment des négociations hypothétiques finiraient par favoriser les entreprises.

Comme dans le premier cas, la concurrence potentielle contribue à atténuer la menace parce qu'avec l'arrivée de concurrents, la CER ne peut éviter une course aux brevets. Si la CER n'était à la recherche que d'une seule technologie brevetable dans un marché où la législation sur les brevets en permet plusieurs, les concurrents potentiels interviendraient pour remplacer les concurrents qui ont uni leurs efforts pour former la CER.

En résumé, trois conclusions pourraient convaincre en pratique les responsables de la politique de concurrence que des fusionnements sur les marchés de l'innovation ne réduisent pas la concurrence :

1. Le marché de l'innovation est d'accès suffisamment facile pour que la CER ne soit pas en mesure de réduire le nombre de brevets octroyés sur un marché donné.
2. La protection par brevet sur le marché du produit est de portée suffisamment vaste pour qu'aucun brevet concurrent ne soit délivré.
3. Les membres éventuels de la CER utilisent des méthodes de recherche suffisamment semblables en vue de mettre au point une technologie donnée pour que la baisse de la R-D ne réduise pas la probabilité d'une mise au point réussie de l'invention ou ne la retarde pas.

Mais si les responsables de la politique de concurrence s'aventurent dans le domaine des conjectures, ils devraient noter que, si la première conclusion tient, les entreprises ne trouveront pas avantageux de former une CER. Et le fait que l'intensité de la R-D puisse être réduite de façon inefficace devrait contribuer à assouplir la deuxième conclusion.

Dans l'appendice, nous illustrons ces arguments à l'aide d'exemples tirés d'études économiques. Pour chaque exemple, nous nous demandons si une CER

serait efficiente ou non et comment l'impact sur l'efficience pourrait (ou non) être prévu à l'avance. Les quatre premiers exemples illustrent les effets de la formation de CER sur l'efficience lorsque celles-ci permettent d'éviter les dédoublements de coûts, de confier l'effort de R-D aux entreprises ayant les coûts les moins élevés et d'encourager la diffusion de l'information. Le cinquième exemple est un modèle usuel en théorie économique qui permet de conclure que les CER peuvent retarder l'innovation et avoir un caractère inefficace. La présentation de ces exemples vise, entre autres, à illustrer le fait que l'argument des dédoublements d'efforts se défend le mieux lorsque les entreprises doivent absorber des coûts fixes importants pour entrer sur le marché de l'innovation, tandis que l'argument du retard subi par le processus d'innovation est pertinent lorsque les coûts variables sont des plus importants, puisqu'ils sont le plus touchés par la course aux brevets. Il nous semble que l'accent mis sur l'argument du coût variable, tel qu'illustré par le cinquième exemple, est exagéré dans les travaux publiés par les économistes.

MARCHÉS DE L'INNOVATION POUR LES INVENTIONS DESTINÉES À RÉDUIRE LES COÛTS

IL EXISTE UN AUTRE SEGMENT DU MARCHÉ DE L'INNOVATION – celui des innovations destinées à réduire les coûts – sur lequel les avantages d'ententes préalables visant à réduire les dédoublements de coûts ne sont peut-être pas accessibles parce qu'il est difficile d'adapter les restrictions à l'octroi de licence. Supposons que les concurrents sur le marché d'un produit peuvent faire un investissement en R-D qui réduira les coûts de production. L'efficience exigerait qu'une seule entreprise absorbe les coûts de la R-D et qu'elle attribue une licence aux autres entreprises, qui se livreraient concurrence par la suite. Ce résultat est difficile à atteindre, que la création de CER soit permise ou non.

Considérons d'abord ce qui se passe dans le cas de l'octroi de licences subséquentes sans la création de CER. Supposons, comme l'efficience l'exige, qu'une seule entreprise fasse l'investissement, tandis que les autres savent qu'elles pourront obtenir une licence. Si l'innovateur accorde des licences sans percevoir de redevances, il réduira alors son propre bénéfice. Une meilleure option consiste bien entendu à accorder des licences en percevant des redevances dont la valeur est égale aux réductions de coûts. Les entreprises non innovatrices accepteront une licence subséquente, mais elles ne seront pas dans une meilleure situation qu'avant l'innovation. L'innovateur n'a aucune incitation à partager les avantages découlant de la réduction subséquente des coûts, même s'il a une incitation à diffuser l'innovation. Au contraire, il préférera accorder des licences de façon à ce que (par des redevances élevées) le prix du produit soit élevé et qu'il perçoive tout le surplus de bénéfices des détenteurs de licences. Par conséquent, il est plus avantageux d'être en position d'accorder des licences (innovateur) que d'en être l'acquéreur, et cet écart au niveau des

bénéfices entraînera une course aux brevets, même s'il y a dédoublement des coûts de R-D.

La création d'une CER n'est pas un remède très efficace à ce problème, surtout parce qu'il n'y a aucune restriction naturelle à l'octroi de licence qui permettrait de régir la façon dont la CER accordera des licences à ses membres. Premièrement, si la CER ne peut pas concéder de licences à ses membres et percevoir des redevances, la concurrence ultérieure entre les membres pourrait réduire les bénéfices dans une mesure telle que les entreprises ne procéderont pas à la formation de la CER. Deuxièmement, si les redevances sont libres de toute restriction, la CER pourra soutenir le prix de monopole, qui pourrait être même plus élevé que le prix du marché avant la réduction des coûts. Un tel résultat n'est pas compatible avec les objectifs de la politique sur les fusions mais, pour empêcher qu'il se produise, les responsables de la politique de concurrence devront soit interdire complètement la perception de redevances (le cas déjà examiné) soit tenter de la réglementer. La réglementation des redevances est très différente de l'interdiction de certaines pratiques et, à tout événement, il est difficile de déterminer le niveau adéquat des redevances. Une possibilité serait de rendre la redevance égale à la réduction des coûts unitaires de production, ce qui permettrait de maintenir l'ancien prix du marché pendant la durée de vie du brevet. Mais, outre les difficultés pratiques d'application, ce niveau de redevances pourrait être insuffisant pour recouvrir le coût de la R-D, même lorsque l'innovation visant à réduire les coûts est efficiente sur le plan collectif. (Ces notions sont élaborées dans l'exemple 5 de l'appendice.)

La question des innovations visant à réduire les coûts a été examinée par Gallini (1984), qui présente l'octroi de licence comme un stimulant ultérieur permettant d'éviter les dédoublements d'efforts, par Gallini et Winter (1985), qui analysent l'incitation à réaliser ce genre d'innovations (sans s'attarder aux correctifs antitrust) et par d'Aspremont et Jacquemin (1988), Kamien et coll. (1992), et Suzumura et coll. (1992), qui étudient l'incitation des entreprises à partager leur savoir-faire de propriété exclusive (sans s'attarder aux licences).

Il semble que les *lignes directrices* ne fournissent pas une indication claire du montant de redevance qui peut être perçu par une CER dont les activités innovatrices entraînent une réduction de coûts. Et le genre de règle qui devrait être proposé n'est pas clair. Un niveau de redevance égal à la réduction des coûts pourrait sembler adéquat puisque cette formule permettrait d'atteindre l'objectif d'encourager la formation d'une CER au lieu d'une course aux brevets; elle serait aussi conforme au principe selon lequel les CER ne devraient pas favoriser une collusion au préalable qui serait interdite ultérieurement.

Mais, cette règle n'est pas la meilleure. Supposons que la réduction des coûts de production pendant la durée de vie du brevet est inférieure au coût de la R-D. L'innovation destinée à réduire les coûts pourrait tout de même avoir un caractère efficient puisque la valeur de l'innovation s'étend au-delà de la durée de vie du brevet. Toutefois, une CER (ou une entreprise) ne serait intéressée à investir que si les membres peuvent demander un prix subséquent

plus élevé que le prix antérieur. Cette condition ne peut être réalisée que si la redevance est supérieure à la réduction des coûts.

LES COENTREPRISES DE RECHERCHE EN TANT QUE FUSIONNEMENTS VERTICAUX : L'INNOVATION SÉQUENTIELLE

LE TRAITEMENT ANTITRUST DES LIENS VERTICAUX est, en général, moins rigoureux que celui des liens horizontaux. Les fusionnements entre des entreprises ayant des liens verticaux – lorsqu'une entreprise fabrique un bien intermédiaire utilisé dans la fabrication du produit d'une autre entreprise – n'ont généralement pas pour effet de réduire la concurrence sur les marchés des produits. Du côté positif du bilan, elles peuvent contribuer à neutraliser certains éléments d'inefficience, comme ceux attribuables au marchandage et aux doubles marges.

Une impression semblable se dégage dans le contexte de la R-D. Il y a deux interprétations naturelles des « liens verticaux ». Selon la première interprétation, une innovation sert de fondement à la suivante, comme c'est le cas lorsque le premier volet est une « recherche fondamentale » et que le deuxième volet représente une application du premier. D'après la deuxième interprétation, la seconde innovation représente une version améliorée de la première. Nous examinons ces deux questions de façon distincte, puisqu'elles soulèvent des interrogations différentes.

Les économistes ont étudié à fond le domaine de la recherche fondamentale et appliquée dans le but de déterminer de quelle manière il faudrait structurer les brevets pour que les innovateurs reçoivent un bénéfice leur permettant de recouvrer leurs coûts, étant donné que la plupart des bénéfices proviennent d'applications subséquentes détenues par d'autres entreprises. Dans l'optique de la politique de concurrence, il s'agit d'un cas facile. Il y a de grands avantages à permettre des fusionnements préalables et les possibilités d'abus sont limitées (comme l'exemple 6 le démontre).

L'octroi de licences est la voie par laquelle le bénéfice est transmis des applications de la recherche fondamentale au titulaire du premier brevet. Mais l'octroi ultérieur de licences peut poser un problème du fait que les redevances sont négociées après l'engagement de tous les coûts. Puisque les redevances ne tiendront pas compte des coûts respectifs de la R-D des deux titulaires de brevets, il n'y a aucune raison de croire que les coûts de chacun des titulaires de brevets seront couverts par le contrat de licence négocié après coup. En particulier, si le coût en R-D de l'application est relativement élevé, le deuxième innovateur pourrait être découragé d'investir s'il pense que les droits de licence négociés subséquentement ne lui laisseront pas suffisamment de recettes pour lui permettre de récupérer les coûts qu'il a engagés dans la R-D.

Des ententes préalables peuvent contribuer à surmonter ce problème. Dans la mesure où la valeur commerciale de l'application est supérieure à son coût marginal en R-D, les deux entreprises pourraient conclure une entente avant d'engager les coûts additionnels en R-D, de sorte qu'elles pourraient toutes deux réaliser des bénéfices. Les licences accordées au préalable et après coup ne sont pas des instruments contractuels superflus puisque l'entente préalable peut promouvoir des travaux de recherche qui, autrement, ne seraient pas entrepris.

La deuxième interprétation, selon laquelle le second produit est une version améliorée ou une autre variante du premier, est plus complexe, du moins lorsque le premier brevet a une portée limitée, de sorte que le deuxième produit n'empiète pas sur le champ d'application du premier. Les produits des deux entreprises rivaliseraient ultérieurement sur le marché. Cette concurrence serait affaiblie ou éliminée si les deux entreprises fusionnaient au préalable. L'interdiction du fusionnement serait donc compatible avec les *lignes directrices* et le principe, énoncé dans la conclusion, selon lequel les fusionnements au préalable ne devraient pas faciliter des pratiques qui seraient interdites sub-séquemment. Toutefois, l'argument contre les fusionnements perd de sa force si, en l'absence de fusionnement, la deuxième entreprise n'entreprend pas d'activités innovatrices. Dans ce cas, la concurrence qui *ferait* suite à la deuxième innovation devient non pertinente, puisqu'il n'y aurait pas de deuxième innovation. Comme les entreprises pourraient faire valoir cet argument, qu'il soit fondé ou non, les responsables de la politique de concurrence se retrouveraient de nouveau dans la situation de devoir évaluer ce qui se passerait en l'absence de la CER, c'est-à-dire qu'ils seraient forcés de faire des conjectures

Si le deuxième produit empiète sur le champ d'application du premier brevet, le traitement en vertu de la politique de concurrence est plus simple. Qu'il y ait ou non formation d'une CER au préalable, les politiques de prix des deux entreprises seront reliées par un contrat de licence, probablement assorti de redevances. Le fusionnement de leurs intérêts au préalable pour former une CER n'aura pas pour effet de modifier les prix des produits, à moins qu'il n'y ait des restrictions subséquentes dans le contrat de licence qui n'étaient pas prévues auparavant. Le fait de permettre aux entreprises de se fusionner au préalable comporte le même avantage sur le plan de l'efficacité que celui relatif à la recherche fondamentale et appliquée, à savoir que, sans la CER, le deuxième inventeur pourrait craindre une « extorsion » après coup sous forme de droits de licence élevés, ce qui l'incitera à ne pas investir.

Un cas récent qui illustre cette analyse est celui de la société Glaxo⁴, qui se proposait d'acquérir la société Wellcome. Glaxo était le seul vendeur d'un médicament contre la migraine, qui était administré par injection. La possibilité d'administrer le produit de façon différente représentait une façon d'améliorer le produit et Wellcome s'employait à mettre au point une version non injectable (comme Glaxo tentait aussi de le faire). Le décret de consentement

exigeait que les éléments d'actif en R-D de Wellcome soient vendus, à moins qu'on puisse démontrer que les deux entreprises n'étaient pas des concurrents potentiels.

Dans l'optique de la politique antitrust, on supposait que, sans le fusionnement, Wellcome pourrait mettre au point le produit non injectable. Si ce produit n'empiétait pas sur le champ d'application du brevet que détenait Glaxo sur la version injectable, l'intention apparente de la législation sur les brevets était que les deux produits devaient se concurrencer sur le marché. Une licence ultérieure équivalant à fusionner les deux entreprises ne serait pas accordée et un fusionnement au préalable ne devrait pas permettre de contourner cette interdiction. Le bien-fondé de la décision des autorités est manifeste.

Toutefois, la concurrence potentielle entre le premier et le second produit aurait pu être assez forte pour que, en l'absence d'une coentreprise, Wellcome décide de ne pas investir dans la mise au point d'une version améliorée du produit. Dans ce cas, l'alliance préalable n'aurait pas réduit la concurrence, puisque le produit n'aurait pas été inventé ou l'aurait été par Glaxo. Ce genre de raisonnement est logique, mais on peut imaginer que les responsables de la politique de concurrence l'envisageraient avec scepticisme, parce que les entreprises invoqueraient un tel argument, qu'il soit fondé ou non. À l'instar des cas examinés plus haut, l'efficacité de la politique antitrust est limitée par le caractère inévitable des arguments contre-factuels hypothétiques.

CONCLUSION

NOUS AVONS SOUTENU QUE, SUR LES MARCHÉS DE L'INNOVATION, les fusionnements horizontaux et verticaux (CER) répondaient à des objectifs qui ne pouvaient pas être atteints par l'octroi ultérieur d'une licence. Les licences visent à assurer la diffusion des technologies nouvelles, comme peuvent le faire les CER. Mais les CER ont pour objectif supplémentaire de réduire les éléments d'inefficacité des investissements en R-D, ce qui explique pourquoi des chercheurs comme Ordover et Willig (1985) ainsi que Jorde et Teece (1990) ont soutenu qu'elles devraient être permises. Mais les CER peuvent aussi être utilisées pour faciliter des pratiques qui seraient interdites après coup, comme le regroupement de brevets s'adressant à un seul marché. Elles peuvent aussi contribuer à réduire de façon inefficace les dépenses de R-D.

L'une des difficultés que soulève l'application des *lignes directrices* antitrust aux CER découle du fait que l'absence d'effets anticoncurrentiels ne peut se justifier que sur la base d'arguments contre-factuels hypothétiques, mettant en cause ordinairement des variantes de la notion selon laquelle les dépenses d'investissement en R-D, en l'absence de la formation d'une coentreprise, auraient un caractère inefficace ou que les entreprises ne seraient pas intéressées à les engager ou que l'accès au marché de l'innovation ne comporte aucune friction.

Des arguments hypothétiques comme ceux de l'accès sont pertinents aux marchés des produits et à ceux de l'innovation, mais l'analyse des fusions sur les marchés des produits s'appuie en bonne partie sur les parts de marché existantes comme indicateur de la concentration. Il n'existe pas d'analogie évidente pour les marchés de l'innovation.

Selon un principe à première vue logique et d'application facile à l'examen des ententes préalables, ces dernières devraient être permises, sauf a) lorsqu'elles facilitent au départ des pratiques qui seraient interdites ultérieurement par des restrictions à l'octroi de licences ou b) lorsqu'elles contribuent à réduire de façon inefficace les dépenses de R-D. La première interdiction est valable, parce qu'elle semble établir un équilibre entre les considérations d'efficacité qui rendent les CER souhaitables et la nécessité de tenir compte du fait qu'elles peuvent donner lieu à des abus. La deuxième interdiction a un caractère ambigu parce qu'une CER peut contribuer à réduire les dépenses de R-D de façon efficace ou inefficace.

Lorsque nous avons appliqué ce principe à l'exemple des membres potentiels d'une CER qui, autrement, chercheraient à obtenir des brevets n'empiétant pas sur les champs d'application respectifs des autres brevets sur le même marché, nous avons souligné que la CER monopoliserait le marché au même titre qu'elle le ferait si tous les brevets étaient cédés subséquentement sous forme de licences à une seule entreprise. Comme cela serait interdit, le premier arrangement devrait l'être aussi, ce qui donnerait un résultat efficace.

Mais, considérons le cas d'une amélioration possible au produit pour laquelle aucun investissement ne serait engagé sans la création d'une CER. Supposons que les entreprises investiraient si elles pouvaient former une CER qui leur accorderait ultérieurement une licence et percevrait une redevance, leur permettant ainsi d'éviter la concurrence future. Une telle CER ne réduirait pas la concurrence, mais en violerait-elle le principe ? On pourrait soutenir qu'il n'y aurait aucune concurrence ultérieure (en l'absence de la CER) puisqu'il n'y aurait aucune innovation et que, par conséquent, les restrictions à l'octroi de licence ne seraient pas pertinentes. Mais, les entreprises pourraient employer le même argument, que le développement du produit amélioré soit compromis ou non en l'absence de la création d'une coentreprise. Les responsables de la politique de concurrence se retrouveraient donc dans la situation difficile de déterminer les cas où l'argument serait fondé.

Les arguments présentés dans notre exposé semblent conformes au principe formulé par Gallini et Trebilcock (1995), à savoir que la politique de concurrence ne devrait pas s'intéresser aux stimulants à l'innovation (qui relèvent de la législation sur la propriété intellectuelle) mais devrait s'assurer que le pouvoir de monopole ne s'étende pas au-delà des limites prévues dans les brevets. Ainsi, les fusions préalables devraient être permises si l'octroi de licences et l'empiètement des brevets devaient créer ultérieurement un pouvoir de monopole.

Mais le principe de Gallini et Trebilcock semble ambigu dans le cas où une innovation, comme l'amélioration d'un produit, ne verrait pas le jour en l'absence de la formation d'une coentreprise. Selon un raisonnement qui pourrait être compatible avec le principe de Gallini et Trebilcock, si le Congrès avait voulu qu'une telle amélioration soit apportée, il s'ensuivrait soit que celle-ci équivaldrait à un empiètement, ce qui signifie que ni l'octroi d'une licence subséquente ni un fusionnement préalable n'enfreindraient la législation antitrust, soit que les brevets auraient une durée plus longue, de sorte que le produit amélioré serait rentable même dans le contexte d'une concurrence ultérieure. Le Congrès n'ayant pas prévu de telles modalités, il faut donc conclure logiquement qu'il n'avait pas l'intention de permettre que telles améliorations soient apportées; le fusionnement préalable devrait donc être interdit.

Mais on pourrait aussi considérer que le principe de Gallini et Trebilcock ne s'applique pas dans ce cas. Comme il n'y a aucune réduction de la concurrence par suite du fusionnement, la législation antitrust ne s'applique tout simplement pas. (Voir le commentaire de Trebilcock sur notre exposé pour son interprétation de ces principes.)

La deuxième raison invoquée pour interdire la création de CER – à savoir qu'elles contribuent à réduire de façon inefficente les dépenses d'investissement en R-D – se présente lorsqu'il y a un écart entre ce qui est efficient pour les entreprises et ce qui est efficient pour la collectivité. Dans la mesure où les intérêts des entreprises et de la société coïncident (comme lorsque la CER contribue à réduire le dédoublement des efforts de recherche), les CER sont alors bénéfiques sur le plan collectif. Leur création devrait être permise pourvu qu'elles ne favorisent pas la collusion sur le marché du produit. Mais les intérêts des entreprises et ceux de la collectivité peuvent diverger pour ce qui est du montant optimal des dépenses de R-D, notamment, lorsque la création d'une CER aurait pour effet de réduire la diversité sur le plan des stratégies de recherche ou de retarder l'innovation. Dans ces cas, la formation de CER aurait un caractère inefficent.

La difficulté d'appliquer la législation antitrust aux CER tient au fait que les responsables de la politique de concurrence doivent tenir compte de deux ensembles d'arguments opposés : la collusion sur le marché du produit, qui s'étend au-delà de l'objectif de la législation sur les brevets, et le taux de dépenses sur le marché de l'innovation. Les fusionnements d'entreprises de R-D ont des conséquences sur les deux aspects de la question.

Même si l'on admet que la politique de concurrence ne devrait pas se préoccuper de l'incitation à innover, sauf en ce qui concerne le respect des droits de brevet, la même règle simple ne peut s'appliquer à l'inverse. En d'autres termes, une politique appropriée en matière brevets doit tenir compte du traitement des entreprises de R-D dans l'optique de la politique de concurrence. Considérons, par exemple, la règle régissant la question de savoir si des CER peuvent être créées pour éviter les dédoublements d'efforts engendrés par la course aux brevets. Si la création de CER n'est pas autorisée, les dédouble-

ments de coûts de R-D engendrés par la course aux brevets ne pourront être atténués qu'en diminuant la valeur du brevet, par exemple, en réduisant sa durée ou en restreignant sa portée. Un problème inhérent à la solution axée sur les brevets, mais qui n'affecte pas celle des CER, est que la même durée de protection et la même portée s'appliquent à toutes les innovations. En réduisant la valeur des brevets, l'innovation pourrait être supprimée complètement sur d'autres marchés. On peut éviter ce problème en ayant recours à la solution des CER, puisque celles-ci sont uniques à chaque industrie.

APPENDICE

EXEMPLE 1

Les CER permettent d'éviter les dédoublements de coûts.

Supposons qu'un brevet a une valeur v et des coûts c . Dans ce cas, si $1/2 v > c$, chacune de deux entreprises concurrentielles investirait, en supposant que la probabilité que chacune reçoive le brevet soit égale à $1/2$. Cette situation n'est pas efficiente. Par ailleurs, si les entreprises convenaient de former une coentreprise, elles n'auraient à absorber le coût c qu'une seule fois, et elles partageraient le bénéfice $v - c$, de sorte que chacune recevrait au moins $1/2 v - c$. La formation d'une telle coentreprise aurait sans doute pour effet d'améliorer le bien-être collectif, puisque les mêmes distorsions monopolistiques attribuables au brevet se manifesteraient de toute façon et que le coût de la R-D se trouverait réduit. La création d'une CER permet de tirer parti des effets d'efficience tant recherchés sans augmenter le pouvoir de monopole, puisqu'une seule entreprise détiendra éventuellement le brevet.

La seule raison pour laquelle cette CER pourrait être menacée en vertu des lignes directrices, est qu'elle contribuerait à réduire les dépenses de R-D. Toutefois, dans ce cas (contrairement à l'exemple 5 présentée plus loin), la réduction aurait un caractère efficient.

Les courses aux brevets ne permettent pas non plus de coordonner la recherche de façon efficiente lorsque les entreprises ont des coûts de recherche différents. Supposons que les coûts prévus de R-D des entreprises A et B sont $c_a < c_b$. L'efficience exige que seule l'entreprise A investisse. La durée efficiente du brevet permettrait tout juste de récupérer les coûts c_a . Mais, en l'absence d'un mécanisme de coordination, l'information privée sur les coûts ne peut être rendue publique. Aucune des entreprises ne sait laquelle des deux a les coûts les moins élevés et, même si elles le savaient, le brevet pourrait avoir une valeur assez élevée pour les inciter toutes deux à investir.

Une version plus complexe de ce cas est examinée par Gandal et Scotchmer (1993), qui démontrent, dans un certain contexte, que la délégation optimale de l'effort de recherche pourrait être réalisée avec un budget équilibré, des restrictions sur les éléments d'incitation et la rationalité individuelle, si soit les coûts de la recherche soit les niveaux d'effort n'étaient pas observables, mais non si les deux étaient impossibles à observer. L'exemple qui suit illustre ces notions à l'aide d'un cas beaucoup plus simple.

EXEMPLE 2

Les CER peuvent remédier au problème posé par le fait que les courses aux brevets ne délèguent pas nécessairement l'effort de recherche aux entreprises à faibles coûts.

Supposons que la valeur d'un brevet est égale à 1 et que le coût de chaque entreprise pour l'obtenir est réparti uniformément sur $[0, 1]$. Chacune des entreprises ($i = 1, 2$) connaît son propre coût, c_i , mais pas celui de l'autre entreprise. Si les deux entreprises investissent dans la R-D, chacune a une probabilité égale à $1/2$ d'obtenir le brevet, si bien que, si les deux entreprises investissent, le bénéfice attendu de l'entreprise 1 sera $1/2 - c_1$. Toutefois, avec la probabilité $1/2$, $c_2 > 1/2$, et l'entreprise 1 est la seule à investir. Son bénéfice est $1 - c_1$. Nous supposons que, si les coûts des deux entreprises sont supérieurs à $1/2$, une seule entreprise investira à l'équilibre et chaque entreprise aura une probabilité de $1/2$ d'être la première à révéler si elle investira. Par conséquent, le bénéfice prévu de l'entreprise 1 dans une course aux brevets en fonction de son propre coût c_1 est $\Pi(c_1) = 3/4 - c_1$ si $c_1 < 1/2$, et $\Pi(c_1) = 1/2(1 - c_1) + 1/2(1 - c_1)^2$ si $1/2 < c_1 < 3/4 - \sqrt{3}/2$ et 0 dans les autres cas. La fonction de bénéfice de l'entreprise 2 est symétrique. Cet équilibre a un caractère inefficace pour deux raisons : a) les deux entreprises pourraient investir et b) même si une seule entreprise investit (notamment lorsque les deux ont des coûts supérieurs à $1/2$), l'entreprise à coût élevé pourrait investir plutôt que l'entreprise à faible coût.

Une coentreprise pourrait contribuer à atténuer ces éléments d'inefficacité. Pour utiliser un mécanisme contractuel simple qui permet d'atteindre l'efficacité, supposons que les entreprises conviennent de révéler leurs coûts respectifs, de confier l'effort de recherche à l'entreprise qui déclare le coût le moins élevé et de partager également tant le produit que les coûts de l'innovation. Le fait de faire une déclaration erronée des coûts ne pourra que nuire à l'entreprise, de sorte que chacune des entreprises indiquera ses coûts de façon précise. Le bénéfice prévu de chacune des entreprises est $1/2 - 1/4 c_i (2 - c_i)$, puisque, pour l'entreprise i , le coût prévu est égal à la moitié de $c_i(1 - c_i) + \int_0^1 c dc$ et que la distribution de c est uniforme. Toutefois, soulignons que le bénéfice attendu n'est pas inférieur à celui d'une course aux brevets pour tous les c_i (par

exemple, si $c_i = 0$). La CER est confrontée au problème de devoir trouver un mécanisme contractuel qui incitera les entreprises à déclarer leurs coûts de façon précise (autrement la CER ne pourra pas se tourner vers l'entreprise dont le coût est le moins élevé) et à s'assurer que le bénéfice est réparti de façon telle qu'aucune entreprise n'aura une préférence pour la course aux brevets. Cette possibilité n'est pas toujours accessible. La CER pourrait être en mesure d'atteindre une pleine efficacité, mais les entreprises à faible coût peuvent souvent obtenir des résultats supérieurs à ceux d'une course aux brevets.

EXEMPLE 3

Si les entreprises sont en désaccord au sujet de la rentabilité d'un investissement, il est possible que leurs renseignements soient partagés de façon incomplète dans une course aux brevets et l'investissement peut alors avoir un caractère inefficace.

Une CER pourrait être la solution. Un problème beaucoup plus subtil en ce qui a trait à la R-D découle du fait que les entreprises peuvent avoir des attentes différentes au sujet de sa rentabilité et il n'y a peut-être pas de fondement objectif pour prédire la réussite. Les « optimistes » peuvent investir, bien qu'ils en seraient dissuadés s'ils savaient que, selon les renseignements que possèdent d'autres entreprises, ils devraient figurer parmi les « pessimistes ». Les CER peuvent corriger ce problème. L'exemple suivant est tiré des travaux de Minehart et Scotchmer (1995).

Supposons qu'il y a deux entreprises et que chacune d'elles a une probabilité d'observer l'état véritable de l'univers, $\omega \in \{B, G\}$, où l'état G indique que l'investissement dans un projet serait rentable. Chaque entreprise a une probabilité de $1/2$ d'observer un signal non informatif. Chaque entreprise a donc accès à un signal $\sigma^i \in \{B, G, U\}$, $i = 1, 2$, où le symbole U signifie « non informé ». Chaque entreprise a une probabilité de $1/2$ d'observer la véritable situation ou d'observer le signal U et de demeurer « non informée ».

Supposons que la valeur attendue d'investir dans un projet est seulement positive si la probabilité ultérieure que $\omega = G$ est au moins égale à $\bar{p} = 3/7$. Les entreprises prendront-elles des décisions efficaces lorsqu'elles se fient uniquement à leurs propres signaux et aux mesures prises par l'autre entreprise ? On peut vérifier si la situation suivante correspond à un équilibre : l'entreprise 1 (et l'entreprise 2, de façon symétrique) décide d'investir à moins que $\sigma^1 = B$ ou que $\sigma^1 = U$ et que l'entreprise 2 n'investisse pas. Si $\sigma^1 = B$, l'entreprise 1 sait alors que $\omega = B$ et que l'investissement n'est pas rentable. Si l'entreprise 2 n'investit pas, l'entreprise 1 sait que le signal de l'entreprise 2 n'est pas G . Si le signal de l'entreprise 1 est U , la probabilité que l'entreprise 1 croit qu'ultérieurement que $\omega = G$ serait de $1/3$, ce qui est inférieur à \bar{p} .

L'équilibre peut avoir un caractère inefficent. Si les deux entreprises ont le signal U , un observateur qui pourrait apercevoir les deux signaux serait porté à croire qu'ultérieurement $\omega = G$ avec une probabilité de $1/2$, ce qui inciterait les entreprises à investir. Toutefois, bien qu'il s'agisse d'un équilibre qui indique que les deux entreprises pourraient investir, il s'agit aussi d'un équilibre qui montre que les deux entreprises ne devraient pas investir. Si aucune des entreprises n'investit, chaque entreprise attribue alors une probabilité de $1/3$ à la croyance postérieure que $\omega = G$, ce qui donne l'impression que l'investissement n'est pas rentable. Cette dernière situation est un résultat non efficient qui pourrait être modifié si les deux entreprises pouvaient partager leur information de façon explicite à l'intérieur d'une coentreprise, au lieu de le faire implicitement en observant leur comportement respectif en matière d'investissement.

EXEMPLE 4

La rivalité peut compromettre encore davantage le partage décentralisé de l'information.

L'exemple 3 ne comportait pas d'effets de rivalité en ce sens que l'une ou l'autre entreprise était disposée à investir si elle attribuait une probabilité d'au moins $3/7$ à la croyance ultérieure que $\omega = G$, peu importe que l'autre entreprise investisse ou non. Supposons toutefois que \bar{p} (la probabilité ultérieure que $\omega = G$) doive être au moins de $4/5$ pour que l'autre entreprise investisse. Cette hypothèse pourrait refléter le fait que chaque entreprise reçoit le brevet avec une probabilité de $1/2$ et que, pour que les deux entreprises investissent, la valeur attendue du brevet doit être encore plus élevée.

Les stratégies d'équilibre définies dans l'exemple 3 représentent toujours un équilibre mais, lorsque les signaux sont (U, U) , il n'existe qu'un seul point d'équilibre, soit celui en vertu duquel aucune entreprise n'investit. La situation d'équilibre où les deux entreprises investissent disparaît.

Il n'est manifestement pas efficient que les deux entreprises investissent; le meilleur équilibre serait un équilibre asymétrique où une seule entreprise investirait. Sans effets de rivalité, cette situation ne peut pas se produire (Minehart et Scotchmer, 1995), mais elle devient possible lorsqu'il y a des effets de rivalité. Toutefois, dans cet exemple, cela ne peut se produire et le sous-investissement est une conséquence inévitable de la décentralisation. Par contre, supposons que la stratégie de l'entreprise 1 consiste à investir seulement si $\sigma^1 = G$, et que la stratégie de l'entreprise 2 n'est d'investir que si $\sigma^2 \in \{G, U\}$. Donc, en se fondant sur les signaux (U, U) , l'entreprise 1 n'investira pas; par ailleurs, l'entreprise 2 accordera une probabilité postérieure de $1/3$ que $\omega = G$, ce qui sera trop faible pour l'inciter à investir.

EXEMPLE 5

Les CER peuvent réduire de façon inefficace les taux de dépenses de R-D.

La durée des brevets peut être raccourcie si la formation de CER est interdite.

Supposons que deux entreprises participent à une course aux brevets, qu'elles investissent aux taux x_1, x_2 , respectivement, et que leurs fonctions de bénéfices respectives soient $g^i(x_1, x_2, v) - c^i(x_1, x_2)$. La fonction g^i représente le bénéfice attendu de l'entreprise, qui augmente en fonction de son propre taux d'investissement et de la valeur v du brevet et diminue en fonction du taux d'investissement de l'autre entreprise, ce qui réduit la probabilité que l'entreprise i obtienne le brevet. Le coût attendu c^i diminue en fonction du taux d'investissement de l'autre entreprise parce que, en moyenne, la course aux brevets se termine plus rapidement. Un équilibre de type Nash, disons x_1^*, x_2^* , permet de vérifier la condition $\partial/\partial x_i g^i(x_1^*, x_2^*, v) - c^i(x_1^*, x_2^*) = 0$ pour chaque i . Si les entreprises forment une coentreprise dans laquelle elles collaborent pour déterminer les taux d'investissement, ces taux devront maximiser $\Pi^j(x_1, x_2, v) \equiv g^1(x_1, x_2, v) + g^2(x_1, x_2, v) - c^1(x_1, x_2) - c^2(x_1, x_2)$. En se fondant sur une évaluation à l'équilibre de type Nash, nous constatons que $\partial/\partial x_1 \Pi(x_1^*, x_2^*, v) < 0$, si l'externalité imposée par l'entreprise 1 sur l'entreprise 2 est négative ($\partial/\partial x_1 g^2(x_1^*, x_2^*, v) - c^2(x_1^*, x_2^*) < 0$), et $\partial/\partial x_1 \Pi(x_1^*, x_2^*, v) > 0$ si l'externalité imposée par l'entreprise 1 sur l'entreprise 2 est positive, comme l'ont indiqué Kamien et coll. (1992) dans leurs travaux. On pourrait s'attendre à ce que l'externalité soit négative si la course aux brevets est une rivalité pure : un taux d'investissement plus élevé par le concurrent réduit la probabilité d'obtenir le brevet. On pourrait s'attendre que l'externalité sera positive si, par exemple, la nouvelle technologie prend la forme d'une réduction des coûts, qui peut être en partie usurpée ultérieurement par le concurrent, même si le titulaire du brevet s'emploie à l'en empêcher.

En supposant que les fonctions de bénéfices sont strictement concaves, il s'ensuit qu'une coentreprise réduira le taux d'investissement si l'externalité est négative et l'augmentera si elle est positive. Pour déterminer si la réduction de l'investissement est une bonne chose, il faut se demander si, en l'absence de la coentreprise, le taux d'investissement aurait été supérieur ou inférieur au taux optimal. Dans le cas d'une rivalité pure (externalités négatives), le taux d'investissement sera peut-être trop élevé et, en présence d'externalités positives, il sera peut-être trop faible. Il semble évident qu'en présence d'externalités positives, la création de coentreprises devrait être permise (Kamien et coll., 1992).

Toutefois, dans le cas d'une rivalité pure, la conclusion n'est pas aussi évidente. Supposons que la durée d'un brevet puisse être adaptée en fonction de la possibilité de formation de coentreprises ou de la présence d'une course aux brevets. La durée d'un brevet nécessaire pour engendrer des taux donnés d'in-

vestissement devra être plus longue si les entreprises décident de former une coentreprise au lieu de se lancer dans une course aux brevets. L'allongement de la durée d'un brevet est une solution collectivement coûteuse parce qu'elle prolonge les distorsions monopolistiques. Par conséquent, la meilleure politique consisterait à restreindre la durée des brevets et à interdire les coentreprises qui restreignent la concurrence dans le domaine de la R-D.

Dans cet exemple, la création d'une CER peut augmenter ou diminuer le taux d'investissement, tandis qu'une course aux brevets a généralement pour conséquence de l'abaisser. Une baisse de l'investissement a pour effet de retarder le processus d'innovation – un résultat que les responsables de la politique des brevets pourraient vouloir éviter.

EXEMPLE 6

Les CER peuvent engendrer des innovations réduisant les coûts.

Supposons que deux entreprises, $i = 1, 2$, sont en concurrence dans un contexte oligopolistique. Un investissement en R-D permettra de réduire le coût marginal de production. Supposons aussi que les bénéfices par période des entreprises sont représentés par les fonctions π^1 et π^2 de leurs coûts marginaux, mc_1 et mc_2 . Des cas spéciaux de ces fonctions de bénéfices seraient ceux qui correspondent aux modèles de concurrence de Bertrand et de Cournot. Chaque fonction de bénéfices devrait être non décroissante par rapport au coût marginal de l'autre entreprise et décroissante par rapport au propre coût marginal de l'entreprise. Une innovation permettant d'abaisser les coûts profitera à l'entreprise innovatrice, nuira à son concurrent et sera profitable aux consommateurs sous la forme d'une baisse de prix.

Nous comparons maintenant trois scénarios : 1) l'innovation permettant de réduire les coûts devient accessible ultérieurement sous forme de licence, de sorte que le concurrent utilisera aussi la nouvelle technologie mais il devra verser une redevance à l'innovateur; 2) les deux entreprises forment une coentreprise avant d'investir dans le programme de réduction des coûts, de sorte qu'elles deviennent une seule entreprise et pratiquent ultérieurement la collusion sur le marché du produit; 3) les deux entreprises forment une coentreprise pour investir conjointement dans le programme de réduction des coûts et se concurrencent par la suite sur le marché des produits avec ou sans versement de redevances.

1. **Octroi de licence ultérieure et paiement de redevances** – Le résultat de l'octroi d'une licence ultérieure dépend de la mesure dans laquelle le donneur de licence pourra verser un montant forfaitaire au détenteur de licence en échange de redevances très élevées. Dans ce cas, les

deux entreprises pourront imposer le prix de monopole sur le produit et le donneur de licence pourra partager le bénéfice élevé par l'intermédiaire du montant forfaitaire. Le donneur de licence remettra juste assez de bénéfice au détenteur de licence pour inciter ce dernier à fabriquer sous licence au lieu de maintenir la concurrence en utilisant l'ancienne technologie. Si le versement d'un paiement forfaitaire de ce genre n'est pas permis, alors (dans le contexte de mesures modérées) le meilleur contrat de licence à offrir sera la perception d'une redevance égale à la réduction de coût. Dans les deux cas, le détenteur de licence continuera de réaliser exactement le même montant de bénéfice qu'avant l'implantation de la nouvelle technologie, tandis que l'innovateur recueillera tous les bénéfices supplémentaires. Par conséquent, il est préférable d'être l'innovateur et le donneur de licence que le détenteur de licence; le partage des bénéfices disponibles dans le contexte de l'octroi d'une licence ultérieure ne permettra pas d'éviter une course aux brevets. Ce problème peut être solutionné par la création d'une CER.

2. **Coentreprise de recherche à caractère collusoire** – Supposons maintenant que les entreprises forment une CER et qu'elles possèdent conjointement l'innovation qui permet de compresser les coûts. La meilleure utilisation du brevet pour les membres de la CER consiste à s'imposer entre eux une redevance juste assez élevée pour leur permettre de soutenir le prix de monopole et à se répartir par la suite les bénéfices. Même si le prix de monopole peut être inférieur à ce qu'il aurait été sans l'innovation destinée à réduire les coûts (selon l'importance de la réduction des coûts), ce résultat ferait vraisemblablement frémir les responsables de la politique antitrust. En supposant que ces derniers considèrent l'établissement d'un prix de monopole comme anticoncurrentiel, quelles restrictions devraient-ils imposer sur les redevances ? Le choix évident est de restreindre le niveau de la redevance et de l'aligner sur le montant de la réduction des coûts. Il s'agit d'une bonne règle pourvu que le bénéfice supplémentaire attribuable aux réductions de coût réalisées grâce à l'innovation soit supérieur aux coûts de la R-D. Dans le cas contraire, la CER ne verrait pas le jour, même s'il y a un niveau de redevance auquel l'innovation permettrait d'augmenter le bénéfice de toutes les entreprises et de réduire quand même le prix du produit. Dans ce cas, les gains possibles de l'innovation sont perdus sur les plans privé et collectif.
3. **Coentreprise de recherche à caractère non collusoire** – Si la formation d'une CER est permise mais que celle-ci ne peut pas percevoir de redevances auprès de ses membres, les avantages de la création d'une

CER sont fortement réduits. Il se pourrait que les entreprises préfèrent se lancer à la recherche d'une innovation de propriété exclusive – qui pourrait ensuite être offerte sous licence, au lieu de réduire les coûts de la R-D par l'intermédiaire d'une coentreprise – plutôt que de devoir affronter la concurrence sur le marché du produit sans recevoir de redevances. Il n'est pas facile de déterminer parmi ces deux résultats celui qui serait le plus efficient sur le plan collectif.

EXEMPLE 7

Liens verticaux en matière de R-D.

Supposons que la valeur privée pour le consommateur d'une invention de base (par exemple, une technique de bio-ingénierie) est zéro et que son coût est c_1 . Supposons que la valeur pour la société d'une application (médicament) sera de s par période, si elle est vendue sur une base concurrentielle (tarification efficiente au coût marginal) et qu'elle peut être produite au coût c_2 . Le niveau maximum de sa valeur sociale est donc $s/r - c_2$. Nous supposons que, si le produit est vendu par un titulaire de brevet en situation de monopole, son bénéfice sur le marché sera $\pi(s) < s$ par unité de temps.

Si le coût de l'invention de base est c_1 , la valeur sociale du premier produit est $-c_1 + \max\{0, (s/r - D(s, T) - c_2)\}$, où $D(\cdot)$ est la perte sèche cumulée et escomptée lorsque le produit est vendu par un monopoleur pour une durée du brevet T . L'implantation du produit de deuxième génération est facilitée par le premier produit et son surplus prévu, $\max\{0, (s/r - D(s, T) - c_2)\}$, doit donc être considéré comme un élément de la valeur du premier produit. Dans le cas contraire, le premier produit sera perçu comme n'ayant aucune valeur. Pour avoir une incitation suffisante à investir, le premier innovateur doit recevoir une partie du bénéfice des produits de deuxième génération.

Un planificateur qui pourrait couvrir les coûts grâce à une imposition forfaitaire obligerait la première entreprise à investir si $-c_1 + \max\{0, (s/r - c_2)\} > 0$, et il permettrait ensuite au produit d'être offert sur une base concurrentielle. Toutefois, si les recettes sont perçues sous le couvert d'une protection monopolistique, comme cela est inévitable dans le contexte de la protection par brevet, les coûts des innovations conjointes ne pourront être récupérés que si T est au moins assez élevé pour que $[\Pi(s, T) - (c_1 + c_2)] \geq 0$, où $\Pi(s, T) = \int_0^T \pi(s)e^{-rt} dt$.

Supposons d'abord que les contrats préalables sont totalement interdits. Après l'invention du deuxième produit, les deux titulaires de brevets posséderont des brevets apparentés sur ce dernier et ils devront conclure un accord de licence ultérieur afin de le commercialiser. Au nom de la symétrie, il y a lieu de croire qu'ils se partageront à part égale le surplus de négociation. Puisque les coûts c_1 et c_2 sont engagés, le surplus de négociation est $\Pi(s, T)$, de sorte que, si

l'innovation se réalise, l'innovateur i recevra $1/2 \Pi(s, T) - c_i$, $i = 1, 2$. En raison du problème d'extorsion ultérieure, l'investissement dans l'application pourrait ne pas se faire, même s'il ajoutait un montant positif $\Pi(s, T) - c_2 > 0$ aux bénéfices des deux entreprises. Ce résultat a non seulement un caractère inefficent, mais il est possible de l'éviter par la conclusion d'un accord préalable.

Dans l'éventualité d'une entente préalable (avant d'engager c_2), le deuxième investissement sera effectué quand il contribuera à augmenter le bénéfice des deux entreprises, à savoir lorsque $\Pi(s, T) - c_2 \geq 0$, ce qui représente un critère plus faible que celui qui s'applique lorsque des marchés ne peuvent être conclus qu'ultérieurement, à savoir $1/2 \Pi(s, T) - c_2 \geq 0$. Donc, les CER peuvent contribuer à contourner le problème qui peut survenir lorsque seule l'option de l'octroi d'une licence subséquente est disponible – le problème d'extorsion ultérieure –, ce qui peut compromettre l'incitation à investir de la deuxième entreprise. (Cet exemple est tiré de Green et Scotchmer, 1995.)

NOTES

- 1 Roche Holding Ltd., 113 FTC 1086, 1990.
- 2 *United States v. General Motors Corporation and ZF Friedrichshafen, A. G.*, Civ. No. 93-530, poursuite intentée en 1993, DOG Case 4027.
- 3 Plainte de la FTC, Docket C-3573, dossier 951-0002, ordonnance déposée en 1995, 60 Fed. Reg. 32,323.
- 4 Dossier de la FTC 951-0002, 60 Fed. Reg. 1,948, 9 mars 1995.

REMERCIEMENTS

Nous tenons à remercier Nancy Gallini et Richard Gilbert pour leurs précieux commentaires, ainsi que Preston Moore pour la documentation utile qu'il nous a offerte. Toutefois, aucune de ces personnes n'est responsable des opinions peu judicieuses ou des interprétations juridiques inexactes que l'exposé pourrait contenir.

BIBLIOGRAPHIE

- Addy, George N., « Competition Policy and Intellectual Property Rights: Complementary Framework Policies for a Dynamic Market Economy », exposé présenté lors du 36^e congrès mondial de l'AIPPI, Montréal, 1995a.

- , « Les alliances stratégiques en vertu de la *Loi sur la concurrence* », Bureau de la concurrence, Industrie Canada, 1995.
- Allen, Beth, « Choosing R&D Projects, An Informational Approach », *American Economic Review Papers and Proceedings*, vol. 81, n° 2, 1991, p. 257-261.
- American Bar Association Antitrust Section, « The 1992 Horizontal Merger Guidelines: Commentary and Text », 1992.
- Anderson, Robert D., S. Dev Khosla et Mark F. Ronayne, « The Competition Policy Treatment of Intellectual Property Rights in Canada: Retrospect and Prospect », dans *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, publié sous la direction de R. S. Khemani et W. T. Stanbury, Institut de recherche en politiques publiques, Halifax (N.-É.), 1991, p. 497-538.
- Besen, Stanley M., Sheila N. Kirby et Steven C. Salop, « An Economic Analysis of Copyright Collectives », *Virginia Law Review*, vol. 78, 1992, p. 383-411.
- Bhattacharya, Sudipto et Dilip Mookherjee, « Portfolio Choice in Research and Development », *Rand Journal of Economics*, vol. 17, 1986, p. 594-605.
- Bhattacharya, Sudipto, Jacob Glazer et Davis E. M. Sappington, « Licensing and the Sharing of Knowledge in Research Joint Ventures », *Journal of Economic Theory*, vol. 56, 1992, p. 43-69.
- Choi, Jay P., « Dynamic R&D Competition under 'Hazard Rate' Uncertainty », *Rand Journal of Economics*, vol. 22, n° 4, 1991, p. 596-610.
- Dahdough, Thomas N. et James F. Mongoven, « The Shape of Things to Come: Innovation Market Analysis in Merger Cases », *Antitrust Law Journal*, vol. 64, 1996, p. 405-441.
- Dasgupta, P. et E. Maskin, « The Simple Economics of Research Portfolios », *Economic Journal*, vol. 97, 1987, p. 581-595.
- États-Unis, Département de la Justice et Federal Trade Commission, « Horizontal Merger Guidelines », 1992.
- Gallini, Nancy T., « A Strategic Reason to License », *American Economic Review*, 1984.
- , « Patent Policy and Costly Imitation », *Rand Journal of Economics*, vol. 23, n° 1, 1992, p. 52-63.
- Gallini, Nancy T. et M. J. Trebilcock, « Droits de propriété intellectuelle et politique de concurrence : cadre d'analyse des questions économiques et juridiques », dans *La politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle dans l'économie du savoir*, publié sous la direction de Robert D. Anderson et Nancy T. Gallini, collection Documents de recherche d'Industrie Canada, University of Calgary Press, Calgary, chapitre 2, 1998.
- Gallini, Nancy T. et Ralph Winter, "Licensing in the Theory of Innovation." *Rand Journal of Economics*, vol. 16, 1985, p. 237-253.
- Gandal, Neil et Suzanne Scotchmer, « Coordinating Research through Research Joint Ventures », *Journal of Public Economics*, vol. 51, 1993, p. 173-193.
- Gilbert, Richard J. et Gilbert C. Sunshine, « Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, 1995, p. 569-602.
- Green, Jerry et Suzanne Scotchmer, « On the Division of Profit in Sequential Innovation », *Rand Journal of Economics*, vol. 26, 1995, p. 20-33.
- Harris, Robert G. et Thomas M. Jorde, « Antitrust Market Definition: An Integrated Approach », *California Law Review*, vol. 72, 1984, p. 1-67.
- Hoerner, Robert J., « Innovation Markets: New Wine in Old Bottles? », *Antitrust Law Journal*, vol. 64, 1995, p. 49-82.

- Jorde, Thomas M. et David J. Teece, « Innovation, Co-operation and Antitrust », *High Technology Law Journal*, vol. 4, 1989, p. 1.
- , « Innovation and Co-operation: Implications for Competition and Antitrust », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 4, 1990, p. 75.
- Katz, Michael, « An Analysis of Cooperative Research and Development », *Rand Journal of Economics*, vol. 17, n° 4, 1986, p. 527-543.
- Katz, Michael et Janusz Ordover, « R&D Co-operation and Competition », dans *Brookings Papers on Economic Activity*, publié sous la direction de Martin Neil Bailly et Clifford Winston, 1989, p. 137-204.
- Klemperer, Paul, « On the Optimal Length and Breadth of Patent Protection », *Rand Journal of Economics* (à paraître).
- Loury, Glenn C., « Market Structure and Innovation », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 93, n° 3, 1979, p. 395-410.
- Matutes, Carmen, Katherine Rockett et Pierre Regibeau, « Optimal Patent Design and Diffusion of Innovations », document reprographié, Universitat Autnoma de Barcelona et Université Northwestern, 1991.
- Merges, Robert P. et Richard R. Nelson, « On the Complex Economics of Patent Scope », *Columbia Law Review*, vol. 90, n° 4, 1990, p. 839-916.
- Minehart, D. et S. Scotchmer, « Ex Post Regret and the Decentralized Sharing of Information », Working Paper 95-58, Industrial Studies Program, Département d'économique, Université de Boston, 1995.
- Nordhaus, William, *Invention, Growth and Welfare*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 1969.
- Ordover, Janusz A. et Robert D. Willig, « Antitrust for High-Technology Industries: Assessing Research Joint Ventures and Mergers », *Journal of Law and Economics*, vol. 28, 1985, p. 312.
- Rapp, Richard T., « The Misapplication of the Innovation Market Approach to Merger Analysis », *Antitrust Law Journal*, vol. 64, 1995, p. 19-47.
- Reinganum, Jennifer, « The Timing of Innovation: Research, Development, and Diffusion », dans *Handbook of Industrial Organization*, publié sous la direction de R. Schmalensee et R. Willig, North Holland, New York, 1989, vol. 1, chapitre 14.
- Schmitz, James A., Jr., « On the Breadth of Patent Protection », document reprographié, SUNY-Stonybrook, 1989.
- Scotchmer, Suzanne, « Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law », *Journal of Economic Perspectives*, hiver 1991.
- , « Protecting Early Innovators: Should Second Generation Products be Patentable? », *Rand Journal of Economics*, vol. 27, 1996, p. 322-331.
- Scotchmer, Suzanne et Jerry Green, « Novelty and Disclosure in Patent Law », *Rand Journal of Economics*, vol. 21, n° 1, printemps 1990, p. 131-146.
- Spence, A. M., « Cost Reduction, Competition and Industry Performance », *Econometrica*, vol. 52, 1984, p. 101-121.
- Wright, Brian, « The Economics of Invention Incentives: Patents, Prizes and Research Contracts », *American Economic Review*, vol. 73, 1983, p. 691-707.

Commentaire

Michael J. Trebilcock
 Faculté de droit
 Université de Toronto

SUZANNE SCOTCHMER A ÉTABLI UNE DISTINCTION IMPORTANTE entre les coentreprises de recherche (CER) et l'octroi ultérieur de licence : la création de CER met en cause une coopération préalable visant à réaliser des investissements en R-D, tandis que l'octroi de licence se fait après l'engagement des investissements en R-D. Elle a démontré que les gains d'efficacité réalisables dans le cadre de CER ne sont peut-être pas accessibles dans le cas de l'octroi de licence (diffusion); les deux niveaux de coopération peuvent donc être des étapes complémentaires et non des substituts.

Dans sa conclusion, l'auteur soutient que son analyse peut être interprétée comme un appui à la position présentée par Gallini et moi-même, à savoir que les responsables de la politique antitrust ne devraient pas se préoccuper des stimulants à la R-D sur les marchés de l'innovation, mais qu'ils devraient plutôt supposer que la politique des brevets offre les stimulants nécessaires et qu'elle se préoccupe de prévenir les tentatives visant à obtenir un plus grand pouvoir de marché. À mon avis, toutefois, l'analyse de Scotchmer s'écarte de la nôtre à bien des égards car elle considère que la politique de concurrence devrait s'intéresser directement aux stimulants appropriés à l'innovation dans bien des domaines.

Ce défaut de dissocier les objectifs de la politique de concurrence de ceux de la politique en matière de propriété intellectuelle soulève de sérieuses inquiétudes au sujet des limites de la compétence institutionnelle et de la justiciabilité. Pour en arriver à une importante division institutionnelle du travail, je soutiendrais que la politique de concurrence *ne peut pas* adopter une perspective de *bien-être global* sur des questions de propriété intellectuelle, parce que cela ferait nécessairement surgir (entre autres choses) des questions de politique d'innovation socialement optimale. Par conséquent, il nous faut adopter une optique plus partielle et mettre d'abord l'accent sur les effets en termes de bien-être des consommateurs de la production ou des marchés des produits (non les marchés de l'innovation) et sur les effets de prix des CER par rapport à des scénarios sans CER sur ces marchés. Les preuves de gains compensateurs d'efficacité productive attribuables aux CER dans divers contextes pourraient être considérées comme n'ayant aucun rapport avec l'objet du débat (sauf dans la mesure où ces gains se répercutent sous forme d'effets de prix surtout à court terme); par ailleurs, selon une option moins radicale, les parties qui souscrivent à de tels arrangements pourraient être tenues de démontrer l'existence de gains nets globaux de bien-être provenant de ces modalités même si, sur le marché des produits en question, il y a perte nette de bien-être pour les consommateurs

(par analogie à la justification axée sur les gains d'efficacité que l'on trouve dans la législation canadienne sur les fusions). En d'autres termes, afin de rendre institutionnellement malléables les concepts théoriques complexes et les éléments indéterminés entourant les répercussions sur la concurrence de diverses modalités ou pratiques relatives aux droits de propriété intellectuelle, il importe de disposer de certaines règles empiriques approximatives (règles de décision) qui reposent sur des hypothèses probantes et sur la nécessité d'apporter des preuves afin de réduire les coûts de transaction privés et publics et d'améliorer la prévisibilité (et de réduire ainsi le risque), bien qu'une marge d'erreur contribue inévitablement à compenser ces effets.

En amorçant ma réflexion sur la façon de formuler ces règles de décision, je passerai en revue les quatre grandes catégories de CER que Scotchmer a analysées dans son étude.

BREVETS DE VASTE PORTÉE ET MARCHÉ DE PRODUIT

DANS LE CAS DES BREVETS QUI ONT UNE VASTE PORTÉE sur le marché du produit, de sorte que toutes les entreprises engagées dans la course aux brevets seraient à la recherche d'un seul brevet englobant l'ensemble du marché du produit, les études disponibles indiquent que les courses aux brevets pourraient entraîner un dédoublement des efforts (incidence négative sur l'efficacité), mais que ces courses pourraient faire augmenter les dépenses de R-D (incidence positive possible sur l'efficacité). Dans ce contexte, comment les responsables de la politique antitrust devraient-ils considérer une CER qui confie la tâche d'investir dans les projets de R-D à l'entreprise dont les coûts sont les moins élevés et qui partage ensuite les recettes et les coûts ?

Contrairement à la position que Gallini et moi-même avons adoptée, Scotchmer souhaiterait que les autorités antitrust essaient de déterminer si les coûts imputables aux dédoublements d'efforts sont supérieurs aux gains attribuables à des taux d'innovation plus rapides, et vice versa. Ce point de vue est peut-être acceptable dans une optique de bien-être global ou même de bien-être du consommateur, mais une telle approche plongerait les responsables de la politique antitrust au cœur de la question de la détermination du niveau optimal d'investissement en innovation. Selon notre position, il suffirait de comparer le scénario de la CER à celui de la course aux brevets et de se demander s'il s'est produit une baisse importante de la concurrence sur le marché des produits (non sur celui de l'innovation), en mettant l'accent surtout sur les prix, non sur le rythme d'innovation. De toute évidence, il semble qu'on peut répondre à cette question par la négative – dans tout scénario, il n'y aurait qu'un seul produit breveté (lequel engendrerait un pouvoir de marché important).

BREVETS MULTIPLES DE FAIBLE PORTÉE SUR LE MARCHÉ DU PRODUIT

DANS LE CAS DE BREVETS QUI ONT UNE PORTÉE RELATIVEMENT LIMITÉE sur le marché du produit, de sorte que chaque entreprise engagée dans la course aux brevets serait à la recherche d'un brevet différent et que chaque brevet n'empêterait pas sur le champ d'application des autres, tout en s'adressant au même marché (c'est-à-dire des substituts), Scotchmer soutient que la création de CER devrait être acceptée dans certains cas – par exemple, lorsqu'elle permet a) d'éviter un dédoublement des coûts, b) de confier la tâche aux entreprises dont les coûts sont les moins élevés et c) de faciliter l'échange d'information sur les coûts ou la rentabilité attendus – et non dans d'autres cas – notamment, lorsque les CER contribuent à réduire de façon non efficiente les dépenses de R-D et à retarder les inventions, et qu'elles diminuent le nombre de produits de substitution disponibles sur un marché. Elle reconnaît que, même si ces distinctions peuvent être évidentes en théorie, elles sont difficiles à faire en pratique. Encore une fois, je pense qu'au départ, le problème est attribuable au fait que, pour faire ces distinctions, les responsables de la politique antitrust doivent s'attacher à évaluer le niveau optimal de l'investissement en innovation.

Supposons que six sociétés pharmaceutiques tentent de mettre au point différents médicaments ou vaccins contre les maux de tête, la dépression ou le SIDA. Il s'agit de produits dont le champ d'application n'empêche pas sur celui des autres, c'est-à-dire qu'ils représentent six traitements différents pour le même problème de santé. En formant une CER, dans l'hypothèse où les obstacles à l'entrée sont élevés pour les autres entreprises, les six sociétés peuvent concentrer leurs efforts à mettre au point un seul produit, ce qui leur permettrait de réduire leurs coûts et d'augmenter leurs profits monopolistiques.

Nous avons ici une relation d'arbitrage classique de type Williamson entre des pertes de bien-être pour le consommateur et des gains d'efficacité productive (bien-être du consommateur par rapport au bien-être global). À mon avis, du moins au Canada, nous devrions faire ce que nous faisons dans le cas des fusions et considérer les pertes de bien-être du consommateur attribuables à la CER – en d'autres termes, à la hausse des prix de monopole – comme un comportement théoriquement anticoncurrentiel et imposer aux membres de la CER l'obligation de prouver qu'il y a d'importants gains compensateurs sur le plan de l'efficacité productive. Ou encore, on pourrait adopter une position plus radicale et faire ce que les responsables de la politique de concurrence semblent faire aux États-Unis et dans l'Union européenne dans le cas des fusions, et, du moins officiellement, ignorer complètement les gains d'efficacité, en ne mettant l'accent que sur les effets de prix du scénario de la CER par rapport à celui d'une absence de CER.

CER RÉDUISANT LES COÛTS DE PRODUCTION UNITAIRES

SCOTCHMER ANALYSE ENSUITE UN AUTRE SCÉNARIO, dans lequel des concurrents sur un marché de produit peuvent faire une dépense d'investissement en R-D qui permettrait de réduire les coûts unitaires de production. Elle soutient que, sur le plan de l'efficacité, une des entreprises devrait absorber les coûts de la R-D et accorder une licence sur l'invention aux autres entreprises pour leur permettre de réduire leurs coûts; ces entreprises pourraient par la suite se concurrencer sur le marché du produit. Elle conclut que ce résultat est difficile à atteindre, que la création d'une CER soit possible ou non, surtout parce qu'il est difficile d'établir des taux de redevance permettant simultanément de favoriser l'investissement dans l'innovation destinée à réduire les coûts et d'inciter des détenteurs de licences à adopter l'innovation. En l'absence d'un arrangement réciproquement attrayant d'octroi de licence, toutes les entreprises investiraient dans la R-D afin de mettre au point l'innovation destinée à réduire leurs coûts et il y aura alors un dédoublement des coûts inefficace. Encore une fois, je m'inquiète du fait que ce cadre d'analyse suppose au préalable que les responsables de la politique de concurrence devront évaluer différents arrangements possibles pour atteindre l'optimum en ce qui a trait au taux d'innovation à moindre coût.

Dans l'exemple ci-dessus, je n'obligerais certainement pas les concurrents à former une CER au préalable ou à s'engager d'avance à accorder une licence pour l'innovation visant à réduire les coûts à tous les membres de la CER. Est-ce que j'interdirais un arrangement de ce genre? Je mettrais l'accent ici encore sur la production ou le marché du produit. Si la CER n'a pas pour effet de hausser les prix des produits ou de réduire la production (dans une période de temps relativement courte) par rapport à un scénario sans CER, je ne verrais rien de répréhensible à un arrangement qui comporterait l'octroi de licences à des concurrents (tout comme dans le cas GE-Westinghouse que Gallini et moi-même avons examiné dans notre étude). Il faudrait se demander si un scénario avec CER donne un résultat concurrentiel moins souhaitable sur le marché du produit ou au niveau de la production, *en termes de prix*, que le scénario sans CER. En d'autres termes, je mettrais l'accent sur le marché du produit, non sur celui de l'innovation (dont l'utilité conceptuelle me laisse sceptique), et surtout sur les prix, non sur les taux ou les coûts de l'innovation, si nous voulons que les questions de concurrence dans de tels contextes soient considérées comme résolubles et justiciables. Scotchmer insiste avec raison sur le fait que cette analyse comporte des éléments contre-factuels spéculatifs, mais ceux-ci ne me semblent pas être plus hypothétiques que les éléments contre-factuels qui entourent tout examen préalable d'un fusionnement et certainement moins spéculatifs que si l'on considère toute une gamme de scénarios fondés sur divers taux et coûts de l'innovation comme pertinents à l'analyse.

CER VERTICALE

LE DERNIER SCÉNARIO DÉCRIT PAR SCOTCHMER est celui d'une CER verticale mettant en cause des innovations complémentaires, comme des activités de recherche appliquée et fondamentale. Dans ce cas, si les investissements en R-D dans des applications empiriques sont relativement élevés, le deuxième innovateur pourrait être dissuadé d'investir s'il pense que le droit de licence négocié ultérieurement ne lui laissera pas suffisamment de recettes pour récupérer les coûts en R-D qu'il a engagés initialement. Des ententes au préalable peuvent contribuer à résoudre ce problème. Ce cas ne soulève vraiment aucun problème. Toutefois, Scotchmer décrit un cas où le premier produit a une valeur commerciale en soi, tandis que le second est tout simplement une version améliorée du premier. Dans ce cas, le deuxième produit n'aurait pu être inventé sans le premier, mais les deux produits sont des concurrents possibles sur le marché des produits. Supposons que les deux entreprises décident de créer une CER ayant le mandat de mettre au point et de commercialiser le deuxième produit (amélioré), tout en abandonnant le premier. Scotchmer s'inquiète de la possibilité que les responsables de la politique antitrust soient hostiles à la conclusion d'une telle entente, vraisemblablement parce que le produit amélioré ne concurrence désormais plus le produit initial. Mais ce cas semble être facile à traiter dans le cadre de référence que Gallini et moi-même avons proposé. Le scénario de la CER a-t-il pour effet de réduire considérablement la concurrence sur le marché du produit par rapport à un scénario sans CER ? Si le titulaire du brevet sur le produit de base décide de ne pas accorder de licence, ce droit fait partie intégrante des droits de propriété intellectuelle. Donc, si le titulaire du brevet choisit d'accorder une licence et d'abandonner le premier produit, cet arrangement n'a pas un caractère moins concurrentiel que celui qui se rattache au scénario sans CER, tout en permettant aux consommateurs d'avoir accès au produit de qualité supérieure.

Si, par ailleurs, l'amélioration n'empiète pas sur le champ d'application du premier brevet et ne nécessite pas l'obtention d'une licence, une CER devrait alors être perçue comme étant purement horizontale, ce qui représente une situation conceptuellement semblable à celle où l'on retrouve des titulaires multiples ou potentiels de brevets de portée restreinte sur le même marché de produit (scénario B de Scotchmer). Ce cas devrait être considéré inadmissible même si la CER permet de réduire les coûts de R-D et peut-être assujetti à un rigoureux fardeau de la preuve de l'existence de gains compensateurs d'efficience productive, que l'on pourraient comparer aux pertes sèches découlant de tout effet négatif possible sur les prix.

En somme, vouloir confier des éléments d'analyse complexes et souvent indéterminés sur les droits de propriété intellectuelle et la concurrence à une instance institutionnelle d'arbitrage pose des défis majeurs sous l'angle de la compétence institutionnelle limitée, des coûts de transaction et de la justiciabilité. Concevoir des règles de décision donnant des résultats déterminés dans

la plupart des cas, tout en produisant un niveau acceptable de coûts d'erreur, ne sera pas par ailleurs facile à réaliser. Mais le fait de supposer que les décisions seront prises par des virtuoses de l'économie qui possèdent un ensemble complet de données, et non par personnes de compétence, d'honnêteté et de clairvoyance moyenne, relèverait d'un romantisme injustifié et coûteux.





Jeffrey Church
Département d'économie
Université de Calgary

et Roger Ware
Département d'économie
Université Queen's

8

Industries de réseaux, droits de propriété intellectuelle et politique de concurrence

INTRODUCTION

DANS CETTE ÉTUDE, nous nous penchons sur l'interaction de la politique de concurrence et des droits de propriété intellectuelle dans les industries où la présence d'externalités de réseau signifie que les questions de normalisation et de compatibilité sont importantes. Les industries où dominent les préoccupations en matière de normalisation et de compatibilité englobent celles des produits électroniques de consommation, du traitement de l'information et des télécommunications.

Les questions de normalisation et de compatibilité dans ces industries sont importantes en raison de la nature fondamentale des produits : ce sont des composants de systèmes. Les produits fournis à ces industries ont peu de valeur en soi; leur valeur ressort habituellement lorsqu'ils sont intégrés à un système. Il y a deux types différents de systèmes où la compatibilité est importante. Dans le premier, le système consiste en un ensemble de produits similaires reliés au sein d'un réseau. Dans le second, le système consiste en produits différenciés mais complémentaires.

L'exemple classique d'un système en réseau est un central téléphonique. Deux autres exemples sont les machines de télécopie, ou plus précisément leurs normes de communication, ainsi que l'Internet. Le réseau n'a pas besoin d'être relié par câbles souterrains; il peut être constitué de personnes qui adoptent un même programme de traitement de texte et qui profitent du fait qu'elles peuvent s'échanger des fichiers. Dans le cas d'un système en réseau, la valeur de la participation au réseau augmente avec le nombre de participants reliés à des réseaux compatibles. La taille du réseau est habituellement appelée le parc installé.

Lorsqu'un système est constitué de produits complémentaires, des services de consommation apparaissent lorsque deux ou plusieurs produits compatibles entrent en interaction pour former un système. Dans bien des cas, la valeur d'un élément (le « volet matériel ») dépend de la variété d'éléments complémentaires

compatibles (le « volet logiciel »)¹. Les exemples de cette situation abondent dans le secteur des produits électroniques de consommation : les téléviseurs et les émissions, les lecteurs de disque compact et les disques compacts, les systèmes de jeu vidéo et les jeux vidéos, les postes de radio FM et les stations de radio FM, les magnétoscopes et les émissions enregistrées sur vidéocassette. Ce paradigme « matériel/logiciel » ne se limite pas aux produits électroniques de consommation et il n'est pas nécessaire que le matériel soit, littéralement, du matériel. Dans le domaine de l'informatique, le volet matériel est un système d'exploitation, tandis que le volet logiciel pertinent est constitué des applications. D'autres exemples sont les cartes de crédit (volet matériel) et les magasins qui les acceptent (volet logiciel); les véhicules alimentés au gaz naturel (volet matériel) et les postes d'approvisionnement en gaz naturel (volet logiciel); les cartes de guichet automatique (volet matériel) et les guichets automatiques eux-mêmes (volet logiciel). Dans tous ces cas, la valeur du matériel dépend de la disponibilité de logiciels différenciés. Une augmentation de la variété de ces derniers accroît la valeur du matériel.

Les systèmes constitués d'une unité de matériel et d'un logiciel différencié peuvent être utilement considérés comme des « réseaux virtuels » et les propriétés de ces systèmes sont, dans certaines circonstances, semblables à celles des systèmes en réseau (voir Katz et Shapiro, 1985, 1994; Farrell et Saloner, 1985; Church et Gandal, 1993). En particulier, ils ont en commun une importante caractéristique : dans certaines circonstances la valeur d'un système réunissant diverses composantes dépendra aussi du nombre total de consommateurs qui adoptent des systèmes compatibles. Si la production d'un logiciel se caractérise par des rendements d'échelle croissants et l'entrée libre, une augmentation des ventes de matériel (adoption du même matériel par d'autres) profitera aux utilisateurs actuels en accroissant la demande et, par conséquent, l'offre de matériel. Plus il y a d'utilisateurs qui adoptent une norme matérielle commune, plus ils en profiteront à cause de la baisse des prix et de la plus grande variété des logiciels (voir Church et Gandal, 1993, 1995). Cette relation positive entre les adopteurs et la taille du réseau est appelée l'effet de réseau.

Une conséquence importante découlant de la relation positive entre la valeur des avantages du réseau et sa taille est la présence d'une externalité de réseau. L'externalité résulte du fait que lorsque les particuliers envisagent de se joindre à un réseau, ils ne tiendront compte que de leurs avantages et de leurs coûts privés. Mais pour les autres participants au réseau, il y a un effet externe positif associé à l'adoption : la valeur du réseau, pour ces participants, augmente du fait que la taille du réseau s'étend.

La présence d'un effet de réseau signifie que les décisions que prennent les consommateurs en matière d'adoption dépendront de la taille actuelle d'un réseau (son parc installé) et des attentes des consommateurs relativement à l'expansion du réseau. Après tout, ils reconnaîtront que la valeur de l'adhésion à un réseau dépend non seulement de sa taille actuelle mais de sa taille future. Cette relation est complexe étant donné que la taille du parc installé détermine

vraisemblablement en partie sa croissance future. Plus le parc actuellement installé est important, plus il sera avantageux de faire partie du réseau plus tard. En outre, l'espérance d'un parc installé éventuellement plus grand contribue à accroître la taille du parc installé aujourd'hui. Ces effets de rétroaction positifs sont la principale raison pour laquelle le comportement des industries marquées par des externalités de réseau diffère fondamentalement de celui des autres industries. On peut aussi en déduire que ces industries soulèveront des questions particulières dans le contexte de la politique de concurrence et des droits de propriété intellectuelle. En outre, comme nous le verrons, l'interaction et les conflits possibles entre les droits de propriété intellectuelle et la politique de concurrence seront vraisemblablement plus importants dans les industries de réseaux. De fait, la politique de concurrence pourrait jouer un rôle très important et socialement utile en *réduisant* ou en *limitant* la portée des droits de propriété intellectuelle dans les industries de réseaux.

Notre argument s'appuie sur un raisonnement très simple : les externalités de réseau conjuguées à une plus forte protection de la propriété intellectuelle pourraient entraîner une domination durable des marchés. Cela laisse entrevoir un rôle pour la politique de concurrence et, en particulier, la possibilité que l'application de la législation antitrust puisse servir à limiter les droits de propriété intellectuelle dans les industries de réseaux. Dans bien des cas, la portée de la protection dans les industries de réseaux n'est ni intentionnelle ni souhaitable parce que les formes actuelles de propriété intellectuelle conviennent mal aux industries de réseaux. Cela ne devrait pas surprendre ni prêter à controverse : après tout, les droits de propriété intellectuelle sont un instrument extraordinairement obtus, qui accorde le même degré de protection dans toutes les industries et pour tous les produits. Dans ces circonstances, il est immédiatement apparent qu'un certain ajustement *a posteriori* à la portée des droits de propriété intellectuelle pourrait être socialement souhaitable.

Les droits de propriété intellectuelle sont une création de l'État visant à solutionner les problèmes d'incitation à la création de connaissances qui découlent du fait que les connaissances sont un bien public. De façon optimale, l'étendue des droits de propriété intellectuelle est déterminée en réalisant un arbitrage *ex ante* entre des facteurs d'incitation à l'investissement en recherche et développement et le coût social d'une production inefficace *a posteriori* associée à un pouvoir de marché. Mais dans les industries de réseaux, les externalités de réseau et la protection de la propriété intellectuelle entrent en interaction pour limiter le nombre de systèmes concurrents et peuvent déboucher sur une normalisation, c'est-à-dire une monopolisation.

Nous abordons notre étude en présentant un aperçu de la concurrence dans les industries de réseaux. Dans la prochaine partie, nous faisons valoir que le parc installé correspondant à une norme *de facto* donne à son promoteur le pouvoir de relever les prix et de bloquer l'entrée, c'est-à-dire que le parc installé crée un pouvoir commercial sur un marché anticoncurrentiel. Nous ferons valoir que cela a des conséquences pour la conception des droits de propriété

intellectuelle : l'analyse présentée dans la quatrième partie incite fortement à penser que le régime actuel pourrait entraîner une surprotection de la propriété intellectuelle dans les industries de réseaux. Nous illustrons ce point dans la cinquième partie en présentant une étude de cas fondée sur l'expérience de la protection, aux États-Unis, de l'industrie du logiciel. Nous interprétons le recul de la protection des logiciels par droit d'auteur, du point de vue tant des limites imposées par les doctrines de l'utilisation abusive et de l'utilisation équitable que de ce qui est protégeable par droit d'auteur, comme une reconnaissance par les tribunaux américains du fait que cette forme de protection, destinée à protéger des oeuvres littéraires, ne convient pas aux logiciels.

Nous envisageons le rôle de l'application des règles antitrust dans la sixième partie. Notamment, nous nous intéressons à deux situations : a) lorsque les promoteurs d'un système restreignent l'accès à leur parc installé, soit par des droits de propriété intellectuelle à l'égard d'une interface soit au niveau du parc installé lui-même, en protégeant par exemple des logiciels grâce au droit d'auteur, et b) lorsque les promoteurs d'un système introduisent au départ des systèmes ouverts et encouragent des tiers à offrir des produits complémentaires, pour ensuite manipuler les normes ou les spécifications des produits afin de rendre les produits complémentaires de ces tiers incompatibles, inutiles ou inférieurs et, ce faisant, monopoliser l'offre de produits complémentaires. Dans les deux cas, nous faisons valoir qu'une application éclairée des règles antitrust pourrait contribuer à améliorer le bien-être. Non seulement les éléments d'incitation fournis par les droits de propriété intellectuelle actuels sont-ils beaucoup trop importants en regard de l'efficacité, mais le comportement subséquent de l'entreprise dominante est inefficace et le recours approprié, en politique de concurrence, passe par la limitation de la protection de la propriété intellectuelle conférée à cette entreprise.

LA CONCURRENCE DANS LES INDUSTRIES DE RÉSEAUX

NOUS AVONS NOTÉ QUE LES EFFETS DE RÉSEAU sont la caractéristique distinctive des marchés pour les systèmes. L'avantage que les consommateurs obtiennent lorsqu'ils se joignent à un réseau dépend du nombre de consommateurs qui ont aussi joint le même réseau (ou un réseau compatible). Dans le cas des externalités de réseau directes, il en est ainsi parce que la « qualité » du réseau dépend directement du nombre d'abonnés. Dans le cas des externalités de réseau indirectes, une augmentation du nombre d'abonnés abaisse le prix des logiciels compatibles et augmente la variété des logiciels disponibles.

En conséquence, les attentes des consommateurs au sujet de la taille future d'un réseau jouent un rôle fondamental dans la décision d'adhérer à celui-ci et leurs attentes auront vraisemblablement une corrélation positive avec le parc actuellement installé. Il en découle un certain nombre de conséquences du point de vue de la concurrence sur les marchés de réseaux².

L'oeuf ou la poule ? – Il pourrait y avoir de sérieux problèmes de coordination si l'adhésion à un réseau nécessitait un investissement irrécupérable. Si le réseau ne se développe pas, les consommateurs seront alors coincés et les avantages attendus de l'investissement irrécupérable et de l'adhésion au réseau ne se matérialiseront pas. C'est pourquoi les consommateurs hésitent à se joindre à de nouveaux réseaux. Ils seraient disposés à participer à un nouveau réseau s'ils savaient que d'autres sont également disposés à le faire, mais parce que personne n'est actuellement membre du réseau, ils ne croient pas que d'autres sont disposés à y adhérer, de sorte qu'ils ne le font pas eux-mêmes. Si l'externalité est indirecte, les consommateurs seront disposés à acheter le matériel lorsque le logiciel sera disponible, mais les fournisseurs de logiciels hésitent à offrir des produits tant que les consommateurs ne démontrent pas qu'il existe un marché pour ceux-ci. À un autre niveau, une entreprise de matériel pourrait ne pas lancer une nouvelle technologie si elle est d'avis que le logiciel complémentaire ne sera pas disponible. Les logiciels complémentaires ne seront mis en marché que si le matériel est lui-même lancé et que les consommateurs l'adoptent.

Normalisation – Les marchés de réseaux ont une forte propension au « basculement » ou à la normalisation. Cela signifie que l'aboutissement de la concurrence entre deux technologies rivales et incompatibles est que l'une d'elle devient éventuellement la norme de fait. La normalisation de fait signifie que tous les consommateurs adoptent la même technologie. Si un système ou une technologie peut prendre une certaine avance au départ pour ce qui est de la taille du parc installé, cela peut devenir un signal effectif (et exact) pour les consommateurs que d'autres adopteront aussi ce système. L'obtention d'un petit avantage initial engendre la création d'un avantage durable très important qui aboutit éventuellement à l'adoption exclusive. Si tous les consommateurs sont d'avis que les établissements de location de vidéocassettes n'offriront que des cassettes de format VHS en location (ou, initialement, qu'il y aura tout simplement une plus grande variété de cassettes offertes en format VHS), ils n'achèteront que des magnétoscopes répondant à la norme VHS. Leurs attentes contribuent à s'auto-renforcer parce que leurs décisions d'achat feront en sorte que seules des cassettes de format VHS seront offertes (ou qu'un nombre de plus en plus grand d'établissements réduiront leur stock de cassettes Beta ou se spécialiseront dans le format VHS). Les entreprises qui reconnaissent qu'elles sont en concurrence sur un marché caractérisé par des externalités de réseau, où leurs rivales offrent des technologies incompatibles, vont naturellement livrer une concurrence très vive pour obtenir un avantage initial en termes de parc installé. La normalisation de fait a plus de chance de survenir plus les effets de réseau sont importants par rapport au degré d'hétérogénéité parmi les consommateurs. Si les consommateurs ont des préférences suffisamment hétérogènes, l'avantage d'une harmonisation plus étroite entre les préférences de certains consommateurs peut dépasser l'avantage d'un réseau de plus grande taille et un grand nombre de réseaux incompatibles et différenciés pourront coexister.

Équilibres multiples – À la lumière des deux observations précédentes, il est facile de voir que, selon les attentes des consommateurs, les marchés de réseaux auront vraisemblablement plusieurs équilibres. Ainsi, s'il y a deux technologies concurrentes (A et B), cela signifie que l'une et l'autre pourraient être viables, qu'il pourrait y avoir normalisation de fait autour du réseau A ou du réseau B, ou encore qu'aucune des deux technologies ne sera adoptée.

L'engagement – Le problème de coordination décrit précédemment se trouve compliqué par l'engagement que prend l'abonné. Il y a deux aspects à ce problème. Le premier est lié à la nécessité de répéter l'investissement irrécupérable afin de changer de réseau. Les coûts d'adoption d'une technologie, dans la mesure où ils sont immobilisés et que les réseaux sont incompatibles, imposent des coûts aux consommateurs qui veulent passer à un autre réseau. Le deuxième aspect est que, dans la mesure où le parc installé du second réseau n'est pas aussi important que celui du réseau dominant, et qu'il a peu de chance de le devenir éventuellement, les avantages d'y adhérer sont moindres. Le fait que les consommateurs sont en quelque sorte prisonniers de leur choix signifie que le promoteur d'une technologie exclusive n'est pas incité à développer son réseau mais, plutôt, à exploiter le parc installé qu'il contrôle exclusivement. Les promesses faites par une entreprise de développer son réseau en pratiquant des prix moins élevés ou en fournissant beaucoup de logiciels peu coûteux dans l'avenir ne sont pas nécessairement crédibles : autrement dit, il pourrait ne pas être dans l'intérêt de l'entreprise de remplir ses promesses si le parc installé est déjà suffisamment grand.

LUTTES POUR LES NORMES, LA COMPATIBILITÉ ET L'ADOPTION

LA CONCURRENCE DANS LES INDUSTRIES DE RÉSEAUX porte essentiellement sur la compatibilité et l'établissement des normes. Elle a trait aussi au choix du terrain sur lequel se livrera la concurrence : soit de convenir d'une norme, même si elle est plus avantageuse pour un rival, de sorte que la bataille adoptera le modèle classique d'une concurrence entre produits répondant à une même norme, soit de tenter de décrocher la norme victorieuse, de sorte que si vous remportez la bataille, il n'y aura pas de concurrence au niveau des produits, du moins pas si vos produits sont fortement protégés par les lois sur la propriété intellectuelle³. Les travaux publiés sur les externalités de réseau font la distinction entre trois situations différentes : a) les luttes entre des normes incompatibles; b) les luttes portant sur la compatibilité et c) l'établissement de normes par voie de consentement volontaire.

Dans une lutte portant sur les normes, deux systèmes incompatibles ou plus rivalisent entre eux. Il y a de nombreux exemples manifestes de cette situation : VHS contre Beta, Visa contre American Express, Macintosh contre Windows contre OS/2, et Nintendo contre Sega. Dans les luttes qui portent sur les

normes, les efforts des entreprises seront orientés vers l'expansion de leur parc installé actuel et la manipulation des attentes des consommateurs au sujet de la taille future de ce parc. L'incitation à ce genre de comportement existe précisément parce que l'entreprise possède des droits de propriété intellectuelle à l'égard de sa technologie et tente d'en maximiser la valeur. Les promoteurs peuvent souvent internaliser en partie l'externalité de réseau en offrant aux premiers adopteurs (qui engendrent des avantages pour les adopteurs futurs) un prix moins élevé.

La lutte porte sur la compatibilité lorsque la technologie d'une entreprise est devenue la norme de fait (peut-être aux termes d'une bataille portant sur les normes), de sorte que tous les consommateurs, ou presque, ont adopté les produits de cette entreprise. La lutte se transporte maintenant sur le terrain de la compatibilité. L'entreprise dominante peut-elle maintenir l'incompatibilité entre ses produits et ceux de ses concurrents ? Plutôt que de rivaliser avec une technologie différente, les concurrents jugeront plus profitable de livrer concurrence à l'entreprise dominante en offrant des technologies compatibles. Le fournisseur qui a imposé sa norme ne pourra maintenir son monopole que s'il réussit à restreindre l'accès à son parc installé pour les entreprises rivales. Autrement dit, le monopoleur sera incité à conserver son système *fermé*. On peut voir cela comme une entreprise qui tente de maintenir la valeur de ses droits de propriété sur son réseau.

L'établissement de normes par voie de consentement se présente lorsque de nombreuses entreprises ont élaboré ou sont en train d'élaborer de nouvelles technologies incompatibles et que ces entreprises perçoivent qu'aucune de leur technologie ne remportera vraisemblablement la lutte pour s'imposer comme norme. En outre, il se peut que dans l'éventualité d'une concurrence entre de nouvelles technologies incompatibles, non seulement aucun des protagonistes ne remportera la bataille des normes, mais aucune technologie ne réussira même à survivre. Il en est ainsi parce que la diversité des technologies et des approches incompatibles peut signifier que les attentes des consommateurs sont fragmentées. La concurrence entre les normes permet difficilement aux consommateurs de sélectionner correctement la technologie qui demeurera viable. En conséquence, ils hésitent à faire l'investissement irrécupérable requis et préfèrent conserver leur vieille technologie. Un moyen pour les entreprises qui souhaitent lancer une nouvelle génération de technologie d'éviter cette fragmentation est de convenir d'une norme commune. Cela peut se faire au sein d'un organisme national ou sectoriel de normalisation, ou de façon moins formelle par l'adhésion des entreprises à une norme commune. Dans les deux cas, la norme sera habituellement mise en application par un échange de licences réciproques à l'égard de la technologie. La stratégie des entreprises concurrentes consiste ici à s'entendre sur une norme commune afin d'obtenir l'adhésion des consommateurs. Selon une interprétation de ce processus d'établissement d'une norme, les entreprises renonceront volontairement à protéger

leur propriété intellectuelle, ou réduiront la portée de cette protection, afin de s'assurer que les consommateurs adopteront la technologie (Farrell, 1989).

Luttes portant sur les normes

Dans une lutte axée sur les normes, les entreprises mettent en oeuvre des stratégies visant à convaincre les consommateurs que la taille de leur parc installé dominera celle de leurs rivales. Elles peuvent le faire directement, en influençant les attentes des consommateurs ou, par des investissements dans leur parc installé, elles peuvent tenter d'exploiter le lien qui existe entre les attentes et la taille du parc actuel. Bien entendu, la mesure dans laquelle elles sont disposées à investir pour étendre le réseau dépend de leur capacité de saisir les avantages connexes ce qui, en retour, dépend de la mesure dans laquelle elles peuvent restreindre l'accès à leur réseau par les fournisseurs rivaux.

Une distinction essentielle entre les externalités de réseau indirectes et directes réside dans la nature du parc installé. Si l'externalité est directe, le parc installé correspond au nombre de consommateurs qui achètent la technologie. La notion pertinente de parc installé dans un contexte matériel/logiciel, en présence d'une externalité de réseau indirecte, n'est pas le nombre de consommateurs ayant adopté le matériel compatible mais, plutôt, la variété des logiciels disponibles. Bien entendu, la taille du marché des logiciels dépendra du nombre de consommateurs qui ont adopté le matériel compatible. Mais dans le cas d'externalités de réseau indirectes, les entreprises de matériel peuvent créer un parc installé en fournissant directement les logiciels ou en incitant des entreprises de logiciel indépendantes à le faire.

Les entreprises peuvent adopter plusieurs stratégies différentes pour influencer les attentes des consommateurs à l'égard de la taille du réseau.

Prix de pénétration – Cette stratégie de prix vise à accroître les ventes au début du cycle de vie d'un produit afin de développer le parc installé (voir Farrell et Saloner, 1986b et Katz et Shapiro, 1986a). Les entreprises abaissent stratégiquement leur prix, parfois sous le coût marginal, afin de convaincre les consommateurs de se joindre au réseau. Dans le cas des logiciels d'ordinateur, le produit est souvent cédé gratuitement. Un exemple récent et plutôt spectaculaire de cette pratique nous a été fourni par la société Netscape, qui a distribué gratuitement son logiciel fureteur. Cela soulève des questions intéressantes au sujet des pratiques d'éviction, étant donné qu'une entreprise n'a qu'à adopter une telle stratégie de prix jusqu'à ce qu'elle ait établi un parc installé suffisant pour que le marché penche en sa faveur et que ses rivales soient forcées d'abandonner. En outre, pour ce faire, il n'est pas nécessaire qu'elle fixe son prix sous le coût marginal, mais l'abaisser juste assez pour inciter les consommateurs à adhérer à son réseau et non à celui de ses rivales. Par la suite, elle peut relever ses prix sans craindre l'entrée de concurrents, précisément en raison de la taille

de son parc installé. L'expansion du parc installé dans l'avenir signifie que les consommateurs devront payer davantage pour en faire partie. En effet, les consommateurs futurs profitent du fait que les consommateurs actuels ont adopté la technologie et contribuent à accroître la taille du parc installé. Il s'agit là d'une autre façon de dire que les effets de réseau engendrent des externalités de réseau. Le recours à un prix de pénétration représente une façon pour une entreprise d'internaliser (partiellement) l'externalité et de transférer (au moyen de prix inférieurs) une partie des avantages aux consommateurs actuels. Le prix de pénétration ressemble donc à une stratégie qui consisterait à taxer les consommateurs futurs afin de subventionner ceux qui prennent aujourd'hui la décision d'adopter la nouvelle technologie.

Assurance – Les entreprises peuvent réduire le risque que courent les consommateurs de se joindre au mauvais réseau en leur donnant l'assurance qu'ils n'en demeureront pas prisonniers (c'est-à-dire qu'ils ne puissent profiter de l'investissement irrécupérable qu'ils ont fait pour se joindre au réseau). Cela peut se faire au moyen de contrats complexes où le prix éventuellement payé dépend de la taille du réseau (voir Dybvig et Spatt, 1993, ou Thum, 1994). Une autre approche que peuvent envisager les entreprises consiste à fournir le matériel requis à ceux qui sont intéressés à se joindre au réseau en leur offrant des contrats de location à court terme (Katz et Shapiro, 1994, p. 103). Ces deux méthodes réduisent le risque que les consommateurs se retrouvent prisonniers et elles permettent de changer plus facilement de réseau.

Fabrication sous licence – Les entreprises peuvent accorder des licences pour leurs produits afin de susciter la concurrence (voir Farrell et Gallini, 1988, et Shepard, 1987). Il s'agit d'un moyen de s'engager à pratiquer des prix peu élevés maintenant et dans l'avenir, ce qui contribue à accroître la taille du parc installé dès aujourd'hui. Le lancement du micro-ordinateur par la société IBM et l'octroi de licences par la société Matsushita pour la norme VHS sont à cet égard des exemples classiques. En outre, les entreprises peuvent avoir des projets ambitieux d'octroi de licences afin de promouvoir la création de logiciels complémentaires. Les sociétés Philips et SONY ont appliqué une telle stratégie lorsqu'elles ont lancé le disque compact (voir Grindley, 1995, p. 117).

Publicité et marketing – Les efforts promotionnels visent à manipuler les attentes des consommateurs. Visa insiste dans ses commerciaux sur le fait que sa carte de crédit est acceptée à un plus grand nombre d'endroits que la carte American Express. American Express répond à cette stratégie en incluant avec son relevé mensuel une liste des entreprises qui ont récemment commencé à accepter sa carte. Katz et Shapiro signalent que WordPerfect a récemment intenté une action contre Microsoft au sujet d'une réclame où cette dernière affirmait que le logiciel Microsoft Word était le logiciel de traitement de texte le plus populaire au monde (Katz et Shapiro, 1994, p. 107).

Investissement captif – Une entreprise peut également s'engager à développer son réseau et à ne pas exploiter son parc installé en faisant d'importants investissements captifs (Katz et Shapiro, 1994, p. 104). Ainsi, la réputation d'une entreprise de ne pas exploiter son parc installé peut se révéler très précieuse si cette dernière produit plusieurs biens ou s'apprête à lancer une nouvelle génération de technologie. Par contre, elle pourrait faire d'importants investissements qu'elle n'escompte récupérer qu'en stimulant la croissance future de son parc installé. Les investissements consacrés à la capacité de production peuvent ainsi servir à communiquer de l'information privilégiée aux consommateurs en indiquant que l'entreprise s'attend vraiment à ce que la taille de son réseau connaisse une forte expansion. Les montants très élevés versés pour acquérir des portions du spectre à large bande par des entreprises qui souhaitent offrir des services de communications personnelles de seconde génération sont un très bon exemple d'une telle stratégie⁴.

Investissements dans des composants complémentaires (logiciels) – Dans les systèmes où l'on retrouve des composants, la notion pertinente de parc installé correspond aux logiciels ou composants complémentaires. Les entreprises de matériel peuvent faire des investissements stratégiques pour accroître l'offre de composants⁵. Ainsi, les sociétés Nintendo et Sega produisent plusieurs jeux vidéo les plus populaires pour leurs systèmes, tandis que la société Microsoft offre une vaste gamme d'applications (Word, Excel, etc.) qui peuvent être employées avec son système d'exploitation Windows.

Dans les industries de matériel/logiciel, ce qui influe habituellement sur la décision du consommateur d'adopter une technologie est le nombre relatif de logiciels disponibles. Par conséquent, les entreprises de matériel peuvent accroître la taille relative de leur parc installé non seulement en augmentant le nombre de logiciels offerts pour leur système, mais aussi en réduisant la variété des logiciels offerts pour les systèmes concurrents. Nintendo a été en mesure de maintenir l'incompatibilité entre les jeux vidéo offerts pour son système et les systèmes de jeu vidéo concurrents en utilisant un dispositif de verrouillage. Celui-ci consistait en une puce « maîtresse » installée dans la console du jeu et d'une puce « esclave » installée dans les cartouches de jeu. La puce esclave installée dans les cartouches renfermaient le programme d'ordinateur 10NES. Le signal émis par le programme 10NES donnait instruction à la puce maîtresse de déverrouiller la console de jeu et de permettre à la cartouche de jeu d'y avoir accès. Ces puces esclave et maîtresse ont été brevetées et un droit d'auteur a été obtenu pour le programme 10NES. Les concepteurs indépendants qui voulaient fournir des logiciels pour les systèmes de Nintendo devaient se procurer les cartouches de jeu auprès de cette dernière. En retour de la fourniture des cartouches de jeu, ces concepteurs s'engageaient à ne pas rendre leurs jeux accessibles aux autres systèmes de jeux vidéo⁶.

Microsoft a eu recours à des clauses restrictives semblables dans ses rapports avec les concepteurs indépendants de logiciels rédigeant des applications

pour Windows 95⁷. La fusion récente des sociétés Silicon Graphics et Alias a été contestée par la Federal Trade Commission (FTC) des États-Unis qui était préoccupée par la possibilité que d'autres fabricants de postes de travail subissent un désavantage concurrentiel si les logiciels d'Alias n'étaient compatibles qu'avec le matériel offert par Silicon Graphics⁸.

Les pré-lancements de produits ou miragiciels – Une entreprise peut annoncer à l'avance ses produits en informant les consommateurs au sujet de leur disponibilité future (voir Farrell et Saloner, 1986b). L'idée est ici de convaincre les consommateurs d'attendre le lancement du produit plutôt que d'acheter dès maintenant celui d'un concurrent. Si cette stratégie réussit, elle limite la croissance du parc installé des concurrents. Microsoft a fait cela lorsque sa rivale des premiers jours sur le marché des systèmes d'exploitation DOS a offert un produit sensiblement meilleur que MS-DOS. Moins d'un mois après le lancement de DR-DOS 5.0, Microsoft a annoncé l'arrivée imminente de son produit MS-DOS 5.0, qui devait offrir les mêmes fonctions que DR-DOS 5.0. Mais la nouvelle version de MS-DOS n'a été disponible dans le commerce qu'un an après le lancement de DR-DOS (voir Baseman, Warren-Boulton et Woroch, 1995, p. 272). Une des allégations faites par le Département de la Justice des États-Unis dans la poursuite antimonopole qu'il a intentée contre la société IBM est que cette dernière avait annoncé son intention d'entrer dans certains segments du marché où il y avait concurrence réelle ou potentielle, même si elle savait pertinemment qu'il était peu probable qu'elle parvienne à le faire dans les délais annoncés⁹.

Le comportement stratégique d'un promoteur à l'égard de son parc installé s'explique par le fait que l'entreprise gagnante possède des droits de propriété sur le réseau et juge ainsi profitable de tenter d'internaliser l'externalité de réseau. S'il ne s'agit pas d'un réseau de propriété exclusive, les entreprises seront alors passablement moins enclines à faire des investissements en vue d'étendre la taille de leur parc installé. En conséquence, les problèmes de coordination inhérents aux industries de réseaux peuvent signifier qu'aucune technologie ne réussira à s'implanter. Par ailleurs, l'analyse formelle de ces diverses stratégies révèle qu'elles peuvent promouvoir, mais non nécessairement entraîner, une normalisation inefficace ou une normalisation axée sur la mauvaise technologie.

Une normalisation inefficace signifie qu'il serait préférable, sur le plan du bien-être, que l'on ait accès à plus d'un réseau. Cela est possible parce qu'il y a habituellement un arbitrage entre normalisation et variété. La normalisation est recherchée parce que si tous les consommateurs adoptent la même technologie, les avantages découlant de l'externalité de réseau sont maximisés. Mais cela suppose aussi une réduction de la variété des produits et, dans la mesure où la variété est recherchée, cela impose des coûts réels. La valeur sociale d'une variété plus grande de réseaux à court terme est qu'elle rend possible une meilleure correspondance entre les caractéristiques des produits et les

goûts des consommateurs. La tendance qui ressort des travaux théoriques est que l'équilibre sera caractérisé par une normalisation insuffisante ou une trop grande variété (voir Farrell et Saloner, 1986a; Chou et Shy, 1990 et Church et Gandal, 1992a et 1996b). Cependant, dans un monde d'incertitude, il y a un avantage supplémentaire à disposer de nombreux réseaux à long terme : ils ont une valeur « d'option » au sens où la normalisation autour de la technologie A pourrait rendre impossible une réorientation subséquente vers la technologie B si cette dernière s'avère supérieure. L'expérience relative de la sélection d'une norme pour la télévision à haute définition (TVHD) aux États-Unis et au Japon en est un exemple (voir Katz et Shapiro, 1994, p. 106; voir également Farrell et Shapiro, 1992b, sur la question de la TVHD). La norme entièrement numérique adoptée aux États-Unis est considérée supérieure à la norme hybride numérique/analogique retenue par les Japonais.

La possibilité de se retrouver captif d'une norme inefficente découle de la présence d'un parc installé pour la technologie établie. Un parc installé de grande taille donnera à la technologie en place un avantage sur les nouvelles technologies. En dépit de la supériorité technique d'une nouvelle technologie, les consommateurs pourraient hésiter à l'adopter s'ils croient qu'il est peu probable qu'elle aura éventuellement un parc installé *comparable* à celui de la technologie en place. Il est peu probable que les consommateurs assument les coûts et le risque de l'adoption d'une nouvelle technologie s'ils estiment que les autres ne l'adopteront pas également (voir Farrell et Saloner, 1985 et 1986b). Les problèmes de coordination parmi les consommateurs signifient qu'un changement de normes pourrait se produire même si le surplus total du consommateur serait éventuellement plus élevé si l'on changeait de norme. Le penchant pour les produits actuels qui bénéficient d'une clientèle acquise est appelé *l'inertie excédentaire*.

Cette possibilité dépend des attentes des consommateurs. Si ces attentes sont moins fragmentées, il est alors plus probable qu'il y ait *friction insuffisante* (voir Katz et Shapiro, 1986a, 1992 et 1994). Il y a friction insuffisante lorsque la conversion à une nouvelle technologie est inefficente d'un point de vue social. Cela peut se produire lorsque la nouvelle technologie est, toute chose égale par ailleurs, supérieure à l'ancienne et que la génération actuelle de consommateurs l'adopte. Cela peut être inefficace parce que la génération actuelle de consommateurs ne tient pas compte du fait qu'en procédant ainsi, elle emprisonne les générations précédentes de consommateurs : le bien-être des consommateurs qui ont adhéré à l'ancienne norme subit un préjudice étant donné que la taille de leur réseau n'augmente plus. Les travaux de Katz et Shapiro laissent penser que le comportement stratégique des réseaux commandités qui disposeront d'un avantage sur le plan des coûts dans l'avenir limite la capacité de recourir à une stratégie de prix de pénétration pour les technologies actuelles en vue d'internaliser l'externalité de réseau. Il en est ainsi parce qu'un tel comportement limite la mesure dans laquelle on peut imposer aux futurs consommateurs des prix plus élevés pour l'ancienne technologie. En con-

séquence, un promoteur qui cherche à maximiser les profits qu'il tire de la vieille technologie ne peut se permettre de rivaliser de façon aussi agressive pour attirer un plus grand nombre de consommateurs aujourd'hui même. En outre, une nouvelle technologie commanditée pourra remplacer une norme non commanditée mais socialement préférable parce qu'elle pourra, contrairement à sa rivale non commanditée, donner lieu à une stratégie de prix de pénétration (voir Katz et Shapiro, 1986a et 1992). Ces deux facteurs engendrent une friction insuffisante qui permet à une technologie incompatible d'en remplacer une autre.

Luttes portant sur la compatibilité

Les entreprises offrant des technologies qui sont devenues des normes de fait doivent maintenir un système fermé afin de préserver leur monopole. Souvent, le parc installé d'une entreprise établie constitue une barrière suffisante à l'entrée pour tenir à l'écart des rivaux dont les produits sont incompatibles. Ainsi, les entreprises qui produisent de nouvelles technologies audios non compatibles avec les logiciels actuellement installés auront probablement de la difficulté à faire adopter leur technologie, à moins que celle-ci offre des avantages importants sur la technologie existante¹⁰. Bien entendu, la question de la compatibilité n'est pas exogène. Les entreprises établies peuvent réussir à freiner la compatibilité soit au niveau de la conception soit en exerçant leur droit de propriété¹¹. En outre, les fournisseurs de produits complémentaires seront dissuadés d'entrer sur le marché à moins que leurs produits ne soient aussi compatibles avec le système du promoteur du réseau. Ainsi, les fabricants de périphériques utilisant des connexions IBM ont été forcés d'abandonner ce marché lorsqu'ils ont été incapables de maintenir la compatibilité, tandis que la société Atari n'a pu fournir de jeux vidéos compatibles avec les consoles de jeu de la société Nintendo jusqu'à ce qu'elle réussisse à décoder le dispositif de verrouillage de cette dernière.

Il est peu probable que l'incitation des entreprises disposant d'un important parc installé à rechercher la compatibilité avec leurs rivales soit socialement adéquate (voir Katz et Shapiro, 1985 et 1992, pour des démonstrations formelles de cette hypothèse). Alors que la compatibilité permettrait d'accroître la taille du réseau et les avantages sociaux découlant des externalités de réseau, elle a vraisemblablement pour effet de réduire les bénéfices de l'entreprise déjà établie. La concurrence entre les réseaux dépend de la taille relative du parc installé. Lorsqu'un parc installé de propriété privée est relativement important, cela signifie que l'entreprise établie a peu à craindre de la concurrence. La compatibilité met sur un pied d'égalité les parcs installés de nouveaux concurrents et de l'entreprise établie en changeant la nature de la concurrence entre les entreprises. La compatibilité supprime l'avantage associé au parc installé et, partant, le monopole de l'entreprise établie. Les entreprises dominantes

tenteront souvent d'entraver la compatibilité en ayant recours aux stratégies décrites ci-après.

Refus de faire le commerce – Cette stratégie peut prendre deux formes. Dans le premier cas, les entreprises dominantes refusent l'accès aux nouveaux entrants et, en exerçant leurs droits de propriété, elles peuvent les exclure de leur réseau, c'est-à-dire qu'elles leur imposent l'incompatibilité. Cela a été le cas, par exemple, pour les regroupements de presse, les réseaux de guichets bancaires automatisés, les cartes de crédit et les réseaux de téléphone. La deuxième forme de refus se présente lorsque l'entreprise dominante exerce ses droits de propriété intellectuelle et refuse d'accorder une licence. À titre d'exemple, la société Apple a historiquement refusé de céder sous licence son système d'exploitation et elle a surveillé avec vigilance ses droits d'auteur afin de prévenir l'entrée des fabricants de clones¹².

Il y a une différence importante mais subtile entre ces deux stratégies, qui fait ressortir l'une des différences associées à la propriété intellectuelle et que nous examinerons plus loin. Dans les cas du refus de faire le commerce, l'entreprise dominante parvient à maintenir l'incompatibilité en refusant simplement l'accès à son réseau. Cela est relativement facile à faire lorsqu'il s'agit d'un réseau matériel, par exemple un réseau de téléphone ou de guichets bancaires. Cependant, le refus d'accorder une licence représente un cas plus subtil étant donné que la compatibilité ou l'interconnexion ne vise pas un réseau matériel, mais dépend plutôt de la compatibilité entre le matériel du nouveau concurrent et le parc installé ou le logiciel de l'entreprise établie. Dans ces circonstances, des droits de propriété intellectuelle bien définis à l'égard des logiciels seront nécessaires pour exclure les entrants de l'accès au parc installé étant donné que ces derniers sont en mesure d'assurer l'interconnexion sinon légalement du moins techniquement, en fabriquant des dispositifs d'adaptation ou en copiant les logiciels.

Formes abusives d'innovation au niveau des produits – Les entreprises peuvent tenter de susciter l'incompatibilité en apportant des changements fréquents et non annoncés aux normes des produits. Encore une fois, il est utile de faire la distinction entre les cas où les modifications apportées aux normes des produits rendent des concurrents incompatibles et les cas où ce sont les produits complémentaires fournis par des tiers qui deviennent incompatibles.

Un exemple de modification apportée à des normes de produits qui ont pour effet de désavantager un concurrent est celui de l'introduction, par la société Microsoft, du logiciel Windows 3.1 (cet exemple est tiré de Baseman, Warren-Boulton et Woroch, 1995, p. 277-278). Microsoft n'a pas accordé sous licence une version beta de son produit au fabricant de DR-DOS pour qu'il puisse en vérifier la compatibilité. Si vous lanciez Windows 3.1 sur un ordinateur sur lequel n'était pas installé MS-DOS, vous obteniez apparemment un faux message d'erreur! Microsoft a aussi averti les concepteurs de logiciels qui

travaillaient à l'élaboration de logiciels capables d'exploiter l'interface graphique de Windows 3.1 et les utilisateurs de Windows qu'ils pourraient éprouver des problèmes en raison d'un manque de compatibilité, à moins qu'ils n'utilisent MS-DOS. En outre, Microsoft aurait refusé de faire quelque effort pour s'assurer que Windows 3.1 était compatible avec les systèmes d'exploitation concurrents. Baseman, Warren-Boulton et Woroch signalent que les préoccupations au sujet de l'incompatibilité entre DR-DOS et Windows ont entraîné des baisses significatives des ventes au détail de DR-DOS (Baseman, Warren-Boulton et Woroch, 1995, p. 278). Le lancement de Windows a contribué encore davantage à écarter DR-DOS du parc des micro-ordinateurs compatibles avec la norme IBM.

Dans les cas impliquant des périphériques IBM, cette société a modifié la conception de ses systèmes d'ordinateur pour exclure les périphériques concurrents à connexion compatible¹³. À la fin des années 60 et au début des années 70, un certain nombre d'entreprises avaient trouvé comment fabriquer des périphériques compatibles (par exemple les lecteurs de disque et les lecteurs de bande magnétique) pour qu'ils puissent être utilisés avec des ordinateurs centraux IBM. Ces produits étaient compatibles par connexion parce qu'il était possible de débrancher un périphérique IBM et de brancher le périphérique d'un concurrent sans perdre de fonctions. En réaction à une baisse importante de sa part du marché des lecteurs de disque, la société IBM a lancé sur le marché un nouveau contrôleur de disque ayant une interface différente avec l'unité centrale de traitement. Cela a rendu incompatibles avec les unités centrales de traitement d'IBM les lecteurs de disque fournis par des tiers. En outre, IBM a offert un lien technologique. Les consommateurs avaient l'option de louer une unité intégrée qui englobait les nouveaux contrôleurs de disque et l'unité centrale de traitement. Le prix de location du nouveau contrôleur de disque était de 40 à 60 p. 100 inférieur s'il était inclus dans l'unité intégrée. L'inclusion du contrôleur de disque à l'unité centrale de traitement rendait impossible l'interconnexion avec des lecteurs et des contrôleurs de disque concurrents (voir Brock, 1989, pour plus de détails sur les causes portant sur les périphériques de la société IBM).

INDUSTRIES DE RÉSEAUX, DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET POUVOIR DE MARCHÉ

L'OCTROI DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE vise à créer un degré de monopole pour protéger les innovateurs. L'analyse classique qui s'applique ici est que les innovations sont une forme de bien public parce que, une fois créées, il est socialement souhaitable qu'elles soient diffusées largement au coût marginal. Une telle diffusion à faible coût détruirait l'incitation à innover parce qu'elle priverait l'innovateur de toute perspective de profit. Si le droit de propriété de l'innovateur peut être protégé, lui assurant ainsi un certain profit

monopolistique, alors l'incitation à innover est plus forte, mais la diffusion sera insuffisante sur le plan de l'efficience parce que les prix de monopole dissuaderont certains utilisateurs dont l'avantage serait supérieur aux coûts de diffusion. Le rôle des droits de propriété intellectuelle est d'optimiser l'arbitrage entre ces coûts et ces avantages, en créant une protection suffisante, mais non excessive, pour le droit de propriété de l'innovateur.

La politique antimonopole est aussi préoccupée par la question du pouvoir de marché, mais elle vise à mettre au point des mesures permettant d'en contrôler la création et l'exploitation abusive. Le pouvoir de marché n'est pas habituellement illégal en soi mais, en vertu de l'article 2 de la *Sherman Act* aux États-Unis et des articles 78 et 79 de la *Loi sur la concurrence* au Canada (les dispositions relatives à l'abus de position dominante), l'exploitation abusive d'un pouvoir de marché est illégale. Par définition, les droits de propriété intellectuelle confèrent des droits exclusifs d'utilisation et, ainsi, semblent créer des monopoles. Étant donné que les droits de propriété intellectuelle peuvent engendrer un pouvoir de marché, la politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle peuvent s'opposer mutuellement, l'une agissant de manière à créer des droits de monopole et l'autre cherchant à les détruire.

Mais dans la plupart des secteurs, ce conflit n'est qu'illusoire. Le tribunal du deuxième circuit aux États-Unis a ainsi fait remarquer que lorsque le produit breveté n'est que l'un parmi de nombreux produits qui rivalisent activement sur le marché, peu de problèmes surgissent entre les droits de propriété du titulaire du brevet et la législation antitrust¹⁴. Le conflit disparaît parce que, dans la plupart des cas, la protection accordée par les droits de propriété intellectuelle, tout en assurant l'utilisation exclusive, n'entraîne habituellement pas la création d'un pouvoir dominant sur un marché antitrust bien défini¹⁵. Aux États-Unis, les tribunaux ont insisté sur le fait que lorsqu'un produit breveté obtient un succès tel qu'il en vient à créer son propre marché économique ou qu'il réussit à ravir un large segment du marché à un produit établi, les lois sur les brevets et sur la concurrence s'affrontent nécessairement¹⁶.

COLLISION ENTRE LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET LA LÉGISLATION SUR LA CONCURRENCE DANS LES INDUSTRIES DE RÉSEAUX

LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE et les externalités de réseau se renforcent mutuellement, non seulement pour faciliter la création de normes de fait dans une industrie, mais aussi pour engendrer un pouvoir de marché. La normalisation signifie que la technologie protégée a non seulement englouti le marché, mais qu'elle est devenue le marché, et la protection de la propriété intellectuelle peut empêcher d'autres acteurs d'entrer sur le marché et d'offrir des produits compatibles. Si la technologie protégée a un parc installé suffisamment important et que les effets de réseau sont eux-mêmes suffisamment

importants, la norme protégée devient alors un marché antitrust : le promoteur possédera un pouvoir dominant sur le marché. Les consommateurs ne délaisseront pas immédiatement la norme de fait lorsque le fournisseur hausse son prix. Ils participent déjà au réseau en seront captifs à cause de leurs investissements irrécupérables. Les consommateurs actuels demeureront vraisemblablement sur ce marché et de nouveaux consommateurs choisiront encore la technologie de l'entreprise établie, même si elle est offerte à un prix supérieur au niveau concurrentiel, en raison des avantages qu'offre le réseau plus étendu.

Ce parc installé constitue également une importante barrière à l'entrée. Afin de concurrencer la technologie existante, les entrants devront surmonter l'avantage qualitatif qu'offre le produit de l'entreprise établie en raison de son parc installé. Si les effets de réseau sont très importants, il peut être insuffisant d'offrir simplement un produit supérieur à un prix moins élevé. Plutôt, il pourrait être nécessaire pour les prétendants de convaincre les consommateurs que leur produit remplacera la technologie existante pour éventuellement devenir la norme et, ainsi, offrir des avantages de réseau comparables. Ces exigences haussent sensiblement les coûts fixes et irrécupérables de l'entrée et, par conséquent, ils représentent une redoutable barrière à l'entrée pour les entreprises qui offrent des produits incompatibles.

Dans l'enquête impliquant la société Microsoft, le Département de la Justice des États-Unis en est venu à la conclusion que la nécessité d'offrir un parc installé d'applications comparables à celui offert par les environnements MS-DOS et Windows représentait une importante barrière à l'entrée pour un nouveau système d'exploitation non compatible¹⁷. Au Canada, dans la cause de fusionnement *Southam*¹⁸, le Directeur des enquêtes et recherches a contesté l'acquisition de *North Shore News et Real Estate Weekly* parce que *Southam* était déjà l'éditeur de deux quotidiens à Vancouver. Le Tribunal de la concurrence a accepté l'argument selon lequel les effets de réseau créaient des barrières à l'entrée sur le marché de la publicité immobilière. Les effets de réseau découlent du fait que, plus le nombre d'annonces publicitaires est élevé, plus le nombre de lecteurs augmente, plus la publicité est efficace et plus augmente le nombre d'annonceurs. La réussite d'un nouveau concurrent dépendra du nombre d'annonceurs qu'il pourra attirer. En rivalisant avec un parc installé (le nombre d'annonceurs dans les journaux existants), ce nouveau concurrent pourrait avoir de la difficulté à vendre de l'espace publicitaire, indépendamment de l'attrait de ses tarifs, si les annonceurs ne sont pas convaincus que d'autres y annonceront également¹⁹.

Si la présence d'un important parc installé gêne l'entrée de technologies incompatibles, alors la présence et l'application de droits de propriété peuvent jouer un rôle déterminant en encourageant l'entrée de technologies compatibles commercialisées par des entreprises concurrentes. Le refus d'accorder à un concurrent l'accès à un réseau a permis, dans un certain nombre de cas, d'obtenir un jugement favorable dans des causes de monopole, habituellement

en invoquant la doctrine des installations essentielles et de garantir l'accès par une ordonnance du tribunal²⁰.

Mais l'accès à un parc installé ou à un réseau ne nécessite pas toujours l'accès matériel direct – ce qui pourrait facilement être rejeté en refusant l'interconnexion. C'est habituellement ce qui se produit lorsque l'externalité est de nature indirecte, mais cela s'applique aussi dans le cas d'externalités directes où l'interconnexion n'est pas matérielle. Ici la présence et l'exercice vigilant des droits de propriété intellectuelle peuvent entraver l'entrée. Les droits de propriété intellectuelle peuvent bloquer l'entrée dans plusieurs circonstances :

1. La propriété intellectuelle protège la norme contre toute copie et reproduction. Ainsi, dans le cas d'un système d'exploitation, des droits d'auteur protègent toute copie littérale du code. Les entreprises violeraient la protection du droit d'auteur si elles produisaient et commercialisaient une copie exacte du système d'exploitation d'une autre entreprise qui est protégé par un droit d'auteur. Dans le cas d'un système d'exploitation, un produit concurrent qui n'est pas une copie exacte peut soulever des problèmes de compatibilité.
2. La propriété intellectuelle protège les interfaces, excluant ainsi du réseau à la fois des produits complémentaires et du matériel qui n'intègrent pas cette protection. Les systèmes de verrouillage employés par les sociétés Nintendo et Sega pour leurs jeux vidéos sont des exemples à cet égard. Ces systèmes empêchent les fournisseurs non accrédités d'exploiter leurs jeux vidéos sur les consoles Nintendo ou Sega. Simultanément, ils rendent difficile l'utilisation des jeux Nintendo sur d'autres consoles de jeu. Un exemple plus subtil est la protection par droit d'auteur de l'apparence et du caractère particulier de l'interface d'un logiciel, comme dans les causes *Lotus v. Paperback*²¹ et *Apple v. Microsoft*²². Dans la cause *Lotus*, les fournisseurs concurrents de tableurs auraient pu être exclus en raison du coût que devaient subir les consommateurs en changeant de logiciel s'ils n'avaient accès à la même hiérarchie de menu ou ne pouvaient utiliser les mêmes macros que celles du logiciel de Lotus²³.
3. Les droits de propriété intellectuelle sur des produits complémentaires peuvent aussi interdire l'entrée d'autres systèmes. Le refus d'offrir le logiciel dans des formats compatibles avec d'autres systèmes et d'interdire aux autres de copier le logiciel peut avoir pour effet d'interdire à une technologie concurrente l'accès à un parc installé de logiciels. Les préoccupations soulevées précisément par ce genre de comportement ont joué un rôle important dans la réglementation de la câblodistribution aux États-Unis et dans des causes antimonopoles connexes²⁴. Dans la Communauté européenne, la cause *Magill*, qui portait sur le refus de céder sous licence des horaires de télévision hebdomadaires, a fait

jurisprudence. Les guides d'émissions télévisées ont ceci de particulier que plus le nombre de canaux qui y figurent est élevé plus le guide est utile pour les consommateurs (cette cause est examinée en détail plus loin, dans la partie intitulée « Refus d'octroyer une licence »).

CONSÉQUENCES DES EXTERNALITÉS DE RÉSEAU POUR LA CONCEPTION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

MÊME SI LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE entre les droits de propriété intellectuelle et la politique de concurrence a donné de bons résultats dans les industries traditionnelles, l'analyse qui précède a fait ressortir des arguments incontestables démontrant que le même équilibre ne serait pas aussi facile à atteindre dans les industries où les externalités de réseau sont importantes²⁵.

Premièrement, là où il existe des externalités de réseau, une hausse de prix entraînera une plus grande perte sèche que dans le modèle classique. Dans le cas des externalités de réseau directes, si le monopoleur hausse le prix d'accès, certains consommateurs n'achèteront plus leur droit d'entrée, engendrant une perte sèche. Mais les avantages dont profitent ceux qui demeurent abonnés au réseau diminuent également parce que l'importance des avantages découlant de l'externalité de réseau diminue. Dans le cas des externalités de réseau indirectes, une hausse du prix du matériel aura non seulement pour effet de dissuader certains consommateurs d'acheter le matériel, mais en réduisant la demande de logiciels complémentaires, elle limitera la variété et haussera le prix des produits de réseau complémentaires²⁶.

Deuxièmement, puisque les industries de réseaux se caractérisent par un effet de « basculement », l'avance initiale conférée par la protection de la propriété intellectuelle peut devenir permanente. L'entreprise qui parvient la première à établir une norme, avant que des concurrents puissent entrer sur le marché, conservera probablement l'avantage ainsi obtenu pour une longue période. La clientèle acquise au cours de la lune de miel initiale engendre une forte motivation pour les futurs utilisateurs à rester fidèles à l'innovateur, notamment si ce dernier parvient à restreindre la compatibilité avec sa norme.

Troisièmement, les effets de réseau peuvent aussi étendre la portée horizontale de la protection que confère le brevet ou le droit d'auteur. Même si un nouveau produit est aussi fonctionnel que le produit existant, protégé par brevet, les utilisateurs peuvent hésiter à acheter le nouveau produit parce qu'ils accordent de l'importance à la compatibilité avec les utilisateurs et les fichiers actuels. Ainsi, la portée réelle du brevet peut englober l'ensemble du marché même si la portée observable ne s'étend qu'à un produit étroitement défini. La cause *Lotus v. Borland* – où la société Borland a été obligée d'offrir la compatibilité avec Lotus dans son tableur Quattro Pro, a incité Lotus à intenter une action en contrefaçon de son droit d'auteur – est un exemple pertinent.

Quatrièmement, le cadre d'innovation dynamique revêt habituellement une importance critique dans les industries de réseaux parce que, sans exception, ces industries font beaucoup de recherche et sont techniquement progressives. Si le processus d'innovation suppose des générations successives d'innovations qui ont un effet cumulatif, les effets de réseau pourront alors conférer un avantage au premier partant, renforcé par les droits de propriété intellectuelle, ce qui pourrait bien inhiber toute innovation subséquente. En outre, les facteurs d'incitation qui agissent sur le gagnant d'une course à l'innovation peuvent être démesurément importants sur le plan de l'efficacité, lorsque le vainqueur est confiant que la concurrence de prétendants sur le marché du produit sera minimale²⁷.

Cinquièmement, les droits de propriété intellectuelle applicables aux interfaces peuvent procurer des gains importants qui ne comportent presque aucun avantage social lorsque le choix de l'interface est essentiellement arbitraire et que, après coup, on se retrouve avec un choix étendu de solutions essentiellement équivalentes. Mais la normalisation de fait *a posteriori* signifie que les droits de propriété intellectuelle confèrent une protection et un pouvoir de marché considérables à l'interface retenue.

Enfin, une trop grande protection de la propriété intellectuelle peut retarder l'adoption de normes en collaboration à la grandeur d'une industrie²⁸. En conséquence, les entreprises dont la technologie est bien protégée seront soit moins disposées à permettre que leur technologie fasse partie d'une norme commune ou exigeront une plus grande rétribution pour y participer. En outre, dans la mesure où leur technologie est protégée par brevet ou droit d'auteur, les entreprises auront plus à gagner si leur technologie est intégrée à la norme.

En résumé, les externalités de réseau favorisent le monopole dans l'arbitrage classique monopole-incitation qui sous-tend la politique relative aux droits de propriété intellectuelle. Les prix de monopole sont plus coûteux et il est moins probable que les monopoles seront délogés rapidement par le jeu de la concurrence. Tout cela milite en faveur d'un affaiblissement de la portée des droits de propriété intellectuelle pour les produits ayant des effets de réseau importants. Premièrement, une moins grande protection est souhaitable et, deuxièmement, tout « niveau » donné de protection se traduira vraisemblablement par un plus grand pouvoir de marché à long terme.

Ces propriétés particulières des industries de réseaux influent sur la forme de protection appropriée pour la propriété intellectuelle. Ces arguments militent en faveur d'une protection moins grande de la propriété intellectuelle dans les industries de réseaux en raison de la tendance à l'expansion et à l'exploitation des normes dominantes. Examinons maintenant comment les instruments de protection actuels se mesurent en regard de cette conclusion.

Il est devenu monnaie courante parmi les spécialistes du droit de faire valoir qu'un brevet procure un plus grand pouvoir de marché qu'un droit d'auteur²⁹. S'il en était ainsi, une prescription simple serait d'accorder la protection par droit d'auteur dans les industries de réseaux et la protection par voie de brevet ailleurs dans l'économie. Le refus initial de reconnaître l'admissibilité

des logiciels à un brevet, conjugué à l'initiative de la CONTU (National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works), concorde avec cette prescription.

Mais la conclusion selon laquelle un brevet confère un plus grand pouvoir de marché que le droit d'auteur n'est que partiellement vraie dans la meilleure hypothèse, et dangereusement trompeuse dans le cas des industries de réseaux. Pour tout produit, le créateur préférera dans la plupart des cas la protection d'un brevet à celle d'un droit d'auteur. La portée d'un brevet est plus étendue : elle protège non seulement la forme unique d'expression créée par l'inventeur, mais aussi d'autres formes qui intègrent l'idée de l'inventeur. En outre, une invention protégée par droit d'auteur peut être légalement reproduite pourvu qu'il n'y ait pas copie, ce qui n'est pas vrai dans le cas d'une invention brevetée. Enfin, la durée plus longue du droit d'auteur n'a pas d'utilité économique dans la plupart des cas : la majorité des nouveaux produits ont épuisé leur capacité de produire des rendements supérieurs à ceux que permettrait la concurrence avant que n'expire le brevet, ce qui place les deux formes de protection sur un pied d'égalité quant à la durée réelle de protection.

Plutôt que d'examiner le pouvoir de marché *a posteriori* conféré à une innovation, il serait plus utile de déterminer quelle forme de droit de propriété intellectuelle fournira *ex ante* le genre de protection approprié dans une industrie donnée. Et le « genre de protection approprié » doit être jugé du point de vue de la durée, de la portée et de l'impact général sur l'innovation efficiente et la structure concurrentielle du marché. Évaluée en ces termes, la protection offerte par le droit d'auteur dans les industries de réseaux s'en tire assez mal. Cette forme de protection récompense l'expression idiosyncratique, mais elle néglige ce qui est utile et fonctionnel. Il faut se rappeler que les brevets peuvent protéger l'application d'une idée mais que le droit d'auteur ne peut protéger que son expression. Dans les industries de réseaux, c'est souvent l'expression précise qui confère un pouvoir de marché. Lorsqu'une norme ou une interface domine de fait, soit au niveau d'un produit verticalement lié ou parmi les consommateurs eux-mêmes, la compatibilité avec cette norme peut être vitale pour assurer l'entrée et maintenir la concurrence sur le marché. Ainsi, tant dans la cause Nintendo que dans celle opposant Lotus à Borland, la protection par droit d'auteur (aurait) conféré un degré excessif de pouvoir de marché. Par contre, dans bien des cas, ces interfaces n'arrivent pas à respecter le critère d'une invention nouvelle, utile et non évidente pour se mériter la protection d'un brevet.

Enfin, parce qu'il n'y a pas d'exigence de « nouveauté », le processus de développement incrémental peut s'enliser dans un borborygme de droits d'auteur n'ayant que peu d'utilité. Ainsi, d'une manière perverse, la protection qu'offre le droit d'auteur sera vraisemblablement plus grande que la protection par brevet dans les industries de réseaux, notamment si elle vise des produits où les gains découlant de la protection sont minimes alors que les coûts sont élevés.

On a soutenu que la doctrine du fusionnement (voir Warren-Boulton, Baseman et Woroch, 1995a et 1995b) pouvait solutionner le problème de

perversité inhérent au droit d'auteur dans ce contexte. En droit d'auteur, cette doctrine permet d'exempter de la protection par droit d'auteur une création présumée constituer une expression unique d'une idée. Ses partisans font valoir qu'elle pourrait s'appliquer précisément dans les cas où il y a des interfaces et des normes de fait. Mais il ne semble pas y avoir beaucoup de jurisprudence à l'appui de cette affirmation. Une interprétation plus vraisemblable serait qu'avant que n'existe une interface, celle-ci pourrait s'exprimer de nombreuses façons, peut-être même d'un nombre infini de façons. Ainsi, l'expression réelle et arbitraire d'une interface est tout sauf l'expression unique d'une idée (un connecteur peut être rond ou carré ou prendre toute autre forme, aussi longtemps que les deux moitiés sont les images inverses l'une de l'autre)³⁰.

Nous avons fait valoir que les industries de réseaux méritent probablement une protection moins grande de la propriété intellectuelle que les autres industries. Étant donné que la protection par droit d'auteur a été largement à l'avant-garde de la jurisprudence aux États-Unis, la tendance observée dans les jugements récents à revenir en arrière sur la question du champ d'application du droit d'auteur aux programmes informatiques est un changement de cap que nous et d'autres observateurs considérons approprié. Une tâche plus ambitieuse serait de déterminer si le rôle croissant joué par les brevets donnera de bons résultats ou si une nouvelle forme *hybride* de protection devrait être envisagée, à tout le moins pour l'industrie du logiciel, puisqu'il serait très difficile de créer un droit de propriété de réseau ayant une vaste portée d'application. Les propositions axées sur une protection hybride tournent habituellement autour de la notion d'une protection automatique contre le clonage, assortie de licences obligatoires à l'égard de l'innovation pour les autres concepteurs, après une période relativement brève³¹. Dans la prochaine partie, nous nous servons d'une étude de cas sur les programmes informatiques aux États-Unis pour montrer que les formes actuelles de droits de propriété intellectuelle ne conviennent pas aux industries de réseaux. Notamment, nous faisons ressortir les difficultés que soulève la recherche d'un équilibre approprié entre l'efficacité *a posteriori* et les stimulants *ex ante* dans le contexte des formes classiques de propriété intellectuelle.

LE RÔLE DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS UNE INDUSTRIE DE RÉSEAU D'IMPORTANCE CAPITALE : ÉTUDE DE CAS DE L'INDUSTRIE DU LOGICIEL

L'INDUSTRIE DE L'INFORMATIQUE NOUS FOURNIT un bon exemple d'industrie dynamique ayant des attributs de réseau complexes ainsi que des répercussions majeures sur l'économie dans son ensemble. L'industrie de l'informatique est habituellement divisée en deux volets : le matériel et les logiciels. Le matériel a trait aux éléments physiques, y compris l'unité centrale de traitement de l'ordinateur et les dispositifs d'entrée-sortie. Les logiciels ont trait aux pro-

grammes exécutés par l'ordinateur, ce qui peut comprendre des applications ayant fait l'objet d'un développement plus poussé par les utilisateurs dans leurs propres fichiers, par exemple les logiciels de traitement de texte ou les tableurs, ou encore les applications exclusives comme les jeux et les programmes servant à détruire les virus. Les effets de réseau sont à la fois directs et indirects. Les effets directs découlent de la valeur que représente pour les utilisateurs la possibilité d'échanger des fichiers : on peut donner comme exemple les entreprises de services comptables qui peuvent échanger des fichiers de tableurs avec des clients et qui profitent grandement lorsque le nombre de clients qui utilisent le même logiciel (ou à tout le moins des fichiers compatibles) augmente; les écrivains et les universitaires qui veulent s'expédier des textes et des articles sur Internet en utilisant le même format de fichier; et les étudiants de niveau secondaire qui souhaitent apporter leurs jeux d'ordinateur chez un ami et s'en servir sur l'appareil de ce dernier. Les externalités de réseau indirectes découlent du fait que plus le nombre d'utilisateurs d'un système est élevé, plus étendu sera le marché pour les logiciels et, partant, plus grande sera la variété de logiciels disponibles à des prix moins élevés.

La protection de la propriété intellectuelle joue un rôle important dans le secteur de l'informatique. Dans l'industrie du matériel, elle assume le rôle traditionnel de favoriser l'innovation. Les logiciels, parce qu'ils sont essentiellement constitués de codes (un langage), semblent à première vue analogues à un média littéraire et, partant, admissibles aux formes et aux objectifs de la protection par droit d'auteur. En particulier, il importe de protéger ces créations contre les copies littérales ou le *clonage* des codes. Mais une analyse plus approfondie fait ressortir que, dans bien des cas, la distinction entre matériel et logiciel peut être illusoire : le matériel exploite un programme d'instructions électroniques de la même manière qu'il exploite un logiciel qui y est installé. Dans les deux cas, l'élément de nouveauté réside dans la liste des instructions elles-mêmes et n'a rien à voir avec le fait que les instructions sont inscrites en permanence dans le matériel ou codées et stockées sur une disquette.

En outre, le logiciel a un objet fonctionnel. Cela signifie que des difficultés surgiront quant à l'étendue de la copie non littérale permise, à savoir en quoi consiste l'expression et en quoi consiste la fonction. Une protection trop vaste contre la copie non littérale entraînera involontairement une protection de la fonction.

LE DROIT D'AUTEUR ET LA PROTECTION DES SECRETS COMMERCIAUX POUR LES LOGICIELS

AUX DÉBUTS DE L'INDUSTRIE DU LOGICIEL, on croyait que les dispositions législatives sur le secret commercial fournirait la protection voulue³². La législation sur le secret commercial protège la technologie que les entreprises tentent de garder confidentielle. Toute violation d'un secret commercial nécessite un

élément d'« abus de confiance ». La simple observation par un rival (par exemple dans le cadre d'un accord de licence ne comportant pas de restriction) ou même la rétro-ingénierie d'un logiciel n'a pas été considérée comme une violation du secret commercial par les tribunaux (voir Gilburne et Johnston, 1982, note 127, p. 233-237). On a fait valoir que puisque les codes ne pouvaient être lus par des humains, le secret pouvait demeurer intact même après que le logiciel a été diffusé. En outre, pour insister davantage sur le fait que ces secrets n'étaient pas vendus ou transmis à d'autres, les avocats des sociétés de conception de logiciel ont élaboré le concept de la licence sous emballage de plastique : le logiciel est cédé sous licence plutôt que vendu aux clients. La licence renferme des dispositions qui obligent les clients à respecter la confidentialité du logiciel³³. L'efficacité de la protection du secret commercial est limitée par la difficulté que pose sa surveillance. Étant donné qu'il n'y a pas d'enregistrement des secrets commerciaux, il peut être coûteux et peu avantageux de tenter de protéger ces secrets en intentant des actions en contrefaçon. En outre, quelques années après la commercialisation d'un nouveau logiciel, l'obligation qu'a le plaignant de protéger ce secret peut être de plus en plus difficile à respecter.

Le développement d'un système de protection étendue, fondé sur le droit d'auteur, pour les programmes d'ordinateur et les logiciels a débuté en 1978 avec la publication du rapport CONTU, dans lequel il était recommandé que la protection intégrale du droit d'auteur s'étende à toutes les formes de logiciels. Le Congrès des États-Unis a mis en oeuvre ces recommandations en apportant des modifications à la loi fédérale sur le droit d'auteur, qui sont entrées en vigueur en 1980. La portée de la protection du droit d'auteur dans le cas des programmes d'ordinateur a évolué de façon spectaculaire devant les tribunaux au cours des 20 années écoulées depuis la parution du rapport CONTU. Nous examinerons ce cheminement de façon plus détaillée.

Commençons par décrire certaines des caractéristiques fondamentales de la protection du droit d'auteur. Premièrement, ni l'enregistrement ni l'examen n'est habituellement requis pour établir un droit d'auteur; ainsi, il n'y a pas de surveillance ou d'examen du droit d'auteur tant qu'il n'y a pas contestation devant un tribunal. Deuxièmement, la protection du droit d'auteur s'étend sur une période beaucoup plus longue que les autres formes de protection, y compris les brevets. En vertu de la *Copyright Act* de 1976 aux États-Unis et de la *Loi sur le droit d'auteur* au Canada, la protection dure toute la vie du titulaire du droit d'auteur et 50 ans après (75 ans dans le cas des entités). Troisièmement, il n'est pas nécessaire que la création soit *non évidente*, ou utile, ou qu'elle doive représenter un progrès significatif par rapport à l'état actuel des connaissances. De fait, plus un produit protégé par droit d'auteur est utile, plus faible peut être le degré de protection.

Ce qui frappe au sujet de la jurisprudence récente aux États-Unis en matière de protection des logiciels par droit d'auteur est que les tribunaux ont constamment éprouvé de la difficulté à mettre au point un instrument complexe au service de l'efficacité économique, poussant même dans certains cas

les limites juridiques de la protection par droit d'auteur en faisant des interprétations audacieuses de la loi. Nous commencerons par décrire les premières causes portant sur l'application du droit d'auteur aux logiciels, qui ont défini une norme de protection générale, pour ensuite examiner les aspects sur lesquels les tribunaux ont par la suite réduit la portée de la protection accordée. Dans chaque cas, nous aborderons une question qui a des conséquences particulières pour les industries de réseaux.

Le cheminement vers Whelan et le point culminant de la protection des logiciels par droit d'auteur

Dès les débuts, les tribunaux ont eu de la difficulté à trancher le problème de l'expression littérale d'un logiciel, qui est présumément son code, par rapport à l'effet recherché, c'est-à-dire les fonctions qu'un utilisateur peut exécuter et l'apparence de ces fonctions sur un écran d'ordinateur. Tout comme un livre peut être copié en changeant quelques mots, un programme d'ordinateur peut être copié en rédigeant différemment quelques lignes de code. Contrairement au cas des livres, deux programmes d'ordinateur peuvent sembler identiques à l'utilisateur même si certains codes diffèrent. En dépit de ces difficultés, les tribunaux ont affirmé l'admissibilité au droit d'auteur des codes sources, des codes objets, des microcodes, des programmes d'application et des systèmes d'exploitation. Dans chaque cas, les tribunaux en sont arrivés à la conclusion que les éléments littéraux des programmes informatiques étaient admissibles au droit d'auteur qu'après une opposition vigoureuse. Au début des années 80, les tribunaux étaient parvenus à un consensus sur le fait que les programmes d'ordinateur étaient des « oeuvres littéraires » qui ne pouvaient être copiées littéralement et que les expressions à l'écran d'un logiciel étaient des « oeuvres audiovisuelles » qui ne pouvaient être copiées littéralement.

Les tribunaux se sont ensuite tournés vers les contrefaçons non littérales. La législation sur le droit d'auteur a été créée à l'origine pour contrer l'impression non autorisée des livres. En bonne partie, les problèmes d'application aux logiciels examinés dans des travaux en droit et en économie sont imputables aux origines littéraires de la législation sur le droit d'auteur. Le problème qui s'est constamment posé a trait au lien entre une idée et son expression, cette dernière étant protégée tandis que la première ne l'est pas. Les programmes d'ordinateur, contrairement aux oeuvres littéraires, ont un caractère utilitaire et fonctionnel, et de légères modifications au niveau de l'expression sont triviales et accessoires par rapport à l'objet utilitaire. Les tribunaux doivent donc identifier et protéger la matière accessoire, en laissant libres les aspects fonctionnels du programme pour qu'ils puissent être reproduits (à moins qu'ils ne soient protégés d'une autre façon, notamment par des brevets). La plupart des tribunaux se sont inspirés d'une façon ou d'une autre de la première application de la législation sur le droit d'auteur à un produit fonctionnel, en l'occurrence la cause

centenaire de *Baker v. Selden*³⁴. Selden avait créé une méthode de comptabilité à double entrée et publié des manuels de tableaux pour que les utilisateurs puissent appliquer sa méthode. La Cour suprême a statué que si les manuels étaient une expression admissible à la protection du droit d'auteur, l'idée sur laquelle reposait la méthode de comptabilité ne l'était pas.

Le point culminant en matière de protection du droit d'auteur des logiciels est représenté par la cause *Whelan*³⁵, entendue en 1986, où le tribunal de troisième circuit a fait reculer la cause de l'efficacité économique en protégeant presque tous les éléments d'un logiciel contre une contrefaçon non littérale. La cause portait sur un logiciel personnalisé servant à la tenue des dossiers de services dentaires. Le client avait mis au point un logiciel passablement similaire qu'il avait commencé à commercialiser, ce qui a déclenché la poursuite. Le tribunal a adopté une notion très large de l'« idée » à la base du logiciel, à savoir la gestion efficace d'un laboratoire de services dentaires. Étant donné que l'objet du programme était l'idée, tous les détails du programme servant à mettre en oeuvre l'idée, par exemple sa structure, sa séquence et son organisation logiques, sont devenus une expression protégée.

La cause *Lotus v. Paperback*³⁶ représente une application importante du jugement rendu dans la cause *Whelan*. La société Paperback avait commencé à commercialiser une version essentiellement identique du logiciel-tableur Lotus 1-2-3 après avoir modifié certaines lignes de code. Le tribunal a tranché en faveur de Lotus, en invoquant le jugement rendu dans la cause *Whelan*.

Altai : recul des tribunaux sur la question de la protection par droit d'auteur des aspects fonctionnels d'un logiciel

La cause *Altai*³⁷, entendue en 1992, a marqué un point tournant dans l'évolution de la protection des logiciels en vertu du droit d'auteur. Dans cette cause, le tribunal a mis au point une procédure connue sous l'expression « abstraction-filtration-comparaison ». En termes très simples, cela signifie que le tribunal doit d'abord analyser le logiciel au niveau de sa structure logique abstraite puis ensuite en « filtrer » les éléments conceptuels imprévisibles à chaque niveau de la hiérarchie d'abstraction, en commençant par les codes de base pour ensuite passer aux sous-programmes, aux modules et ainsi de suite. De façon très significative, le tribunal a aussi reconnu d'autres facteurs (présupposés imprévisibles). Premièrement, des éléments du programme dictés par l'efficacité ont été considérés comme étant imprévisibles parce qu'ils se trouvaient à combiner l'idée et l'expression³⁸. Deuxièmement, le tribunal a soustrait à la protection les éléments du logiciel qui étaient communs ou dictés par des facteurs externes.

Une fois les éléments imprévisibles filtrés, ce qui demeure est une « expression essentielle protégeable »³⁹. La cause *Altai* est généralement perçue comme ayant réduit considérablement la portée de la protection du droit d'auteur. Le tribunal de second circuit qui a entendu la cause a affirmé que le

logiciel à l'origine du différend ne renfermait aucune expression protégée⁴⁰. La méthode mise au point par le tribunal dans cette cause a été largement acceptée et citée par les tribunaux dans des causes entendues au Canada⁴¹.

Même si *Altai* a permis la création d'un cadre de décision que les tribunaux pouvaient employer, le modèle de l'abstraction-filtration-comparaison n'a pas mis de temps à soulever des problèmes. Une difficulté évidente est l'exigence technique considérable qui est faite aux juges de comprendre la structure d'un logiciel à un niveau très avancé. Même pour un observateur informé, le processus de l'abstraction-filtration-comparaison pourrait, de fait, ne pas déboucher sur une conclusion unique pour un logiciel donné. La cause *Lotus v. Borland*⁴² a fait ressortir un autre problème engendré par le jugement *Altai* : l'approche qui consiste à ramener l'objet du litige à un matériel de base protégé par droit d'auteur vient obscurcir la nécessité d'établir si certains éléments du logiciel devraient même être assujettis au droit d'auteur. Borland avait réussi à inclure dans son tableur Quattro Pro une option inspirée de la hiérarchie du menu du logiciel Lotus 1-2-3, en n'utilisant aucun des codes de Lotus pour la créer. Lotus a alors intenté une poursuite en contrefaçon de droit d'auteur. Le tribunal de district a tranché en faveur de Lotus, en concluant que, comme il était possible de reproduire littéralement des millions de hiérarchies de menu satisfaisantes et de hiérarchies de commandes, la hiérarchie du menu de Lotus était une expression arbitraire et, ainsi, pouvait être protégée⁴³. Le tribunal du premier circuit a renversé cette décision, en statuant que la structure du menu de Lotus était une « méthode d'exploitation » qui, en vertu de l'alinéa 102(b) de la *Copyright Act* ne pouvait être protégée parce qu'elle était de nature fonctionnelle. La cause a été portée en appel devant la Cour suprême des États-Unis mais, en janvier 1996, le tribunal s'est retrouvé dans une impasse, de sorte que c'est le jugement rendu par le tribunal du premier circuit qui prévaut. On a fait valoir que le droit d'auteur ne s'étendait tout simplement pas à « certains résultats » (expression tirée de la *Copyright Act*) d'un logiciel. En d'autres termes, ce qu'un programme accomplit, par opposition au code lui-même, n'est pas protégé (Karjala et Menell, 1995). Ainsi, tout aspect fonctionnel du logiciel n'est certainement pas protégé.

Dans la cause *Apple v. Microsoft*⁴⁴, le litige portait sur l'interface graphique utilisateur que la société Apple avait mis au point pour ses ordinateurs Lisa et Macintosh. Apple alléguait que le programme Windows de Microsoft empiétait sur les droits d'auteur de Apple, surtout l'apparence et l'impression faite par le programme sur l'utilisateur (l'emploi d'icônes à l'écran, etc.). Les nombreuses poursuites intentées au cours de cette campagne ont été compliquées par l'existence d'accords de licence entre les deux parties. Au bout du compte, les tribunaux ont jugé que presque aucun élément de l'interface graphique utilisateur de la société Apple n'était protégé. Dans ses raisons, le tribunal a fait valoir que les critères d'exclusion fondés sur la fusion, la fonctionnalité et l'originalité écartait de toute protection l'interface graphique.

La rétro-ingénierie ne constitue pas une violation du droit d'auteur

Certains fournisseurs de systèmes ont tenté d'utiliser la protection du droit d'auteur pour restreindre l'accès aux interfaces. Plus précisément, ils ont intégré des renseignements d'interface requis pour assurer la compatibilité ou l'interopérabilité dans des logiciels protégés (validement) par un droit d'auteur. Ces fournisseurs ont ensuite fait valoir qu'il y avait eu contrefaçon lorsque les renseignements d'interface étaient découverts grâce à la rétro-ingénierie ou à la décompilation du logiciel protégé par un droit d'auteur. Étant donné qu'il est distribué uniquement en codes sources lisibles à l'aide d'une machine, le logiciel doit être transposé, par rétro-ingénierie, en codes objets lisibles par un humain. Dans les causes *Nintendo*⁴⁵ et *Sega*⁴⁶, les titulaires de droits d'auteur valides ont fait valoir que le processus de rétro-ingénierie produit une adaptation des codes objets lisible par un humain et une reproduction virtuelle de la version originale en codes sources du programme (McMannis, 1993, p. 44) et que cela constitue une contrefaçon.

Les sociétés Nintendo et Sega ont tenté de bloquer l'utilisation de jeux vidéos non autorisés produits par des fournisseurs indépendants en invoquant des droits de propriété sur l'interface entre les cartouches de jeu (le logiciel) et les consoles (le matériel). Atari (Nintendo) et Accolade (Sega), les fabricants qui tentaient d'entrer sur le marché des jeux vidéos, ont eu recours à la rétro-ingénierie pour déchiffrer les codes sources des programmes verrouillés. Nintendo et Sega ont toutes deux réussi à faire valoir, devant des tribunaux de district, qu'il y avait eu contrefaçon de leurs droits d'auteur. Cependant, ces jugements ont tous deux été renversés sur appel, les tribunaux jugeant que la rétro-ingénierie, dans ces cas, constituait une utilisation équitable en vertu de l'article 107 de la *Copyright Act* et que toute copie des codes sources ne constituait pas une contrefaçon. Les causes *Nintendo* et *Sega* ont établi que la rétro-ingénierie nécessaire pour assurer la compatibilité constituait une utilisation équitable⁴⁷. Dans la cause *Nintendo*, le tribunal a fait observer qu'un auteur ne pouvait acquérir une protection semblable à celle d'un brevet en transposant une idée, un procédé ou une méthode d'exploitation dans un format inintelligible pour ensuite accuser de contrefaçon de droit d'auteur ceux qui tenteraient de comprendre cette idée, ce procédé ou cette méthode d'exploitation⁴⁸. La reproduction intermédiaire qui est nécessaire pour comprendre des éléments fonctionnels non protégés constitue une utilisation équitable étant donné qu'elle servait à des fins de recherche. Ce point de vue a été réaffirmé dans le jugement rendu dans la cause *DSC Communications Corp. v. DGI Technologies Inc.*⁴⁹, où le tribunal de district a statué que la rétro-ingénierie du progiciel incorporé à un microprocesseur en vue de concevoir un microprocesseur concurrent compatible constituait une utilisation équitable⁵⁰.

Application de la norme antitrust à la protection du droit d'auteur : la doctrine de l'abus

La doctrine de l'abus, apparue d'abord dans le droit des brevets et, plus récemment, dans des causes portant sur le droit d'auteur, est intéressante dans le contexte de notre hypothèse principale, à savoir que les interventions des autorités antimonopoles devraient servir à mieux circonscrire le rôle des droits de propriété intellectuelle dans les industries de réseaux. En un sens, c'est la façon dont s'applique la doctrine de l'abus. Le défendeur dans une poursuite en contrefaçon peut faire valoir que le détenteur du droit de propriété intellectuelle abuse de son droit de propriété s'il adopte un comportement qui viole la règle antitrust ou qui restreint la concurrence. Les formes les plus courantes d'abus sont les accords de vente liée et les refus d'accorder une licence. Si le tribunal tranche en faveur du défendeur, le droit de propriété est habituellement suspendu jusqu'à ce que le plaignant mette fin à l'abus.

Cette doctrine a d'abord été établie en rapport avec les brevets dans la cause *Morton Salt*⁵¹. La société Morton Salt détenait un brevet pour un dispositif permettant de mettre du sel dans les aliments en conserve. Cependant, la société lia la vente de ce dispositif à l'achat de tablettes de sel. La Cour suprême des États-Unis a non seulement rejeté l'action en contrefaçon, mais elle a de façon générale réprimandé le plaignant pour avoir abusé du droit de propriété qui lui avait été accordé dans l'intérêt public.

La première application importante de la doctrine de l'abus en droit d'auteur n'a eu lieu que dans les années 90. Bien qu'il n'ait pas encore été confirmé par la Cour suprême, le jugement rendu par le tribunal du quatrième circuit dans la cause *Lasercomb America Inc. v. Reynolds*⁵² a effectivement ouvert la porte à toute une série de défenses fondées sur l'abus dans les causes de contrefaçon de droit d'auteur. La société Lasercomb détenait des droits d'auteur sur un logiciel de conception et de fabrication assistées par ordinateur appliqué à la fabrication de matrices en acier. Dans ses accords de licence, Lasercomb exigeait des détenteurs de licence qu'ils s'abstiennent de mettre au point des logiciels concurrents pour une période de 99 ans. Holiday Steel a d'abord fait des copies non autorisées du logiciel de Lasercomb pour ensuite mettre au point et commercialiser son propre logiciel, pratiquement identique. Lasercomb intenta une action en contrefaçon, qui donna lieu à une défense fondée sur l'abus. Dans son jugement en faveur du défendeur, le tribunal statua qu'une défense fondée sur l'abus du droit d'auteur est inhérente à la législation sur le droit d'auteur, tout comme la défense fondée sur l'abus d'un brevet est inhérente au droit des brevets⁵³.

Une question valide qui se pose dans les causes d'abus est celle de la norme que le tribunal doit appliquer pour juger s'il y a eu ou non abus. Étant donné que le droit de propriété est accordé de manière à conférer un certain pouvoir de marché, aussi limité soit-il, le défendeur dans une cause de contrefaçon ne peut se borner à faire valoir que le plaignant possédait un pouvoir de

marché. Bien que les tribunaux américains ne se soient pas prononcés de façon très claire sur ce point, nous pouvons distinguer deux écoles de pensée⁵⁴. L'approche classique adopte une attitude punitive à l'égard de tout accord de licence, en apparence restrictif, employé par le détenteur d'un droit de propriété intellectuelle. La seconde approche consiste à juger un constat d'abus en appliquant les critères de la législation antitrust. Logiquement, il est peut-être difficile (en particulier pour des économistes) de voir quelle autre approche pourrait être adoptée. Comme l'a indiqué le juge Poser, si les allégations d'abus ne sont pas examinées en fonction des principes antimonopoles classiques, quel principe devrait-on alors appliquer ? Notre droit ne foisonne pas de notions alternatives en matière d'abus de monopole et il est peut-être un peu tard pour tenter d'en élaborer une⁵⁵. La *Patent Misuse Reform Act* de 1988 adoptée aux États-Unis a enchâssé, du moins dans le cas des brevets, le recours à une norme antimonopole pour trancher les cas d'abus.

L'incohérence logique qui réside au coeur même de la doctrine de l'abus a des conséquences pour l'application de cette doctrine aux industries de réseaux, notamment celle du logiciel (Paredes, 1994, a élaboré cette idée en détail). Le détenteur d'un droit de propriété intellectuelle est pénalisé pour abus du pouvoir de marché associé, mais non nécessairement coïncidant, avec le droit de propriété intellectuelle lui-même. La solution retenue, même dans le contexte d'une évaluation antitrust, n'est pas de rectifier directement l'abus de pouvoir de marché mais plutôt de « reprendre » le droit de propriété intellectuelle, ne serait-ce que temporairement. Si ce droit a été accordé de façon légitime, il s'ensuivra une mauvaise répartition des ressources : un instrument de politique est appliqué au mauvais problème. La meilleure illustration de cette incohérence se présente dans les cas de vente liée, qui représentent une part importante des défenses fondées sur l'abus dans l'industrie du logiciel. De 1990 à 1994, six des causes en droit d'auteur entendues portaient sur des accords de licence comportant une disposition de vente liée⁵⁶. La cause *PRC Realty Systems* fait ressortir ce point. Le plaignant avait conçu un logiciel permettant de télécharger des descriptions de propriété d'une base de données nationale. Le logiciel fut cédé sous licence au défendeur, NAR, qui s'est par ailleurs engagé à faire « tous les efforts » pour persuader les agences immobilières membres d'acheter la version imprimée de ses descriptions de la société PRC. Le tribunal du quatrième circuit a reconnu que PRC avait abusé de son droit d'auteur parce que la disposition relative à « tous les efforts » constituait un lien avec un marché non protégé. En conséquence, le tribunal a suspendu le droit d'auteur de PRC jusqu'à ce qu'elle abandonne cette disposition de vente liée dans ses licences.

L'approche logique à suivre une fois que l'on a conclu qu'il y a eu infraction à la législation antitrust est de corriger cette infraction directement et non d'annuler un droit d'auteur parfaitement valide afin d'atteindre un objectif antimonopole précis. Dans le cas d'une vente liée à un produit protégé par droit d'auteur, le tribunal devrait tout simplement déclarer le lien illégal, en accordant des dommages-intérêts appropriés, plutôt que d'annuler le droit d'auteur,

lorsque l'existence de ce dernier aurait pu servir une fin utile en favorisant l'innovation. Ainsi, l'abus ne devrait pas être admis en défense dans un cas de contrefaçon comportant une vente liée; plutôt, le défendeur devrait être invité à intenter lui-même une action pour des motifs anticoncurrentiels.

Dans certains cas, le brevet ou le droit d'auteur est lui-même l'instrument d'un pouvoir de marché (c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'accord de vente liée anticoncurrentiel); ici, l'application de la doctrine de l'abus fondée sur la norme antitrust est appropriée. Un bon exemple à cet égard nous est fourni par la cause *Data General v. Grumman*⁵⁷ (examinée en détail plus loin dans la partie intitulée « Innovations abusives au niveau des produits »). La société Data General détenait un droit d'auteur non contesté sur un programme de diagnostic mais refusait de le céder sous licence à une petite société de services, Grumman. Bien qu'il n'ait pas retenu l'allégation de Grumman, selon laquelle le refus d'accorder une licence constituait une monopolisation en vertu de l'article 2 de la *Sherman Act*, le tribunal s'est montré disposé à envisager qu'il aurait pu en être ainsi.

LES BREVETS DE LOGICIELS À LA RESCousse

LE DÉVELOPPEMENT LE PLUS IMPORTANT en matière de protection de la propriété intellectuelle des logiciels est l'acceptation répandue de la protection par voie de brevet. Jusqu'à récemment, on n'avait pas pensé qu'il serait possible de protéger des logiciels à l'aide de brevets. Selon les jugements rendus par les tribunaux américains, la protection d'un brevet ne pouvait s'appliquer à un processus mental⁵⁸, à des principes scientifiques⁵⁹, aux lois de la nature⁶⁰ ou à des algorithmes mathématiques⁶¹. Dans la cause *Gottschalk v. Benson*⁶², la Cour suprême a statué qu'un programme d'ordinateur était un algorithme mathématique et, par conséquent, qu'il n'était pas protégé.

Bien que certains cas antérieurs aient laissé prévoir la possibilité que les logiciels soient brevetables dans certaines circonstances restreintes⁶³, deux causes charnières entendues récemment, *Alappat*⁶⁴ et *Beauregard*⁶⁵, ont complètement redéfini les possibilités d'application des brevets aux logiciels. Pour l'essentiel, la cause *Alappat* visait à déterminer si le logiciel, en soi, pouvait être considéré comme une « machine » et, ainsi, être admissible à la protection d'un brevet. La société *Alappat* avait inventé un programme de triage qui pouvait être intégré à un logiciel ou intégré en permanence à un ordinateur. Le U.S. Patent and Trademark Office (USPTO) a accordé un brevet pour cette dernière application mais non pour la première. D'un point de vue tant scientifique qu'économique, cela est manifestement absurde : les deux médias exécutent la fonction inhérente à l'invention de façon efficiente et sont identiques sur le plan fonctionnel. Si une application est brevetable, l'autre l'est aussi. La Cour d'appel du circuit fédéral a renversé la décision antérieure de l'USPTO et a confirmé l'obtention de brevets pour toutes les formes de l'invention.

Dans la cause *Alappat*, le tribunal a élaboré une procédure en deux étapes pour évaluer les demandes de brevet visant des logiciels. La première étape consiste à classer la demande selon qu'elle vise un « procédé », une « machine », un « article fabriqué » ou une « composition de matières ». La deuxième étape consiste à déterminer si l'objet de la demande est utile ou présente une utilité.

Dans la cause *Beauregard*, l'USPTO a encore une fois permis l'octroi d'un brevet pour un programme exécuté sur un ordinateur. Cependant, la société IBM déposa une demande de brevet à l'égard du même programme lorsqu'il est stocké sur un disque. Les motifs d'IBM étaient liés à la difficulté d'intenter une action en contrefaçon lorsque seul le programme exécuté était breveté. IBM a fait valoir que le logiciel conservé sur disque était un « article fabriqué », ce qui constituait une catégorie admissible. L'USPTO a rejeté cette allégation en citant l'exception des « imprimés »⁶⁶. Mais devant l'appui massif reçu par IBM de l'industrie, l'USPTO a abandonné son opposition à l'appel logé par IBM (Laurenson, 1995, p. 816). La Cour d'appel du circuit fédéral a subséquemment émis une ordonnance qui a établi un précédent en donnant instruction à l'USPTO d'accepter que l'exception relative aux imprimés ne s'applique pas au stockage de logiciels d'application générale sur un support informatique. Clairement, l'imprimé d'un programme informatique est de nature fonctionnelle.

À la lumière des causes *Beauregard*, *Alappat* et d'autres causes semblables, l'USPTO a été forcé, en juin 1995, de proposer de nouvelles lignes directrices relativement à l'octroi de brevets pour des logiciels. Les nouvelles *Guidelines for the Patentability of Computer Related Inventions*, de l'USPTO, codifient la procédure en deux étapes mise au point dans la cause *Alappat*. Dans un premier temps, la demande est classée selon qu'elle est de nature statutaire; en d'autres termes, elle est classée selon qu'il s'agit d'un « procédé », d'une « machine », d'un « article manufacturé » ou d'une « composition de matières ». Dans un second temps, la demande est évaluée pour voir s'il s'agit d'un produit non prévu par la loi (information ou phénomène naturel) ou d'un procédé non prévu par la loi (manipulation d'idées abstraites ou solution d'un problème purement mathématique).

Le consensus est que les logiciels sont maintenant brevetables. En théorie, du moins, il y a maintenant une élégante complémentarité entre la protection par brevet et par droit d'auteur des logiciels. Le titre 35 de la *Patent Act* semble accorder une protection à la méthode d'exploitation d'un programme d'ordinateur. Des droits d'auteur qui, en vertu de l'alinéa 102(b) de la *Copyright Act*, excluent explicitement de toute protection la méthode d'exploitation, protégeront l'expression de cette méthode. Comme Lemley (1995) l'a soutenu de façon persuasive, ce n'est pas simplement que les tribunaux ont surprotégé les logiciels avec des droits d'auteur depuis un certain temps mais, aussi, qu'ils ont accordé une protection aux idées inhérentes aux programmes d'ordinateur, contrairement à l'esprit de la *Copyright Act*, parce qu'aucune autre forme de protection n'était disponible. Comme l'affirme Lemley, une bonne partie de ce

qui a été considéré comme étant « la structure, la séquence et l'organisation » d'un logiciel admissible à la protection du droit d'auteur deviendra tout simplement accessoire à l'idée brevetable d'un programme ou de l'un de ses sous-programmes essentiellement admissibles à un brevet (Lemley, 1995, p. 26-27).

La question qui demeure ouverte au sujet des brevets de logiciel est la suivante : les brevets constitueront-ils une forme appropriée de protection dans ce cas ? Premièrement, des critiques ont opiné que de trop nombreuses solutions existent pour tout ensemble donné de résultats découlant d'un logiciel, de sorte qu'une fois connue la méthode générale, les brevets ne pourront protéger adéquatement l'innovateur. La préoccupation opposée est que si l'USPTO délivre des brevets pour toute méthode permettant d'arriver à un résultat donné, alors la protection sera trop étendue et freinera l'innovation subséquente (voir l'analyse de cette question dans Samuelson, Davis, Kapor et Reichman, 1994).

Deuxièmement, un élément clé des brevets est que les demandes sont examinées attentivement par les bureaux des brevets concernés aux États-Unis et au Canada pour voir si la nouvelle invention respecte les critères de nouveauté, d'utilité et de non-évidence. Une objection soulevée à l'égard de l'admissibilité générale des logiciels à un brevet est la difficulté d'évaluer l'état antérieur de la technologie. Autrement dit, afin de respecter les critères de nouveauté, d'utilité et de non-évidence, l'examineur de brevet doit comprendre clairement ce qui s'est déroulé jusque-là et quelle est la contribution nouvelle de l'objet de la demande de brevet. Le problème est qu'il y a un écart de deux décennies dans les dossiers de brevets, ce qui correspond à la période durant laquelle des brevets n'ont pas été accordés pour des logiciels.

En présentant ses commentaires sur le projet de lignes directrices (maintenant adopté), le personnel de la Federal Trade Commission (FTC) a exprimé sa préoccupation devant la possibilité que l'importance réduite accordée au critère afférent à l'objet signifie que l'on accordera maintenant trop d'importance aux critères de la nouveauté et de la non-évidence pour établir si un logiciel mérite un brevet. Les responsables de la FTC ont noté qu'il était difficile de définir l'état antérieur de la technologie en raison de l'information incomplète qui est disponible sur l'état actuel de la technologie, principalement parce que le recours historique au droit d'auteur et au secret commercial signifie que l'on n'a pas accumulé de renseignements dans ce domaine⁶⁷. Un bon exemple des difficultés qui se posent ressort de la cause *Compton*, où un brevet a été accordé pour toutes les applications multimédias sur CD-ROM, pour ensuite être réexaminé et retiré⁶⁸.

Troisièmement, les critiques adressées à l'endroit du rôle croissant des brevets en vue de protéger des logiciels portent principalement sur le fait que les innovations dans ce domaine sont de nature incrémentale, c'est-à-dire qu'elles procèdent par petites étapes en s'appuyant sur l'ensemble des innovations antérieures. Les objectifs du régime de brevets mettent au contraire l'accent sur l'octroi de droits de propriété monopolistiques uniquement aux

innovations qui représentent des améliorations importantes par rapport à l'état antérieur de la technologie. Il pourrait en résulter une mauvaise adéquation où des innovations restreintes, mais importantes, demeureraient non protégées (et, ainsi, auraient moins de chance de voir le jour).

Enfin, les porte-paroles de la FTC ont aussi exprimé leur préoccupation devant la possibilité que l'octroi trop libéral de brevets pour des logiciels puisse freiner l'innovation⁶⁹. Il s'agit d'un argument de « second rang » au sujet des brevets. Bien entendu, le modèle habituel laisse à penser que la protection accrue renforcera les stimulants à l'innovation en raison des rentes monopolistiques engendrées par le droit de propriété que confère le brevet. Mais si chaque innovation s'appuie sur les innovations antérieures, plus ces innovations antérieures sont coûteuses et difficiles d'accès, alors, toute chose égale par ailleurs, la génération actuelle d'innovations sera d'autant plus coûteuse et difficile à faire éclore (voir Scotchmer, 1991).

LES QUESTIONS DE CONCURRENCE SOULEVÉES PAR LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS LES INDUSTRIES DE RÉSEAUX

DANS CETTE PARTIE NOUS ENVISAGEONS LE RÔLE que peut jouer la politique de concurrence en recalibrant les droits de propriété intellectuelle dans les industries de réseaux. Nous faisons valoir que, dans certaines circonstances, la politique de concurrence peut constituer une solution de second rang au problème des droits de propriété intellectuelle trop étendus. De fait, devant les difficultés de nature politique et économique soulevées par la création de nouvelles formes de protection de la propriété intellectuelle dans les industries de réseaux, le recours à la politique de concurrence pour faire en quelque sorte à un réglage de précision *a posteriori* pourrait, de fait, constituer un optimum de second rang. Par réglage de précision, nous voulons dire que la politique de concurrence pourrait servir à mieux équilibrer l'incitation à l'innovation et la diffusion efficiente. Dans cette partie, nous définirons les genres de comportement adoptés par les détenteurs de droits de propriété intellectuelle qui peuvent se révéler inefficients après coup. Étant donné la tendance observée précédemment à accorder une protection excessive à la propriété intellectuelle dans les industries de réseaux, nous soutenons que l'application de la politique antitrust peut constituer une réponse institutionnelle permettant d'améliorer l'efficacité *a posteriori*. Cela signifie que la politique de concurrence peut servir à limiter la portée des droits de propriété intellectuelle en imposant des contraintes à l'exercice de ces droits ou des obligations à ceux qui les détiennent, ou même les deux. Essentiellement, notre argument suppose que les responsables de la politique de concurrence devraient être moins préoccupés par

l'impact éventuel de l'application de mesures antimonopoles sur les stimulants à l'innovation dans les industries de réseaux qu'ils pourraient l'être dans d'autres industries.

Nous envisageons deux situations différentes où l'exercice par ailleurs légitime des droits de propriété intellectuelle soulève des préoccupations sur le plan de la concurrence dans les industries de réseaux. La première a trait à l'utilisation de droits de propriété intellectuelle en vue d'interdire à des concurrents l'accès au parc installé d'une technologie dominante. La seconde a trait à l'utilisation de droits de propriété intellectuelle pour exclure des fournisseurs de produits complémentaires.

ACCÈS AUX DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

LE PREMIER ENSEMBLE DE CIRCONSTANCES où la politique de concurrence a un rôle légitime à jouer en vue de limiter les droits de propriété intellectuelle se présente lorsqu'une entreprise utilise ses droits de propriété intellectuelle pour restreindre ou supprimer l'accès à son parc installé aux fournisseurs concurrents. Les variantes de ces situations ont pris trois formes différentes : a) les refus d'accorder une licence (à l'égard tant des parcs installés que des normes d'interface), b) les fusions verticales et l'exclusion et c) les fusions horizontales. Nous examinerons chacune de ces formes à tour de rôle.

Refus d'accorder une licence

Un comportement abusif de la part d'une entreprise dominante pour exclure des concurrents et restreindre la concurrence à l'intérieur d'un système en ayant recours à des droits de propriété intellectuelle pour limiter ou refuser l'accès à son parc installé peut prendre deux formes. L'entreprise peut soit refuser d'accorder des licences à l'égard de ses produits complémentaires ou elle peut refuser d'accorder une licence à l'égard de son interface, ce qui permettrait aux entreprises rivales d'accéder à son réseau. Le refus d'accorder une licence s'appuie sur une application vigilante des droits de propriété intellectuelle à l'égard soit des biens complémentaires soit de l'interface. Parmi les causes représentatives des situations où il y a refus d'accorder une licence pour des produits complémentaires et contrefaçon d'un droit d'auteur, il y a *Magill* et de nombreuses causes ayant porté sur des annuaires téléphoniques⁷⁰. La cause *Lotus v. Borland* est l'une des principales causes où une entreprise possédant des droits de propriété à l'égard d'une interface a fait valoir ses droits pour bloquer l'accès à un concurrent⁷¹.

Refus d'accorder une licence pour des produits complémentaires

La cause *Magill* faisait intervenir l'octroi d'une licence à l'égard de listes hebdomadaires d'émissions télévisées en Irlande et en Irlande du Nord. Avant l'entrée de *Magill* sur le marché, les quatre radiodiffuseurs s'étaient réservés le droit de publier des listes hebdomadaires détaillées de leur programmation. Les listes d'émissions des radiodiffuseurs étaient protégées par droit d'auteur en tant qu'œuvres littéraires et compilations, en vertu de la législation sur le droit d'auteur en vigueur en Irlande et en Grande-Bretagne. La BBC et RTE⁷² publiaient l'une et l'autre des listes hebdomadaires des émissions diffusées sur leurs deux canaux, tandis que les listes hebdomadaires des émissions de deux canaux britanniques indépendants étaient cédées à *TV Times* dans le cadre d'une licence exclusive. En conséquence, les consommateurs intéressés à connaître à l'avance la programmation hebdomadaire des six canaux de télévision disponibles étaient forcés d'acheter trois guides de télévision différents. Les quatre radiodiffuseurs mettaient leurs listes d'émissions hebdomadaires à la disposition des tiers, mais les droits de reproduction n'étaient accordés que dans le cadre de licences très restrictives qui limitaient l'étendue de la reproduction⁷³. Au début, le *Magill TV Guide* a respecté les conditions des licences et produit un guide renfermant des listes hebdomadaires qui présentaient un aperçu des émissions prévues pour la semaine suivante. Par la suite, il a commencé à publier des listes hebdomadaires détaillées pour les quatre radiodiffuseurs. Après que la Haute Cour d'Irlande eut confirmé une injonction fondée sur la violation de la législation sur le droit d'auteur, la Commission européenne en est arrivée à la conclusion que le refus d'accorder une licence représentait un abus de position dominante et elle a ordonné aux quatre radiodiffuseurs de mettre leurs listes à la disposition des tiers à des conditions non discriminatoires. Les appels subséquents auprès du tribunal de première instance (TPI) de la Communauté européenne et de la Cour européenne de la justice ont confirmé le jugement rendu par la Commission européenne.

Les listes de chacun des radiodiffuseurs peuvent être vues comme un produit complémentaire. En refusant d'accorder une licence, les quatre radiodiffuseurs restreignaient l'accès à leur produit complémentaire. Le nouveau concurrent (*Magill*) tentait de produire un bien matériel (son guide des émissions télévisées) compatible avec les produits complémentaires fournis par ses trois concurrents. La Commission européenne et le TPI ont jugé que le refus d'accorder une licence pour les œuvres protégées par un droit d'auteur était abusif et que, dans ces circonstances, si une licence obligatoire constituait le seul recours disponible, celui-ci constituait alors une solution appropriée. La position dominante des radiodiffuseurs découlait du fait qu'ils étaient les seuls fournisseurs de l'information (matière première) requise pour produire un guide des émissions télévisées. Leur refus d'accorder une licence était abusif parce que a) il bloquait l'entrée d'un nouveau produit utile – des listes hebdomadaires

détaillées d'émissions et b) il maintenait leur monopole sur le marché des listes hebdomadaires d'émissions. La leçon qui découle des jugements rendus dans la cause *Magill* est que le refus par une entreprise dominante d'accorder une licence à l'égard de ses droits de propriété intellectuelle peut constituer un abus de position dominante et qu'une telle violation de la législation antitrust dans la Communauté européenne peut entraîner l'octroi d'une licence obligatoire⁷⁴.

Des questions semblables se sont posées à l'égard du droit d'auteur et de la monopolisation du marché des annuaires téléphoniques au Canada et aux États-Unis. Aux États-Unis, les tribunaux ont rejeté l'argument selon lequel les annuaires téléphoniques doivent être protégés par un droit d'auteur. Au Canada, le fardeau imposé aux compagnies de téléphone de fournir des renseignements sur les inscriptions s'est précisé dans la sphère réglementaire.

La société Feist tentait d'entrer sur le marché des annuaires téléphoniques dans le nord-ouest du Kansas en obtenant sous licence les inscriptions dans les pages blanches de la compagnie déjà établie, Rural Telephone. Lorsque les deux sociétés n'ont pu parvenir à une entente, Feist est entrée sur le marché en copiant tout simplement les inscriptions de Rural Telephone. Cette dernière a poursuivi Feist pour contrefaçon de droit d'auteur; Feist a rétorqué en intentant une action à Rural Telephone pour monopole illégal en vertu de l'article 2 de la *Sherman Act*. La poursuite en contrefaçon de droit d'auteur s'est rendue jusqu'à la Cour suprême des États-Unis⁷⁵. Le tribunal de district et le tribunal d'appel en sont tous deux venus à la conclusion que Feist avait enfreint le droit d'auteur de Rural Telephone. Cependant, la Cour suprême a renversé ces jugements en statuant que des faits ne sont pas protégeables par droit d'auteur, comme ne l'est pas un recueil de faits. Les compilations peuvent être protégées par un droit d'auteur, pourvu qu'il y ait un niveau minimal d'originalité ou de créativité. Le tribunal a statué que l'énumération des inscriptions dans les pages blanches était insuffisamment créatrice et originale pour mériter la protection du droit d'auteur⁷⁶. De même, dans la cause *Bellsouth Advertising & Publishing Corp. v. Donnelly Information Publishing Inc.*⁷⁷, le tribunal a statué que les pages jaunes de Bellsouth, bien qu'elles constituaient manifestement des compilations, n'étaient pas admissibles à la protection du droit d'auteur pour deux raisons : a) la présentation de l'information était insuffisamment originale puisque son organisation et son format étaient semblables à ceux des autres annuaires de pages jaunes et b) étant donné que le nombre de façons différentes de présenter les inscriptions dans les pages jaunes est limité, la doctrine de la fusion s'appliquait⁷⁸.

Par ailleurs, la société Feist a réussi, au niveau du tribunal de district, à démontrer que le refus de vendre de Rural Telephone représentait une monopolisation illégale⁷⁹. Le tribunal de district a fondé sa conclusion sur le pouvoir de monopole dont disposait Rural Telephone sur le marché de la publicité dans les pages jaunes et de l'intention anticoncurrentielle qui était à l'origine du refus de faire le commerce. Le tribunal a ordonné à Rural Telephone de céder sous licence à Feist les inscriptions de ses pages blanches à un *tarif raisonnable*.

Feist avait fait valoir qu'en l'absence d'un nombre important d'inscriptions dans les pages blanches, les annonceurs hésiteraient à annoncer dans les pages jaunes de Feist. Des pages blanches incomplètes limiteraient l'utilité des annuaires de Feist pour les consommateurs et, en conséquence, ces derniers préféreraient les annuaires plus complets de Rural Telephone. Étant donné que les consommateurs préfèrent n'utiliser qu'un seul annuaire, les annonceurs choisiraient l'annuaire de Rural Telephone au détriment de celui de Feist. En termes de réseau, le nombre d'inscriptions peut être considéré comme le parc installé de produits complémentaires. En refusant d'octroyer une licence à Feist, Rural Telephone excluait cette dernière de son parc installé.

La condamnation de Rural Telephone a été annulée en appel⁸⁰. Le tribunal d'appel a jugé qu'il y avait une preuve insuffisante au dossier pour établir que le refus de Rural Telephone d'accorder une licence avait été préjudiciable à la concurrence⁸¹. Feist n'avait pas fourni de données empiriques démontrant que le refus de Rural Telephone de lui accorder une licence avait limité l'attrait de ses annuaires soit pour les consommateurs soit pour les annonceurs. Bien entendu, du fait que Feist avait copié les inscriptions de Rural Telephone, ses annuaires étaient complets et il n'est pas étonnant que la preuve recherchée par le tribunal n'existait pas. Le tribunal avait dû faire un raisonnement contre-factuel pour se demander ce qui serait arrivé si les inscriptions de Feist avaient été incomplètes. Plus important, le tribunal a reconnu qu'en vertu d'une règle de raison, un monopoleur pouvait se trouver en difficulté, du point de vue de la législation antimonopole, s'il refusait de céder sous licence des documents protégés par droit d'auteur.

Au Canada, la question de la disponibilité des inscriptions téléphoniques sous une forme lisible par machine a été résolue au niveau de l'instance réglementaire. Le CRTC a d'abord établi que Bell Canada n'était obligée de fournir que ses inscriptions non résidentielles et seulement dans leur totalité⁸². Le CRTC a statué que les considérations relatives à la protection de la vie privée militaient contre la divulgation des inscriptions résidentielles et que le découpage géographique des inscriptions non résidentielles pouvait nuire au droit d'auteur de Bell Canada.

Il est rapidement devenu évident que les conditions et les tarifs demandés constituaient d'importantes barrières à l'entrée. Après avoir été invité à réviser et à modifier sa décision originale, le CRTC, dans la décision 95-3 en matière de télécommunications, a sensiblement renversé la position qu'il avait prise antérieurement. Outre qu'il ordonnait des réductions de tarifs, le CRTC obligeait Bell Canada et les autres compagnies de téléphone relevant de sa compétence à rendre accessibles sous forme lisible par machine, au niveau de chaque circonscription locale, les inscriptions résidentielles et non résidentielles. Les compagnies de téléphone ont convenu de dégroupier leurs inscriptions mais n'ont pas cédé leur droit d'auteur. Cependant, le CRTC a aussi mis en place un mécanisme de médiation. Les abonnés résidentiels peuvent appeler un numéro 1-800 et refuser que leur inscription soit divulguée à des tiers, par exemple les

entreprises de télémarketing ou les éditeurs indépendants d'annuaires, mais tout en continuant à faire paraître leur inscription dans l'annuaire de la compagnie de téléphone. Lorsqu'un appel logé auprès du CRTC par les éditeurs indépendants n'a pas donné les résultats escomptés, ces derniers se sont adressés au gouvernement fédéral et ont éventuellement obtenu gain de cause⁸³.

La protection de la propriété intellectuelle des interfaces

Dans la cause *Lotus v. Borland*, la société Lotus avait intenté une action en contrefaçon de droit d'auteur contre la société Borland, qui avait inclus un mode d'émulation et un lecteur de clé à son nouveau tableur, Quattro Pro. Ce mode d'émulation remplaçait la hiérarchie des menus de commandes de Quattro Pro par celle de Lotus 1-2-3. Le lecteur de clé permettait aux utilisateurs de Quattro Pro d'exécuter des macros rédigées pour Lotus 1-2-3. L'inclusion du mode d'émulation et du lecteur de clé ainsi que la capacité de lire des fichiers en format Lotus 1-2-3 assuraient la compatibilité entre Quattro Pro et le système de Lotus 1-2-3⁸⁴. Borland n'avait copié aucun des codes de Lotus 1-2-3, simplement les mots et la hiérarchie des commandes présentée sous forme de menus.

Le tribunal de district a reconnu que la hiérarchie de menus et de commandes de Lotus 1-2-3 était une expression protégeable par droit d'auteur. Il s'est appuyé sur le fait qu'il était possible de produire latéralement des millions de hiérarchies de menus satisfaisantes en variant les commandes employées⁸⁵. Borland est allé en appel et le tribunal du premier circuit a statué qu'étant donné que le menu de commandes était, en fait, une « méthode d'exploitation », il n'était pas admissible à la protection du droit d'auteur. Lotus a interjeté appel en Cour suprême. Le banc s'est retrouvé à égalité lorsque l'un des juges s'est récusé, ce qui signifie que le jugement rendu par le tribunal du premier circuit prévaut⁸⁶.

Les aspects économiques du refus de faire le commerce

Dans les exemples précités, il est clair que la portée de la protection de la propriété intellectuelle nécessitait une recalibration dans le cadre de l'application de la législation antitrust ou d'une autre façon. Tant dans la cause *Magill* que dans la cause *Lotus*, les droits de propriété intellectuelle avaient pour effet d'empêcher de nouveaux concurrents d'entrer sur le marché avec des produits différenciés et, peut-on penser, de meilleure qualité. L'utilisation de droits de propriété intellectuelle pour bloquer l'accès au parc installé de l'entreprise déjà établie se traduit non seulement par des pertes de bien-être statique en raison de l'affaiblissement de la concurrence, mais elle limite aussi la concurrence sur les marchés de l'innovation en réduisant l'incitation des nouveaux concurrents à innover et à produire des biens différenciés mais compatibles. La cause *Lotus*

fournit un excellent exemple de l'interaction entre les droits de la propriété intellectuelle et les externalités de réseau en vue d'imposer une norme de fait et d'obtenir un pouvoir de marché considérable, en dépit du fait que l'interface est essentiellement arbitraire et que de nombreuses solutions de rechange équivalentes peuvent exister au départ. De même, dans les deux causes portant sur les annuaires téléphoniques et dans *Magill*, peu ou pas de frais et d'effort d'innovation étaient nécessaires pour produire des biens complémentaires.

L'utilisation des droits de propriété intellectuelle pour limiter l'accès au parc installé de l'entreprise déjà en place peut être une source d'inefficience *a posteriori* (voir l'analyse formelle de Katz et Shapiro, 1992, et celle de Farrell et Saloner, 1992). Katz et Shapiro démontrent dans un modèle simplifié que lorsqu'un nouvel acteur ne peut entrer sur un marché de façon profitable que si son produit à moindre coût (mais homogène) est compatible, l'entreprise établie qui dispose de solides droits de propriété réduira le bien-être en lui interdisant l'entrée. L'application de la législation antitrust en vue d'assurer la compatibilité peut contribuer à améliorer le bien-être.

Farrell et Saloner ont envisagé l'incitation qu'a une entreprise dominante à modifier le coût de la compatibilité entre sa technologie et une technologie rivale dotée d'un parc installé plus restreint. Ils montrent que l'entreprise dominante sera incitée à accroître le coût de la compatibilité. Les coûts de compatibilité peuvent être haussés en modifiant la conception et les spécifications des produits ou en exerçant avec vigilance ses droits de propriété intellectuelle. En outre, la hausse des coûts de compatibilité peut réduire le bien-être lorsqu'elle engendre une concurrence excessive entre les systèmes ou les réseaux, laquelle réduit la mesure dans laquelle on peut profiter des avantages découlant des externalités de réseau.

Essentiellement, l'argument que nous faisons valoir est qu'il y a des cas où l'accès au parc installé d'une entreprise établie fait intervenir la notion d'« installation essentielle ». À défaut d'avoir accès au parc installé, l'entrée de fournisseurs concurrents est impossible. La principale cause ayant porté sur une installation essentielle est *MCI Communications Corp. v. AT&T*⁸⁷. Telle qu'il ressort de cette cause, la doctrine de l'installation essentielle comporte quatre éléments : a) le contrôle par un monopoleur d'une installation ou d'une ressource qui dessert le marché du monopoleur, b) l'incapacité d'un nouveau concurrent de reproduire pratiquement ou raisonnablement cette installation, c) le refus de permettre l'utilisation de l'installation à un concurrent ou à un nouveau fournisseur et d) la faisabilité d'accorder l'accès aux nouveaux fournisseurs⁸⁸.

La mesure antitrust employée pour ordonner l'accès à un parc installé consiste habituellement à imposer une licence obligatoire à l'entreprise établie, en précisant que la propriété intellectuelle devra être offerte de façon non discriminatoire à des taux de redevance raisonnables. L'inconvénient de cette approche est qu'elle suppose essentiellement la réglementation des conditions d'accès au parc installé. Cela peut taxer sérieusement les ressources et les compétences tant des tribunaux que des responsables de la législation antitrust.

Cependant, le fait de souligner que l'imposition d'une licence obligatoire comporte des coûts non négligeables ne revient pas à démontrer que ces coûts dépassent les avantages d'une licence obligatoire. L'opportunité de recourir aux licences obligatoires dans le cadre de la législation antitrust aux États-Unis est une question que l'on continue de débattre⁸⁹. Dans les *lignes directrices* en matière de propriété intellectuelle aux États-Unis, on note qu'il n'y a pas d'obligation générale à céder sous licence la propriété intellectuelle, mais cette affirmation est suivie d'une réserve qui précise que le pouvoir de marché est un élément pertinent à la capacité du détenteur de la propriété intellectuelle de nuire à la concurrence par un comportement abusif⁹⁰.

Fusionnement horizontal

Le décret de consentement visant le fusionnement des sociétés Borland et Ashton-Tate offre un exemple intéressant de recours à des mesures antitrust pour réduire la portée de droits de propriété intellectuelle⁹¹. En 1991, le Département de la Justice des États-Unis a permis à Borland International de faire l'acquisition de Ashton-Tate, sous réserve d'un décret de consentement qui imposait des limites aux droits de propriété intellectuelle de l'entreprise fusionnée en exigeant qu'elle n'intente pas de poursuite en contrefaçon dans certaines conditions. Au moment du fusionnement, les deux principaux produits sur le marché des logiciels de gestion des systèmes de base de données relationnelles (GSBDR) compatibles avec les ordinateurs exploités sur la plateforme DOS étaient Paradox de Borland et dBASE d'Ashton-Tate. La part de marché des deux produits était de l'ordre de 60 p. 100. Le Département de la Justice a permis que le fusionnement à condition que Borland s'abstienne de prendre toute action ou de déposer toute requête reconventionnelle allégeant la contrefaçon d'un droit d'auteur à l'égard des noms de commande, des éléments de menu, des hiérarchies de menus de commandes, des langages de commandes, des langages de programmation et des structures de fichiers utilisés par le logiciel dBASE et reconnus par celui-ci⁹².

Au moment du fusionnement, Ashton-Tate avait menacé de prendre action ou avait déjà entamé des poursuites en contrefaçon de droit d'auteur contre des soi-disant fabricants de « clones xBASE ». Ces entreprises produisaient des logiciels de GSBDR compatibles avec la norme dBASE : les utilisateurs du logiciel dBASE pouvaient utiliser les produits de ces entreprises sans devoir renoncer à utiliser des produits complémentaires compatibles avec la norme dBASE (les outils compatibles, les utilisateurs déjà formés, les programmes personnalisés servant à gérer et à créer des bases de données à partir du langage de programmation de dBASE). Le Département de la Justice était d'avis que la poursuite des actions en contrefaçon de droit d'auteur nuirait à la capacité des fabricants de clone de prévenir que la société Borland ne relève les prix de ses produits Paradox et dBASE après le fusionnement. On peut présumer que si les

poursuites en contrefaçon de droit d'auteur avaient donné les résultats escomptés, le fusionnement aurait entraîné à toute fin pratique un monopole sur le marché des logiciels de gestion de bases de données relationnelles. La présence d'effets de réseau et le fait que les consommateurs étaient captifs de la norme dBASE constituaient d'importantes barrières à l'entrée pour une norme différente. Dans le cadre du décret de consentement, la société Borland a aussi convenu de résoudre rapidement la poursuite en contrefaçon intentée par Ashton-Tate contre la société Fox d'une manière compatible avec les termes du décret⁹³. En abaissant les barrières à l'entrée afin de protéger la concurrence intra-système, le décret de consentement ouvrait la porte à une augmentation de l'efficacité.

Fusionnement vertical et exclusion

La concurrence entre des systèmes rivaux dépend de la taille relative de leurs parcs installés. Par conséquent, les entreprises sont incitées à accroître la taille de leur parc installé et à réduire celle de leurs rivaux. Les initiatives de ce genre s'observent le plus souvent lorsque les effets de réseau sont de nature indirecte, puisqu'il est alors beaucoup plus facile pour les entreprises de manipuler leurs parcs installés lorsqu'ils sont constitués de produits complémentaires. Certains cas où des entreprises ont bloqué l'accès de produits rivaux à leur logiciel ont soulevé la possibilité d'une infraction à la législation antitrust. Les logiciels de ces entreprises étaient habituellement accessibles ou pouvaient être accessibles à tous les systèmes, mais l'accès était entravé en raison d'un fusionnement vertical (ou d'une pratique équivalente, par exemple des accords de licence exclusive). Des entreprises de matériel ont fait l'acquisition de fournisseurs de logiciels et, par conséquent, des parcs installés « ouverts » de logiciels auparavant accessibles à toutes les technologies sont devenus « fermés » et compatibles uniquement avec la technologie de l'acquéreur. Cinq causes récentes en vertu de la législation antitrust aux États-Unis soulevaient des préoccupations quant aux effets d'une fusionnement vertical ou d'une intégration entre des entreprises de matériel et de logiciel. Il s'agit des causes *Nintendo*, *Primestar*, *TCI*, *Microsoft* et *Silicon Graphics*⁹⁴.

Dans la cause *Nintendo*, la société Atari a fait valoir l'abus de droit d'auteur en défense dans une cause de contrefaçon portant sur le code du programme de verrouillage 10NES. Atari a allégué que les conditions des accords de licence passés entre Nintendo et des concepteurs indépendants de jeux visant à interdire à ces derniers d'adapter ou d'offrir tout jeu ou tout dérivé élaboré pour Nintendo à un autre jeu vidéo ou système d'ordinateur destiné au marché de la consommation, enfreignaient l'article 2 la *Sherman Act* et constituaient un abus de droit d'auteur.

Dans la cause *Primestar*, le Département de la Justice des États-Unis a soutenu que les conditions de l'entente de partenariat visaient à restreindre la concurrence sur le marché de la télévision à péage multi-canaux. *Primestar* était une coentreprise regroupant des filiales de sept grandes compagnies de télévision par câble (ce que l'on a appelé les exploitants de systèmes multiples, ou ESM) ainsi qu'une filiale de la société General Electric. Cette dernière exploitait le seul satellite de radiodiffusion directe (SRD) de *puissance moyenne*. Qui plus est, de nombreux ESM étaient d'importants fournisseurs ou possédaient des participations importantes dans des fournisseurs de services de programmation nationaux, c'est-à-dire des canaux offerts sur le câble tels Home Box Office et CNN. Le Département de la Justice a fait valoir que les conditions de l'entente conclue par *Primestar* visaient à restreindre l'accès des fournisseurs de services de télévision à péage multi-canaux transmis par SRD de haute puissance aux services de programmation contrôlés par les ESM. La petite taille des soucoupes et les faibles coûts d'installation des systèmes de transmission par SRD de haute puissance en font une alternative viable à la câblodistribution dans les centres urbains. La cause a été réglée par l'émission d'un décret de consentement dont quatre aspects nous intéressent ici.

1. On interdisait aux systèmes de câblodistribution contrôlés par les ESM de conclure ou de renouveler des ententes qui leur donnaient des droits de distribution exclusifs pour tout canal national transmis par câble, tout canal régional de sports existant ou tout nouveau canal régional de sports.
2. On interdisait aux ESM de faire respecter tout contrat existant qui restreignait la capacité d'un fournisseur de services de programmation de fournir ses services à un système de SRD concurrent.
3. On interdisait aux ESM de conclure des accords – soit avec d'autres ESM soit avec des fournisseurs de services de programmation – qui auraient pour effet de restreindre l'accès à la programmation aux concurrents des ESM. En particulier, deux genres d'ententes étaient interdites. Toute entente entre un canal diffusé sur le câble ou un service de programmation contrôlé par des ESM et un autre service de programmation précisant les conditions dans lesquelles les deux services de programmation traiteraient avec distributeurs d'émissions. Un exemple à cet égard serait une entente prévoyant de ne pas approvisionner un fournisseur de SRD concurrent. Les ententes entre deux ESM restreignant les conditions dans lesquelles elles achèteraient des services de programmation indépendants étaient également interdites. Un exemple à cet égard serait une entente entre deux ESM pour ne pas acheter de services de programmation indépendants si ceux-ci étaient également offerts à un distributeur concurrent.

4. Les dispositions de l'entente de partenariat interdisant aux partenaires d'offrir leurs services de programmation soit sur une base exclusive soit à des conditions plus favorables à d'autres distributeurs furent abrogées.

En outre, à la suite de plaintes en vertu de la législation antitrust déposées au niveau des États, les ESM furent tenues d'offrir les services de programmation dans lesquels elles détenaient une participation aux autres distributeurs.

Lorsque le Département de la Justice des États-Unis a déposé une poursuite pour contester l'acquisition de la société Liberty Media Corporation par Tele-Communications Inc. (TCI), il s'agissait de la première contestation d'un fusionnement vertical en vertu de l'article 7 de la *Clayton Act* en plus de dix ans⁹⁵. TCI, le plus important ESM aux États-Unis, et Liberty, un autre ESM important, possédaient l'une et l'autre de nombreuses participations dans des services de programmation. L'une des dispositions du décret de consentement en instance impose à TCI et à Liberty l'obligation de fournir leur programmation vidéo sur une base non discriminatoire aux fournisseurs concurrents de services de télévision multi-canaux.

L'une des conditions du décret de consentement émis dans la cause *Microsoft* exige que les ententes de non-divulgaration conclues entre Microsoft et les concepteurs indépendants de logiciels aient une durée maximale d'une année et que les conditions de ces ententes n'imposent pas de restrictions aux concepteurs quant à la fourniture de logiciels d'application à des systèmes d'exploitation concurrents, pourvu que le concepteur ne divulgue pas d'informations confidentielles. Le Département de la Justice des États-Unis avait soutenu que les ententes de non-divulgaration exigées par Microsoft des fournisseurs indépendants de logiciels en retour de l'accès à des renseignements qui leur auraient permis de fournir des programmes compatibles avec le système d'exploitation Windows 95 étaient anticoncurrentielles parce qu'elles limitaient la capacité des entreprises indépendantes de logiciels d'offrir leurs produits à des systèmes d'exploitation concurrents.

La Federal Trade Commission (FTC) des États-Unis s'est entendue sur les termes d'un décret de consentement (récemment approuvé) avec la société Silicon Graphics Inc. (SGI). En vertu de ce décret, SGI était autorisée à acquérir deux des trois principales sociétés de production de logiciels graphiques de divertissement. Avant le fusionnement, les produits de ces deux sociétés (Alias Research Inc. et Wavefront Technology Inc.) étaient compatibles uniquement avec les postes de travail de SGI. Cependant, Alias avait entamé des négociations avec d'autres fabricants de postes de travail pour que ses produits puissent être exécutés sur leurs machines. L'une des dispositions du décret de consentement est que la société SGI parvienne à une entente de « portabilité » avec un autre fabricant important de postes de travail pour les deux principaux logiciels offerts par Alias.

Church et Gandal (1996a) ont examiné la justification, dans une optique stratégique ou de pouvoir de marché, et les effets sur l'efficacité de cette catégorie de fusions verticales et de pratiques d'exclusion. Ils ont démontré qu'un fusionnement profitable entre une entreprise de matériel et des fournisseurs de logiciels assortie d'une restriction quant à l'approvisionnement en logiciels des systèmes concurrents pouvait constituer une stratégie de maximisation des bénéfices. Cette justification stratégique des fusions et des pratiques d'exclusion est profitable lorsqu'elle accroît le pouvoir que possède l'entreprise sur le marché du matériel. Si le matériel est suffisamment homogène, cela peut être une stratégie de monopolisation efficace. En outre, lorsqu'une entreprise recourt à des pratiques d'exclusion pour des raisons stratégiques, cela est toujours inefficace. Les pratiques d'exclusion s'accompagnent d'une réduction de la variété des logiciels offerts aux consommateurs qui achètent le système visé par l'exclusion, ce qui réduit le bien-être. Les autres consommateurs doivent alors utiliser un système matériel moins recherché afin de conserver l'accès à un parc installé plus important de logiciels.

L'exclusion stratégique est profitable en raison de l'écart qui existe dans la variété des parcs installés de logiciels accessibles aux deux systèmes concurrents. La demande pour le matériel du système qui réussit à imposer l'exclusion augmente, tandis que la demande pour le matériel visé par l'exclusion diminue. Les effets de cette pratique sur les parts de marché dépendent de l'importance de la différenciation des matériels. Moins le matériel est différencié, plus grande est l'importance relative du logiciel et, partant, plus importante est l'augmentation de la part de marché après l'exclusion. En outre, l'effet sur la demande peut rendre suffisamment attrayante la technologie dominante aux yeux des consommateurs que l'entreprise qui pratique cette forme d'exclusion est en mesure de hausser le prix de son matériel. L'intégration et l'exclusion appartiennent à la catégorie des stratégies « fat-cat » pour reprendre la terminologie de Fudenberg et Tirole (1984) : l'effet stratégique peut rendre moins agressif le comportement de l'entreprise qui pratique l'exclusion sur le plan des prix. Cependant, l'effet direct de cette pratique est l'exclusion : le parc installé relativement plus restreint de l'entreprise exclue contribue à réduire sa demande.

La rentabilité d'une telle stratégie dépend de l'arbitrage qui s'opère entre les bénéfices perdus sur les ventes de logiciels (du fait que l'on n'approvisionne pas le système concurrent) et les bénéfices accrus réalisés sur le matériel (en raison de l'augmentation de la demande). L'exclusion est toujours profitable et entraîne une monopolisation lorsque les produits sont très peu différenciés. Dans ce cas, l'entreprise qui pratique l'exclusion ne récupère aucun bénéfice sur ses logiciels (étant donné qu'aucun consommateur n'achète le système concurrent), la part de marché du côté du matériel double et le prix du matériel augmente également. En outre, même si l'exclusion n'entraîne pas une monopolisation, elle peut se révéler profitable si l'augmentation relative de la variété de logiciels fait augmenter à la fois la part de marché et le prix du matériel de l'entreprise qui pratique l'exclusion⁹⁶.

DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET EXCLUSION DES PRODUITS COMPLÉMENTAIRES

UNE DEUXIÈME SÉRIE DE CAS PORTE SUR L'EXCLUSION par le promoteur d'un système des fournisseurs concurrents de produits complémentaires. Ces cas sont inusités parce que notre analyse de la concurrence dans les industries de réseaux laisse penser que les promoteurs d'un système devraient trouver avantageux de stimuler la concurrence et de favoriser un approvisionnement varié en produits complémentaires. Cependant, il y a deux ensembles de circonstances où le promoteur d'un système peut juger profitable d'exclure des fournisseurs indépendants de produits complémentaires. Les deux cas se présentent lorsque la concurrence inter-système n'est plus importante, c'est-à-dire lorsque a) le système est devenu la norme dominante ou de fait et b) le système n'est plus concurrentiel sur le marché des systèmes. Les fournisseurs indépendants de produits complémentaires peuvent habituellement être exclus en recourant à des pratiques telles que la vente liée; les promoteurs de ces systèmes peuvent également monopoliser les marchés des produits complémentaires en recourant à des pratiques abusives d'innovation au niveau des produits.

Vente liée

Le promoteur d'une norme peut exclure les fournisseurs de produits complémentaires en liant la fourniture de sa norme exclusive à la fourniture de biens complémentaires. Cela peut se faire a) en utilisant des conditions contractuelles où l'accord de vente liée est explicite, b) en adoptant une stratégie de groupement des produits, ce qui signifie que la norme exclusive n'est pas disponible en tant que produit distinct ou c) en établissant un lien technologique (ce qui constitue un cas spécial de la rubrique b).

*Digidyne*⁹⁷ est un cas représentatif d'une stratégie de regroupement. Dans cette cause, l'accès au parc installé de logiciels était contrôlé par l'octroi de licence à l'égard du système d'exploitation. La société Data General fabriquait le système de micro-ordinateur NOVA, qui comprenait une unité centrale de traitement (UCT) et un système d'exploitation exclusif, RDOS. La société refusait d'accorder une licence pour l'utilisation de son système d'exploitation avec toute autre UCT, y compris celles fabriquées par la société Digidyne, qui émulait les UCT de Data General. Le tribunal a accepté l'argument selon lequel le refus d'accorder une licence équivalait à lier la vente du matériel de Data General à son système d'exploitation⁹⁸. Le tribunal a établi que l'existence d'un marché pour les systèmes d'exploitation RDOS était fondée sur la pratique de la vente liée et qu'en raison de la protection conférée par le droit d'auteur, Data General disposait d'un pouvoir sur le marché⁹⁹. Étant donné les investissements irrécupérables faits dans la formation et les logiciels d'application, les consommateurs étaient prisonniers de la norme RDOS et, par l'effet du lien

imposé, au matériel de Data General. Si la société Data General avait été disposée à céder sous licence son système d'exploitation, des fabricants rivaux de matériel auraient pu lui faire concurrence, même si les consommateurs étaient captifs de ses logiciels. L'élément d'un intérêt considérable est qu'en 1979, 93 p. 100 des ventes d'UCT de Data General ont été faites à des clients captifs. Les causes *Nintendo* et *Sega* constituent par ailleurs des exemples de lien technologique (voir, ci-dessus, la partie intitulée « La rétro-ingénierie ne constitue pas une violation du droit d'auteur », où ces causes sont analysées). Les deux entreprises ont utilisé des technologies de verrouillage qui soulevaient des problèmes de compatibilité pour les jeux vidéos des fournisseurs non autorisés¹⁰⁰.

Innovations abusives au niveau des produits

Ces pratiques supposent que l'on modifie les caractéristiques de conception ou l'interface d'un système pour rendre incompatibles les composants complémentaires provenant de tiers. Ce genre d'innovation est un moyen de créer un lien technologique en excluant les fournisseurs actuels de produits complémentaires. Il est utile de distinguer entre deux ensembles de circonstances donnant lieu à des pratiques d'éviction fondées sur l'innovation au niveau des produits. Le premier correspond à deux causes marquantes : celle portant sur les produits périphériques de la société IBM et la cause *Berkey*¹⁰¹. Elles mettent en cause les efforts déployés par le promoteur d'un système fermé pour maintenir celui-ci fermé. Le deuxième ensemble de circonstances correspond à des causes plus récentes telles que *Silicon Graphics* et *Microsoft*¹⁰². Dans ces cas, un promoteur a lancé un système ouvert pour ensuite en exclure les producteurs de biens complémentaires.

La cause *Berkey* découle du lancement par la société Kodak de son système photographique 110, qui consistait en un nouveau film couleur pour épreuves et de la caméra Pocket Instamatic. Kodak était le producteur dominant de pellicule : sa part de marché dépassait 80 p. 100. *Berkey* était une entreprise de développement et de tirage de pellicule et de fabrication de caméras. Elle alléguait dans sa plainte que l'introduction par Kodak d'un nouveau film, sans en avoir averti à l'avance ses concurrents, constituait une infraction à l'article 2 de la *Sherman Act* (monopolisation). En l'absence d'un préavis, les fabricants de caméras, les entreprises de développement et de tirage, ainsi que les fabricants de matériel de développement et de tirage concurrents étaient désavantagés parce que le nouveau système n'était pas compatible avec leurs produits : le nouveau film ne pouvait être utilisé dans les anciennes caméras et n'était pas compatible avec la technologie de développement-tirage actuelle. Cela conférait à Kodak un avantage concurrentiel sur le marché des caméras et des services de développement-tirage. Dans la mesure où le nouveau film était destiné à devenir la norme, l'introduction d'une technologie non compatible avec la technologie existante, sans préavis, retardait l'entrée de

concurrents sur le marché du développement-tirage et sur celui des caméras, ce qui, au moins temporairement, réservait le marché des produits complémentaires à Kodak. Bien entendu, on peut penser que Kodak aurait préféré que de nombreux fournisseurs de produits complémentaires l'aident à implanter sa nouvelle norme. Mais peut-être en raison des caractéristiques supérieures de la nouvelle technologie et du fait qu'elle était parrainée par Kodak, cette dernière a jugé qu'elle pouvait maximiser ses bénéfices en écartant les fournisseurs indépendants. La condamnation de Kodak par le tribunal de district a été renversée en appel. Le tribunal a jugé que Kodak n'était pas obligée de divulguer ses normes de conception avant leur lancement. L'innovation, dans la cause *Berkey*, correspond au lancement d'une norme ou d'un réseau entièrement nouveau. Ceci avait pour effet d'écartier tant les biens complémentaires de Kodak que ceux des concurrents. En outre, les acheteurs de la nouvelle pellicule ne pouvait, *au moment de son lancement*, se procurer l'un ou l'autre des deux biens complémentaires, soit les caméras et les services de développement-tirage, auprès d'autres sources.

Les promoteurs de systèmes font face au dilemme suivant (Saloner, 1990) : d'un côté, pour que les consommateurs puissent maximiser les avantages découlant des externalités de réseau, le matériel et le logiciel doivent être compatibles. Le problème associé à la compatibilité, cependant, est qu'elle est le résultat d'un système d'interfaces normalisées. Les interfaces normalisées permettent à de nouveaux acteurs d'offrir des produits compatibles et, ainsi, d'accroître la concurrence.

Saloner fait remarquer que c'est exactement ce qui s'est produit lorsque la société IBM a lancé son Système 360 dans les années 60. Ce système était conçu de manière à ce que les périphériques et les logiciels soient compatibles pour l'ensemble des UCT de cette gamme de produits. En conséquence, les fabricants de périphériques concurrents pouvaient entrer sur ce marché. La réaction d'IBM fut d'abaisser les prix, de conclure des contrats de location à long terme et de modifier les interfaces, ce qui a entraîné la sortie de 15 des 17 fabricants de périphériques, après qu'ils eurent essuyé d'importantes pertes¹⁰³. Sur la question de la modification des produits, les tribunaux ont jugé qu'aussi longtemps que les modifications apportées à la conception du produit étaient avantageuses pour les consommateurs, elles n'avaient pas un caractère anticoncurrentiel¹⁰⁴. Dans la cause *Transamerica*, le tribunal a conclu que les modifications apportées par IBM à certaines UCT du Système 370 restreignaient la concurrence de façon excessive parce qu'elles entraînaient une baisse de rendement et semblaient avoir pour seul motif d'exclure des périphériques concurrents¹⁰⁵. Une plainte semblable déposée contre la société IBM auprès de la Commission européenne a connu un dénouement très différent. IBM a pris l'engagement qu'elle fournirait des documents sur l'interface et l'architecture du réseau aux fournisseurs de périphériques concurrents et elle a convenu en outre de publier à l'avance les modifications qu'elle apporterait à ces spécifications¹⁰⁶.

Plus récemment, des préoccupations au sujet d'une manipulation anti-concurrentielle des normes ont été soulevées dans les causes *SGI* et *Microsoft*. Un des éléments qui figurent dans le décret de consentement convenu avec la société *SGI*¹⁰⁷ est que cette dernière s'engage à maintenir une norme ouverte, à publier les interfaces et les logiciels d'application de ses ordinateurs et systèmes d'exploitation et à offrir sur une base non discriminatoire des programmes visant à faciliter le développement de logiciels par des concepteurs indépendants¹⁰⁸. La FTC était préoccupée par la possibilité que l'acquisition des sociétés *Wavefront* et *Alias* incite *SGI* à faire preuve de discrimination à l'endroit des fournisseurs indépendants de logiciels concurrents, les excluant par le fait même du marché ou provoquant une hausse de leurs coûts. Étant donné que *SGI* fournissait déjà une aide substantielle aux producteurs indépendants de logiciels avant le fusionnement, la FTC lui a ordonné de maintenir essentiellement ces pratiques après le fusionnement.

Un certain nombre d'allégations de manipulation de normes ont été faites dans la cause *Microsoft*. Mais si ces allégations faisaient apparemment partie de l'enquête menée par la Federal Trade Commission, elles ne figuraient pas dans le règlement intervenu avec le Département de la Justice¹⁰⁹. Notamment, on a soutenu que *Microsoft* avait privé les concepteurs de logiciels d'application concurrents de certains renseignements au sujet des mises à jour de son système afin de donner à ses propres concepteurs une avance sur la concurrence (voir Blair et Esquibel, 1995, p. 260, et Hanna, 1994, p. 439). En outre, il semble que *Microsoft* n'ait pas divulgué entièrement tous les éléments de l'interface pour les logiciels d'application, se réservant certaines fonctions d'appel du système non documentées. Cela lui permettait de rédiger des logiciels d'application offrant un rendement supérieur (voir Baseman, Boulton-Warren et Woroch, 1995, p. 277, et Hanna, 1994, p. 439).

En outre, *Microsoft* pratiquait constamment la « monopolisation larvée », en incluant des caractéristiques supplémentaires dans chaque nouvelle génération de ses systèmes d'exploitation. Ce *groupage* de fonctions réduisait ou supprimait la demande de logiciels d'application autonomes exécutant les mêmes fonctions offert par des fournisseurs indépendants. Un rapport signale que l'inclusion de douzaines de fonctions dans les systèmes d'exploitation de *Microsoft*, allant des programmes de copie de sauvegarde aux logiciels de courrier électronique, a provoqué la faillite de nombreuses fournisseurs indépendants auparavant rentables¹¹⁰.

Plus récemment, *Microsoft* a inclus dans la mise à jour de son système d'exploitation *Windows 95* une fonction d'accès à son service informatisé en direct. Le Département de la Justice des États-Unis s'est montré suffisamment préoccupé au sujet des conséquences de cette pratique dans l'optique de la concurrence sur le marché des services en direct qu'il a menacé de retarder ou de bloquer le lancement de *Windows 95*¹¹¹. En outre, le fait d'installer *Windows 95* et d'avoir accès au réseau de *Microsoft* peut invalider l'accès à d'autres fournisseurs de services en direct¹¹². Plus récemment, les fournisseurs de logiciels de

serveurs sur le World Wide Web ont demandé au Département de la Justice de faire enquête après que Microsoft eut commencé à intégrer son logiciel d'accès aux serveurs web à son système d'exploitation Windows NT¹¹³. Microsoft a annoncé qu'elle avait l'intention d'inclure son logiciel de furetage du web dans les prochaines mises à jour de Windows 95 et de Windows NT, ce qui a amené un observateur à conclure qu'il ne sera probablement plus nécessaire d'utiliser un fureteur autonome¹¹⁴.

Une cause récente qui comporte à la fois des éléments de refus de vendre et d'innovation abusive au niveau des produits est *Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp.*¹¹⁵. Le comportement litigieux mettait en cause le droit d'un monopoleur de refuser unilatéralement d'accorder une licence de propriété intellectuelle. Bien que l'affaire ait pu être interprétée comme un refus d'accorder une licence, il est probablement préférable d'y voir un exemple de changement technologique employé aux fins d'exclure des fournisseurs indépendants de produits complémentaires.

Data General possédait 5 p. 100 du marché des mini-ordinateurs, mais sa part du marché du service après vente de ses ordinateurs s'élevait à 90 p. 100. Le principal fournisseur indépendant de services était la société Grumman, qui possédait une part de marché de 3 p. 100. La cause tournait autour de l'acquisition, de l'application et de l'utilisation par Grumman d'un programme de diagnostic appartenant à Data General. La cour de district a jugé que Grumman avait enfreint le droit d'auteur de Data General et lui imposa des dommages-intérêts de près de 27,5 millions de dollars. Grumman a fait appel en alléguant que le tribunal de district n'avait pas entièrement pris en considération sa défense et la demande reconventionnelle qu'elle avait présentée en s'appuyant sur le fait que le refus de Data General de lui accorder une licence pour son logiciel de diagnostic constituait une monopolisation. Le tribunal d'appel confirma le jugement rendu en première instance.

Suite à la formalisation faite par la Cour suprême dans la cause *Grinnell*, la monopolisation aurait nécessité que a) Data General dispose d'un pouvoir de monopole sur un marché et b) qu'elle ait eu recours à des manoeuvres d'exclusion pour maintenir son pouvoir de monopole¹¹⁶. Data General et Grumman reconnurent toutes deux que le marché des services était un marché antitrust légitime et il semble que la part de marché de 90 p. 100 détenue par Data General, qui témoigne d'importantes barrières à l'entrée, et que les prix supérieurs à ceux dictés par la concurrence que cette société exigeait pour ses services sont des indications d'un pouvoir de monopole. Pour accepter l'allégation de monopolisation, il fallait alors déterminer que le refus de Data General d'accorder une licence constituait une manoeuvre d'exclusion.

Cependant, en tentant d'établir ce fait, le tribunal a noté que les modifications apportées à la législation sur les brevets en 1988 prévoyaient une exemption à la législation antitrust dans les cas de refus d'accorder une licence de brevet. Les modifications pertinentes précisent que le titulaire d'un brevet ne commet pas un abus ou ne recherche pas un prolongement illégal du pou-

voir de monopole que confère son brevet en refusant d'accorder une licence¹¹⁷. Cette constatation concorde par ailleurs avec la jurisprudence prédominante¹¹⁸.

Cependant, le tribunal a conclu que le même genre d'exemption légiférée n'existe pas dans la *Copyright Act*. Dans la cause *Kodak*, la Cour suprême a signalé qu'il est vrai que, de façon générale, une entreprise peut refuser de faire affaire avec ses concurrents. Mais un tel droit n'est pas absolu; il n'existe que si des raisons légitimes, sur le plan de la concurrence, motivent ce refus¹¹⁹. Le tribunal qui a entendu la cause *Data General* a supposé que le refus d'accorder à des concurrents une licence à l'égard de matériel protégé par un droit d'auteur est un motif commercial valable, mais il a refusé de reconnaître la position prise par *Data General*, à savoir qu'un tel refus ne pouvait jamais constituer une manoeuvre d'exclusion, c'est-à-dire être invalide en soi. Subséquemment, toutefois, le tribunal a jugé que *Grumman* n'avait pas présenté une preuve suffisante pour réfuter cette présomption et éviter un jugement sommaire.

Ce qui est intéressant ici est le changement de politiques de *Data General* à l'égard des fournisseurs indépendants lorsque ses ventes de systèmes ont commencé à diminuer. Le tribunal a relevé qu'il y avait eu trois étapes dans les rapports entre *Data General* et les fournisseurs indépendants. Au début, *Data General* a accueilli avec méfiance et hostilité l'entrée des fournisseurs indépendants. Mais lorsque *Data General* a apparemment constaté que la présence de fournisseurs indépendants de services d'entretien lui permettait d'offrir à ses clients des prix moins élevés ainsi qu'une plus grande variété d'options de services, elle a adopté des politiques très libérales à leur égard. Elle assura la formation des fournisseurs indépendants, leur vendit des pièces détachées, accepta de faire des travaux de réparation pour leur compte et mit à leur disposition des instruments de diagnostic. La troisième étape correspond au déclin des ventes de systèmes sur le marché primaire. *Data General* adopta alors des mesures visant à limiter l'efficacité des fournisseurs de services indépendants. Elle cessa de leur offrir des services de réparation, de leur vendre directement des pièces, de leur donner accès à ses programmes de formation et de leur céder sous licence ses logiciels de diagnostic.

La distinction principale entre ces causes et *Berkey* et les causes périphériques est que, dans le premier cas, le promoteur a commencé par offrir un système *ouvert* qui permettait le recours à des fournisseurs indépendants de produits complémentaires. Dans certains cas, cette stratégie est activement appuyée parce que le promoteur du système reconnaît qu'il s'agit là d'un moyen d'offrir des prix moins élevés et une variété plus grande de produits complémentaires et, ainsi, d'obtenir un avantage concurrentiel sur le marché des systèmes ou du matériel. Cependant, une fois que la norme est établie ou que les ventes de systèmes sur le marché primaire revêtent moins d'importance, le promoteur du système manipule les normes ou les spécifications des produits afin de rendre incompatibles, inutiles ou de qualité inférieure les produits complémentaires offerts par des tiers. Ce faisant, le promoteur *ferme* son système et monopolise le marché des produits complémentaires.

Analyse économique de la vente liée

Si les tribunaux aux États-Unis ont généralement adopté une attitude restrictive à l'égard de la vente liée¹²⁰, les aspects économiques de cette pratique ne sont pas si limpides. Dans le cas des produits complémentaires, il semble clair que la vente liée peut constituer un mécanisme d'exclusion particulièrement efficace, notamment dans les cas de systèmes, mais les conséquences sur le plan du bien-être ne sont pas forcément négatives. En outre, s'il est possible de pratiquer une discrimination parfaite au niveau des prix et que l'on recourt à la pratique de la vente liée, cela doit avoir pour effet d'améliorer l'efficacité et non d'étendre le pouvoir de monopole (voir Ordovery, Sykes et Willig, 1985).

Suivant l'argument de Ordovery, Sykes et Willig, supposons qu'un système comprend deux composants, A et B, et que ni un ni l'autre ne procure d'avantages s'il est consommé seul. Le composant A est produit uniquement par l'entreprise 1 (peut-être parce qu'elle détient des droits de propriété intellectuelle) et son coût marginal est c_A . Il y a entrée libre sur le marché de la production du composant B, dont le coût marginal est c_B . Les consommateurs sont prêts à verser v pour acheter les systèmes. Le bénéfice maximum qu'on peut réaliser par consommateur est alors de $v - (c_A + c_B)$. Le monopoleur peut accaparer ce bénéfice en fixant son prix pour qu'il soit égal à $v - c_B$. Les consommateurs sont alors tout juste disposés à acheter le système et les fournisseurs tout juste disposés à fournir le composant B au prix c_B . Il n'y a pas de motif fondé sur le pouvoir de marché incitant le monopoleur qui offre le composant A à s'engager dans la production du composant B et à lier les ventes de B aux ventes de A. Si le monopoleur exige un prix p_A pour le composant A, alors le prix maximum qu'il peut exiger pour le composant B, si les ventes étaient liées, est $v - p_A$ et ses bénéfices par consommateur seraient toujours de $v - (c_A + c_B)$.

Si les composants B sont différenciés mais que le système ne comprend toujours qu'un composant A et un composant B, le fournisseur de A en situation de monopole *réduirait* ses bénéfices s'il liait la consommation de A à celle de B (ce résultat est attribuable à Whinston, 1990). Supposons que B soit fourni par l'entreprise 1 et un rival (l'entreprise 2). Alors certains consommateurs préféreront le système AB_2 et, si B est lié à A, ces consommateurs pourraient choisir de ne pas acheter le système et, ainsi, ne pas acheter le composant A. Par ailleurs, le fait de ne pas lier A à B_1 permet au monopoleur de hausser le prix de A et de vendre à tous les consommateurs, accroissant ainsi ses bénéfices. Il peut hausser le prix qu'il exige pour le composant A étant donné qu'il n'a pas à convaincre les consommateurs qui préféreraient AB_2 d'acheter AB_1 . Par contre, le fait de ne pas lier A à B permet au monopoleur de s'accaparer le surplus engendré à la fois par B_1 et B_2 , en haussant le prix de A, tout comme on peut le faire lorsque le composant B est homogène.

Il y a cependant deux situations où les entreprises peuvent être incitées à recourir à la vente liée dans le but d'obtenir un plus grand pouvoir de marché. Il s'agit de la discrimination par les prix et de la suppression de la concurrence sur le marché du système.

Discrimination par les prix

Supposons que la consommation d'un composant homogène B est élastique et qu'il y a deux catégories différentes de consommateurs : ceux qui ont une demande « élevée » et ceux qui ont une demande « faible » (cette analyse s'inspire de Tirole, 1988). Les premiers demandent davantage de composants B que les autres, pour tout prix donné de B (p_B). Au départ, le monopoleur ne peut déterminer à quelle catégorie appartient un consommateur. S'il y a n_h consommateurs ayant une demande élevée et n_l consommateurs ayant une demande faible, alors le nombre total de consommateurs est $n_h + n_l = n$. Supposons que la consommation de A ne procure, en soi, aucun avantage : le monopoleur qui offre A vend alors essentiellement l'accès aux avantages que procure la consommation du composant B . Si le composant B est offert sur un marché concurrentiel à un coût marginal c_B , le monopoleur a alors le choix entre deux options. Il peut vendre le composant A à un prix équivalent à $CS_l(c_B)$, où $CS_l(c_B)$ est le surplus du consommateur, c'est-à-dire l'avantage que les consommateurs ayant une faible demande réalisent en consommant de façon optimale le composant B lorsque son prix est c_B . Le bénéfice que réalise le monopoleur serait alors de $nCS_l(c_B)$. Par ailleurs, il peut hausser le prix de A à $CS_h(c_B)$ et toucher des bénéfices de $n_hCS_h(c_B)$. Le fait de hausser le prix de A à $CS_h(c_B)$ signifie que seuls les consommateurs ayant une demande élevée achèteront le système et, partant, le composant A . Le monopoleur peut toutefois faire mieux s'il recourt à la pratique de la vente liée.

La vente liée permet au monopoleur d'exercer une discrimination par les prix entre les consommateurs ayant une demande élevée et ceux qui ont une demande faible en fonction de leur intensité d'utilisation du composant B . La vente liée est un mécanisme qui permet de mesurer la consommation : les ventes du produit complémentaire B indiquent l'intensité d'utilisation et si l'intensité d'utilisation est proportionnelle aux avantages, elle peut servir à exercer une discrimination par les prix, c'est-à-dire extraire un plus grand surplus parmi ceux qui réalisent un avantage substantiel. En liant la consommation de A à B , le monopoleur qui produit le composant A peut monopoliser le composant B . Il pourra alors maximiser ses bénéfices en augmentant le prix de B au-dessus du coût marginal à p_B^* et fixer $p_A = CS_l(p_B^*)$. En haussant le prix de B au-dessus du coût marginal, le monopoleur doit abaisser le prix de A , à défaut de quoi les consommateurs ayant une faible demande cesseront d'acheter A . À la marge, les bénéfices tirés de la vente de B aux consommateurs ayant une faible demande sont égaux à la baisse des bénéfices découlant de la réduction du prix de A aux consommateurs ayant une faible demande. Étant donné que le bénéfice tiré de la vente de B est plus important pour les consommateurs ayant une demande élevée parce que, par définition, ils en consomment davantage, et que la diminution du prix demandé à ces consommateurs est la même que pour les consommateurs ayant une faible demande, les bénéfices ne peuvent faire autrement que d'augmenter. Bien entendu, afin de maintenir le prix de B

au-dessus de c_B , le monopoleur doit faire en sorte que les consommateurs ne puissent acheter B auprès d'autres fournisseurs. Cela signifie qu'il doit lier la vente de B à celle de A . L'incitation à exercer une discrimination par les prix fournit une explication économique au comportement d'un monopoleur contrôlant une norme qui chercherait à lier la norme à des produits complémentaires. En excluant des fournisseurs de produits complémentaires, il est en mesure de hausser le prix de ses produits et d'extraire un plus grand surplus auprès des consommateurs. Par contre, le fait de ne pas exclure les concurrents offrant des produits complémentaires signifie que le promoteur du système sera forcé de hausser le prix de la norme protégée. Saloner a observé que le prix du système d'exploitation de IBM pour le Système 370 avait augmenté constamment depuis l'arrivée de la concurrence sur le marché tant du matériel que des périphériques (Saloner, 1990, p. 151).

Les effets de la vente liée sur le plan du bien-être sont ambigus. Si le monopoleur servait les deux groupes avant de recourir à la pratique de la vente liée, le bien-être se trouverait réduit parce que le prix de B est haussé au dessus de son coût marginal. Par ailleurs, si le monopoleur ne desservait que les consommateurs ayant une demande élevée avant de recourir à la pratique de la vente liée, celle-ci aurait alors pour effet d'accroître le bien-être étant donné que les consommateurs ayant une faible demande seraient dorénavant servis.

Greenstein (1990) prolonge cette analyse pour examiner l'incitation à modifier les interfaces, et les effets qui en découlent, dans le but de rendre incompatibles les composants fournis par des concurrents. Si l'imitation d'une nouvelle interface n'est pas instantanée, le monopoleur qui fournit un composant auquel est intégrée l'interface est incité à modifier périodiquement cette interface. Cela a pour effet d'exclure les concurrents qui fournissent les composants et de consolider son monopole sur le marché des composants, pendant que les concurrents tentent de le rattraper et de rétablir la compatibilité en pratiquant la rétro-ingénierie. Durant cette période, le monopoleur n'a pas à craindre la concurrence sur le marché des composants et peut accroître ses bénéfices en recourant à la discrimination par les prix. Au moment où la concurrence refait surface et limite la mesure dans laquelle il peut exercer une discrimination par les prix, le monopoleur est de nouveau incité à modifier la conception de ses interfaces. Ces modifications constituent manifestement un gaspillage sur le plan social, tant du point de vue des dépenses que fait le monopoleur que des dépenses que doivent faire ses concurrents pour comprendre la nouvelle conception par rétro-ingénierie¹²¹. Les dépenses servant à supprimer et à rétablir la compatibilité rendent encore plus vraisemblable l'hypothèse selon laquelle la discrimination par les prix que permet l'incompatibilité est inefficace sur le plan social.

Greenstein fait aussi observer que l'incitation qu'a un monopoleur à reconfigurer ses systèmes dépend de l'importance de la rétro-compatibilité. La nécessité de maintenir la compatibilité avec un parc installé de produits complémentaires atténue l'incitation de l'entreprise à modifier ses interfaces.

Cependant, cela signifie que les modifications apportées aux systèmes doivent comporter un degré minimal d'amélioration technologique pour inciter les consommateurs à passer d'une norme à une autre. Cela, évidemment, signifie qu'il est difficile de départager les modifications d'interface légitimes de celles qui ont des visées anticoncurrentielles¹⁷. Saloner soutient qu'étant donné que la compatibilité est souvent obtenue non en fabriquant des produits identiques mais simplement des produits compatibles, le promoteur du système peut modifier les normes ou les interfaces de manière à ce que ses produits complémentaires demeurent compatibles mais non ceux de ses concurrents (1990, p. 142). Cela signifie que les consommateurs auront, à la marge, une incitation supplémentaire à choisir les composants fournis par le promoteur du système. En outre, cela atténue la contrainte que représente la nécessité de maintenir une rétro-compatibilité.

Exclusion

La vente liée peut aussi constituer un moyen efficace de supprimer la concurrence sur le marché des systèmes (notre analyse suit ici celle de Whinston, 1990). Supposons que la capacité d'un promoteur de système de hausser le prix de son matériel protégé est limitée par la présence d'un système concurrent, bien que de qualité inférieure. Cela signifie que l'entreprise ne pourra pratiquer une différenciation parfaite des prix parce que si elle tente de hausser le prix de son matériel, les consommateurs pourront opter pour l'autre matériel offert sur le marché, s'il existe des logiciels compatibles. Cela signifie que même lorsque les consommateurs préfèrent les systèmes AB_1 ou AB_2 , si le prix que l'entreprise 1 demande pour A est trop élevé, les consommateurs se tourneront vers le fournisseur concurrent du composant A. Supposons toutefois que l'entreprise 1 lie les ventes de ses composants A aux composants B_1 dont elle est le fournisseur exclusif. Dans la rivalité au niveau des prix qui s'ensuit entre B_1 et B_2 , l'entreprise 1 sera incitée à demander un prix plus compétitif pour le composant B_1 : en obtenant une plus grande part du marché de B_1 , elle peut accroître les ventes de son composant A. Ainsi, la vente liée est une stratégie de haut niveau (« top-dog », pour reprendre l'expression de Fudenberg et Tirole, 1984). Si la production du composant B comporte des coûts fixes, la plus grande concurrence au niveau des prix pour le composant B et la perte de part de marché pour l'entreprise 1 pourront alors inciter le producteur rival du composant B à sortir du marché. En conséquence, l'autre producteur du composant A est aussi forcé de se retirer. Il est fort possible que cette stratégie de monopolisation du marché des systèmes soit profitable. Les conséquences, sur le plan du bien-être, de ce recours à la vente liée à des fins d'exclusion sont toutefois ambiguës. D'un côté, il y a augmentation du bien-être en raison des économies réalisées sur les coûts fixes et du fait que tous les consommateurs peuvent consommer le composant A, qu'ils préfèrent. De l'autre, il y a diminution du bien-être du fait que certains

consommateurs sont maintenant forcés d'acheter le composant B_1 plutôt que le composant B_2 .

Innovations abusives au niveau des produits et monopolisation du marché des produits complémentaires

Comme nous l'avons esquissé précédemment, la situation que nous avons à l'esprit ici est celle où le promoteur d'un système recourt à des fournisseurs indépendants pour démontrer son engagement envers la concurrence et la variété sur le marché des biens complémentaires, pour ensuite apporter des modifications à ses produits ou manipuler sa norme de façon stratégique pour écarter du marché les fournisseurs indépendants et, ainsi, monopoliser les marchés des produits complémentaires.

Notre examen est étroitement lié au récent débat sur le pouvoir exercé sur les marchés secondaires¹²³. Le jugement rendu dans la cause *Kodak* par la Cour suprême des États-Unis et un certain nombre de causes connexes ont fait ressortir l'importance de la question des marchés secondaires¹²⁴. Les marchés secondaires existent là où les achats des consommateurs exhibent un profil intertemporel. Habituellement, les consommateurs achètent du matériel et, par la suite, ils acquièrent des logiciels, des services d'entretien, des mises à jour et ainsi de suite. L'achat initial est le marché primaire; les achats subséquents se font sur le marché secondaire. Les questions qui se posent au sujet des marchés secondaires sont attribuables aux éléments d'incompatibilité qui existent entre les systèmes et les droits de propriété intellectuelle que le fabricant du bien vendu sur le marché primaire possède à l'égard de certains produits vendus sur le marché secondaire, qui ont pour effet d'en bloquer l'entrée. Cela lui confère des *marchés secondaires exclusifs*.

Dans la cause *Kodak*, les marchés primaires étaient ceux du matériel de micrographie et de reprographie. Les marchés secondaires étaient les services et les pièces requises par le matériel de micrographie et de reprographie. La société *Image Technical Services* et d'autres fournisseurs indépendants de services (FIS) ont intenté une poursuite contre *Kodak* lorsque celle-ci a refusé de les approvisionner en pièces. Les FIS ont allégué que *Kodak* liait illégalement la vente des pièces (le bien clé) à celle de ses services (le bien lié) et, ce faisant, monopolisait le marché du service après vente. Le tribunal de district a accordé un jugement sommaire à *Kodak* en invoquant le fait que l'absence de pouvoir de cette société sur le marché du matériel empêchait *nécessairement* le tribunal de conclure que *Kodak* possédait un pouvoir sur le marché des pièces et, par conséquent, l'un des critères permettant d'établir qu'il y avait un lien illégal en soi n'était pas respecté. *Kodak* avait prétendu que les consommateurs comparaient les coûts d'achat de différents systèmes selon la méthode du « coût sur le cycle de vie ». Cela signifie qu'ils comparent le coût total de l'acquisition et de l'exploitation d'un système au moment de prendre leur décision d'achat sur le

marché primaire. Ainsi, il n'y a qu'un seul marché, celui des systèmes, et si Kodak tente de hausser le prix de ses produits sur le marché secondaire, la concurrence sur le marché primaire la forcera à abaisser ses prix ou à perdre des ventes aux mains de ses rivales sur le marché du matériel. En conséquence, faisait-elle valoir, elle n'exerçait pas un pouvoir sur les marchés secondaires. Le tribunal d'appel a renversé le jugement sommaire et cette décision a été maintenue par la Cour suprême. La Cour suprême est arrivée à la conclusion que la possibilité que la concurrence sur le marché primaire puisse supprimer le pouvoir de marché sur les marchés secondaires était une question de fait et non de droit et, par conséquent, cette question devait être examinée au cas par cas. Cette conclusion découlait de la constatation faite par la Cour suprême à l'effet que des coûts d'information et de substitution importants pouvaient rompre le lien entre le marché primaire et les marchés secondaires invoqué par Kodak. Kodak a été trouvée coupable sur renvoi au tribunal de district d'avoir monopolisé les marchés du service après vente de ses photocopieurs à haut débit et du matériel de micrographie. Les FIS ont obtenu 23,9 millions de dollars en dommages-intérêts¹²⁵.

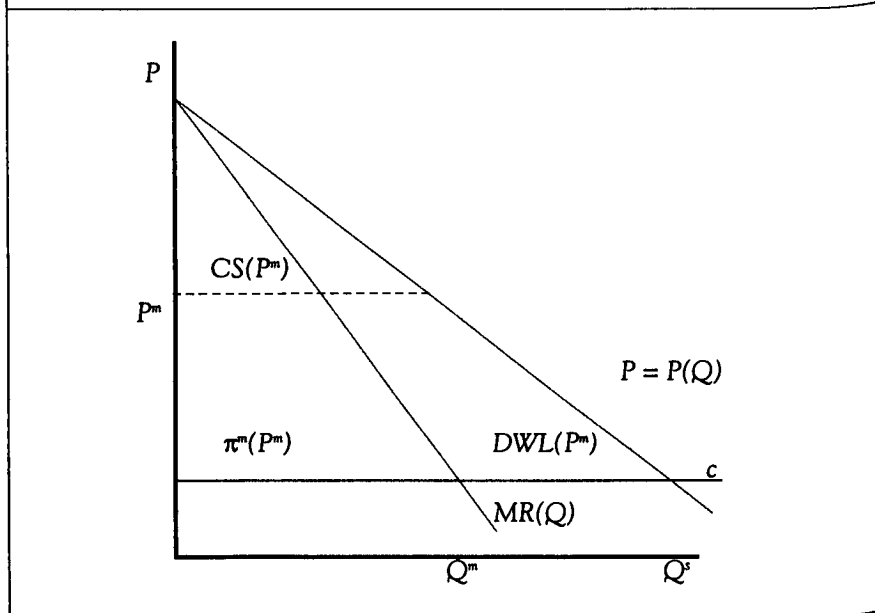
Selon Kattan (1993), la question de l'importance des marchés secondaires dans l'optique de la politique de concurrence peut être divisée en deux questions distinctes. Premièrement, les marchés secondaires sont-ils des marchés antitrust ? Deuxièmement, s'ils le sont, la concurrence sur le marché primaire restreint-elle l'exercice d'un pouvoir de marché sur les marchés secondaires exclusifs du promoteur du système ?

La mesure dans laquelle les consommateurs sont captifs du produit vendu sur le marché primaire permet de déterminer jusqu'à quel point le marché secondaire est, de fait, un marché assujéti à la politique antitrust. Si les consommateurs ne sont pas confrontés à des coûts de substitution élevés, alors en réaction à des hausses de prix sur les marchés secondaires, ils peuvent passer à un autre système sur le marché primaire. Mais s'ils sont captifs, les fournisseurs en situation de monopole sur les marchés secondaires disposeront alors d'un pouvoir de marché et l'étendue de ce pouvoir dépendra de la mesure dans laquelle les consommateurs y sont captifs. En retour, cela dépend des coûts de substitution à un système différent sur le marché primaire. Comme nous l'avons affirmé, ces coûts comprennent deux éléments : a) la nécessité de faire des investissements irrécupérables semblables à ceux déjà faits pour d'anciens produits et b) la perte éventuelle des avantages de réseau. Plus les avantages de réseau sont importants, plus il est probable que les marchés secondaires d'un produit primaire soient des marchés antitrust. La présence d'importants effets de réseau signifie que la marque d'une entreprise peut définir un marché, non seulement sur le marché primaire des systèmes, mais sur aussi sur les marchés secondaires.

La question de la présence d'un pouvoir de marché sur les marchés secondaires et l'influence atténuante que peut avoir la concurrence sur le marché primaire est pertinente à notre examen des pratiques abusives axées

FIGURE 1

POUVOIR EXERCÉ SUR LES MARCHÉS SECONDAIRES



sur l'innovation au niveau des produits. Supposons qu'il y ait deux entreprises de matériel ayant un coût marginal constant et égal C et que la concurrence sur le marché du matériel se fait au niveau du prix, c'est-à-dire une concurrence de type Bertrand. Les consommateurs assemblent des systèmes constitués d'une seule unité de matériel et de nombreuses variétés de logiciels. Leur demande de variété de logiciels est élastique et la mesure dans laquelle ils sont disposés à payer pour le matériel dépend des avantages liés à la consommation de logiciels, soit le surplus du consommateur. Supposons que le coût d'une variété représentative de logiciels est c . Lorsque le consommateur fait l'achat d'une unité de matériel, la situation correspond à celle illustrée à la figure 1, où la courbe de demande inverse pour la variété de logiciels est représentée par $P(Q)$.

Si le marché du logiciel est monopolisé par le promoteur du système (l'entreprise qui vend le matériel), celui-ci établira alors le prix P^m pour le logiciel et touchera des bénéfices monopolistiques de $\pi^m(P^m)$, tandis que le consommateur réalisera un surplus de $CS(P^m)$. Prévoyant une offre monopolistique sur le marché du logiciel, $CS(P^m)$ est le prix maximum que le consommateur sera disposé à payer pour le matériel. Le prix d'équilibre du matériel est donc $P^H = C - \pi^m(P^m)$. Les entreprises de matériel se disputeront le droit de devenir le monopoleur sur le marché secondaire et, ce faisant, dissiperont tous les

bénéfices. À noter qu'il y a un pouvoir de marché sur le marché secondaire et une perte de bien-être de $DWL(P^m)$, même si les entreprises de matériel ne touchent pas de bénéfices monopolistiques.

Supposons maintenant qu'en faisant appel à des fournisseurs indépendants, l'entreprise de matériel A (mais non l'entreprise de matériel B) pourrait s'engager à respecter le prix concurrentiel pour le logiciel, c . Les consommateurs du système A consommeraient alors Q' variétés de logiciels et réaliseraient un surplus de $CS(P^m) + \pi(P^m) + DWL(P^m)$. L'entreprise de matériel A monopoliserait le marché des systèmes en demandant un prix $P^A = DWL(P^m) + C - \epsilon$, où ϵ est négligeable. À ce prix, elle engendrerait un surplus du consommateur plus important que le maximum que pourrait offrir l'entreprise de matériel B tout en faisant ses frais¹²⁶. Si les deux entreprises de matériel sont en mesure de recourir à des fournisseurs indépendants pour faire en sorte que le marché secondaire soit concurrentiel, alors le prix d'équilibre du matériel sera $P^H = C$ et le surplus du consommateur sera $CS(P^m) + \pi(P^m) + DWL(P^m) - C$. Il s'agit là, de toute évidence, d'un résultat socialement efficient.

La capacité d'assurer un contexte concurrentiel sur les marchés secondaires est optimale *ex ante*, d'un point de vue tant social que privé. Mais une fois que le système est devenu la norme de fait, ou si les ventes de systèmes (matériel) sont peu élevées, alors le promoteur du système sera incité à monopoliser le marché secondaire et à réaliser des bénéfices monopolistiques. La part de $\pi(P^m)$ qu'il peut ainsi obtenir dépendra des solutions concurrentielles qui s'offrent aux consommateurs et de la mesure dans laquelle ces derniers sont captifs. Si le système est la norme de fait, les consommateurs ne pourront passer à un autre système lorsque les prix augmenteront sur le marché secondaire et le promoteur du système pourra accaparer la totalité de $\pi(P^m)$. Par ailleurs, s'il existe un autre système (avec la présence de fournisseurs indépendants sur le marché secondaire), alors l'entreprise ne pourra obtenir que $\min[C, \pi(P^m)]$. À tout événement, ces résultats représentent une distorsion quantitative et comportent une réduction du bien-être sur le marché secondaire. Les responsables de la politique antitrust pourraient jouer un rôle en vue d'atténuer cette perte de bien-être en limitant la capacité qu'ont les entreprises d'écarter les fournisseurs indépendants, habituellement en modifiant les normes.

Dans ces circonstances, l'application de la politique antimonopole et la vigilance à cet égard peuvent être considérées comme une mesure supplémentaire visant à solutionner ce qui, au fond, est un problème de contrat incomplet¹²⁷. Au point de départ, les consommateurs et les entreprises devraient avoir recours à la législation antitrust pour encadrer le comportement de l'entreprise¹²⁸.

Si notre analyse a porté principalement sur les répercussions au niveau de l'efficience sur le marché secondaire, il peut aussi y avoir d'importants effets sur l'incitation à innover. La possibilité d'être exclus par des innovations abusives au niveau des produits réduit l'incitation des fournisseurs de produits complémentaires à investir en recherche et développement et à mettre au point de

nouvelles applications (voir Menell, 1987, p. 1361-1362). En outre, s'il y a des économies d'échelle associées à la R-D, les systèmes fermés réduiront la portée du marché et, partant, l'incitation à faire de la R-D qui n'est pas spécifiquement liée à un système; les producteurs de biens complémentaires peuvent offrir des composants semblables pour de multiples systèmes (voir Menell, 1987, p. 1344).

NOTES

- 1 L'hypothèse selon laquelle la valeur du matériel augmente avec la variété des logiciels compatibles distingue l'analyse que nous faisons ici des travaux publiés sur la compatibilité. Dans Matutes et Regibeau (1988) et Economides (1988), des systèmes sont constitués en combinant des produits complémentaires dans des proportions fixes.
- 2 Les premiers travaux importants sur les externalités de réseau sont une série d'études de Farrell et Saloner (1985, 1986a, 1986b) et de Katz et Shapiro (1985, 1986a). Katz et Shapiro (1994) et Besen et Farrell (1994) renferment d'excellentes revues des aspects économiques des industries de réseaux. Dans ce qui suit, nous nous inspirons libéralement de ces diverses études. Voir également Gilbert (1992).
- 3 Ce point fait l'objet de l'étude de Besen et Farrell (1994).
- 4 « Wireless Auction Raises a Record \$10.2-billion », *The Globe and Mail*, 7 mai 1996, p. B11.
- 5 Voir Church et Gandal (1992, 1996a et 1996b) qui renferment une analyse de l'investissement stratégique dans les logiciels par les entreprises de matériel.
- 6 Voir *Atari Games Corp. v. Nintendo of America*, 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992), *McMannis* (1993, p. 45) et *Hanna* (1994, p. 407-408).
- 7 *United States v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448 (D.C. Circuit 1995).
- 8 Voir le communiqué de presse de la FTC, « FTC Settlement Would Preserve Competition on Price and Innovation for Entertainment Graphics Software et Hardware », 9 juin 1995; et *Silicon Graphics, Inc.: Proposed Consent Agreement*, 60 *Federal Register* 35032 (5 juillet 1995).
- 9 Pour une liste des allégations de monopolisation contenues dans la poursuite du Département de la Justice contre la société IBM voir *United States v. International Business Machine Corp.*, 1975 CCH Trade Cases ¶60104.
- 10 Il faut comparer l'expérience du disque compact avec les dernières technologies numériques (bande audionumérique, cassette compacte numérique et minidisque).
- 11 Les coûts que suppose la rétro-compatibilité d'une technologie dépendront des décisions prises par le titulaire sur le plan de la conception.
- 12 Voir *Apple Computer v. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2d 1240 (3rd Cir. 1983).
- 13 Les quatre causes importantes étaient : *Telex v. International Business Machines Corporation*, 510 F.2d 894 (10th Cir. 1975); *California Computer Products v. International Business Machines Corporation*, 613 F.2d 727 (9th Cir. 1979); *Memorex Corp. v. International Business Machines Corporation*, 636 F.2d 1188 (9th Cir. 1980), requête rejetée, 452 U.S. 972 (1981); *Transamerica Computer Co., Inc. v. International Business Machines Corporation*, 698 F.2d 1377 (9th Cir. 1983).

- 14 *Atari Games Corp. and Tengen Inc. v. Nintendo of America, Inc, and Nintendo Co., Ltd.*, 1990-1 CCH Trade Cases ¶68946.
- 15 Traditionnellement, les tribunaux aux États-Unis ont eu tendance à présumer l'existence d'un pouvoir de marché dans le cas de la protection par brevet ou droit d'auteur. Voir, par exemple, *United States v. Loew's, Inc.* 371 U.S. 38 (1962), où le pouvoir de marché est présumé exister en raison de la protection du droit d'auteur, et *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. (392) 1947, où elle est présumée découler de la protection offerte par brevet. Dans *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984), à la p. 16, la Cour suprême des États-Unis a fait remarquer que si le gouvernement avait accordé au vendeur un brevet ou un monopole semblable sur un produit, il est juste de présumer que l'incapacité d'acheter le produit ailleurs confère au vendeur un pouvoir de marché. Les *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (1995) du Département de la Justice et de la Federal Trade Commission des États-Unis (ci-après les *lignes directrices* en matière de propriété intellectuelle) ne présumant pas automatiquement que la protection accordée par des droits de propriété intellectuelle signifie qu'il y a pouvoir de marché, en précisant qu'il y a, dans bien des cas, suffisamment de proches substituts actuels ou potentiels qui entraveront l'exercice d'un pouvoir de marché (§2.2). Les *lignes directrices* en matière de propriété intellectuelle précisent (à la note 10) que la question n'a pas encore été tranchée par les tribunaux.
- 16 *SCM Corp. v. Xerox Corp.*, 645 F.2d 1195 (2nd Cir. 1981), à la p. 1203.
- 17 Voir *United States v. Microsoft Corp.*, Proposed Final Judgement and Competitive Impact Statement, 59 Federal Register, 42845 (19 août 1994).
- 18 *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc. et al.* (1992) 43 *Canadian Patent Reporter*, (3d) 161 (T.C.).
- 19 Voir Ross (1993) pour une analyse des barrières à l'entrée dans la cause *Southam* ainsi que d'autres jugements rendus par le Tribunal de la concurrence. Le Tribunal a décrit les effets de réseau comme étant un problème de coordination pour les annonceurs.
- 20 Entre autres exemples bien connus, il y a *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945), et *MCI Communications Co. v. AT&T*, 708 F.2d 1081 (7th Cir.), requête rejetée, 464 U.S. 891 (1983).
- 21 *Lotus Dev. Corp. v. Paperback Software Int'l.*, 740 F Supp. 37 (D. Mass. 1990).
- 22 *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.*, 709 F. Supp. 925 (N.D. Cal. 1989) (Apple I); *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.*, 717 F. Supp. 1428 (N.D. Cal. 1989) (Apple II); *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.*, 759 F. Supp. 1444 (N.D. Cal. 1991) (Apple III); *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.*, 779 F. Supp. 133 (N.D. Cal. 1991) (Apple IV); *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.*, 799 F. Supp. 1006 (N.D. Cal. 1992) (Apple V); *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.*, 821 F. Supp. 616 (N.D. Cal. 1993) (Apple VI); *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.*, 35 F.3d 1435 (9th Cir. 1994) (Apple VII).
- 23 Une macro est une séquence de commandes intégrée à un programme.
- 24 *The Cable Television Consumer Protection et Competition Act*, Pub. L. No. 102-385, 106 Stat. 1460 (1992) renferme un certain nombre de dispositions visant à prévenir les restrictions à l'accès ou à la disponibilité de la programmation. Voir également l'analyse connexe dans la cause *Primestar*, ci-après, dans la partie intitulée « Fusionnement vertical et exclusion ».
- 25 L'analyse qui suit s'inspire librement de deux excellentes études publiées par Joseph Farrell (1989, 1995).

- 26 Voir Farrell et Shapiro (1992b) qui renferme un exercice de simulation où l'on tente d'illustrer l'importance de ce coût engendré par le monopole, sur le plan du bien-être, en présence d'effets de réseau.
- 27 Pour une analyse formelle démontrant que les avantages liés au parc installé contribuent à une course aux brevets inefficente, voir Kristiansen (1995).
- 28 Farrell (1989) et Menell (1987) s'intéressent aux effets de la protection de la propriété intellectuelle sur l'établissement d'une norme volontaire.
- 29 Voir, par exemple, Paredes (1994, p. 305-308), Stack (1993, p. 335) et *Saturday Evening Post Co. v. Rumbleseat Press, Inc.*, 816 F.2d 1191 (7th Cir. 1987).
- 30 Samuelson (1995) insiste sur ce point. Elle fait observer que la doctrine des fusions pourrait ne pas avoir beaucoup d'utilité pratique lorsqu'appliquée aux normes de fait et aux interfaces.
- 31 Voir, par exemple, les études présentées lors du symposium sur les nouvelles formes de droits de propriété intellectuelle, intitulé « Symposium: Toward a Third Intellectual Property Paradigm », *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994, p. 2307.
- 32 Menell (1987, p. 1351-1953) et Lemley (1995, p. 3) renferment de bonnes analyses du rôle joué par les secrets commerciaux dans le domaine des logiciels.
- 33 Les tribunaux ont largement confirmé cette position et continuent de le faire. *Data General Corp. v. Digital Computer Controls, Inc.*, 297 A.2d 433, 436 (Del. Ch. 1971) (les programmes dont plus de 500 exemplaires ont été vendus sont toujours considérés comme un secret commercial), confirmé, 297 A.2d 437 (Del. 1972). Parmi les causes plus récentes, il y a *Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp.*, 825 F. Supp. 340, 354-55 (D. Mass. 1993); *Management Science of Am. v. Cyborg Systems, Inc.*, 1977-1 CCH Trade Cases ¶61472.
- 34 *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1879).
- 35 *Whelan Associates Inc. v. Jaslow Dental Laboratory Inc.*, 797 F.2d 1222 (3rd Cir. 1986).
- 36 *Lotus Dev. Corp. v. Paperback Software Int'l.*, 740 F. Supp. 37 (D. Mass. 1990).
- 37 *Computer Assocs. Int'l, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693 (2nd Cir. 1992).
- 38 Ce point fait ressortir une préoccupation parmi les économistes au sujet de l'application de la loi sur le droit d'auteur : plus un élément du programme est utilitaire moins il est protégé. Évidemment, l'approche opposée caractérise la législation sur les brevets.
- 39 *Altai*, 982 F.2d, à la p. 710.
- 40 *Computer Associates Int'l v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693, 714 (2nd Cir. 1992).
- 41 *Delrina Corp. c. Triolet Sys.*, 9 B.L.R. 2d 140 (C. J. Ont., 1993); *Matrox Elect. Sys. c. Gaudreau*, 1993 R.J.Q. 2449, 2457-58 (C. J. Mont., 28 juillet 1993).
- 42 *Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l*, 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995).
- 43 *Idem*, à la p. 810-811.
- 44 Voir *supra*, note 22.
- 45 *Atari Games Corp. v. Nintendo of America*, 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992).
- 46 *Sega Enterprises v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992).
- 47 Voir McMannis (1993) qui renferme une analyse approfondie de l'utilisation équitable dans le contexte de la rétro-ingénierie. L'auteur affirme que l'utilisation de dispositifs de verrouillage pour supprimer la concurrence pourrait bien constituer une utilisation abusive du droit d'auteur (p. 28). Forrester (1992) et McMannis (1993) examinent aussi la légalité de la rétro-ingénierie dans la Communauté européenne ainsi que la Directive de la Communauté européenne sur la protection juridique des programmes d'ordinateur, Directive du Conseil 91/250, 14 mai 1991, O.J. (L122/42).

L'analyse que fait Forrester du débat « acrimonieux » qui entoure la légalité de la rétro-ingénierie dans la Communauté européenne est révélatrice. La directive précise que la rétro-ingénierie nécessaire pour atteindre l'interopérabilité ne constitue pas une contrefaçon du droit d'auteur.

- 48 *Atari Games Corp. v. Nintendo of America*, 1992-2 CCH Trade Cases, ¶69,969.
- 49 DC North Texas 3-94-CV-1047-X 9/1/95. Voir *BNA Patent, Trademark, & Copyright Journal*, vol. 50, 12 octobre 1995, p. 682.
- 50 Proiciel intégré à un semiconducteur.
- 51 *Morton Salt Co. v. Suppiger*, 314 U.S. 488 (1942).
- 52 *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds*, 911 F.2d 970 (4th Cir. 1990).
- 53 *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds*, 911 F.2d, à la p. 973.
- 54 Voir Paredes (1994) et Hanna (1994), qui renferment une analyse de l'utilisation abusive des normes dans des causes de contrefaçon de brevets et de droits d'auteur.
- 55 *USM Corp. v. SPS Technologies, Inc.*, 694 F.2d 505 (7th Cir. 1982), à la p. 511, requête rejetée, 482 U.S. 1107 (1983).
- 56 *Service & Training, Inc. v. Data General Corp.*, 963 F.2d 680 (4th Cir. 1992); *PRC Realty Sys. v. National Ass'n of Realtors*, 972 F.2d 341 (4th Cir. 1992); *Advanced Computer Serv. of Mich., Inc. v. MAI Sys. Corp.*, 845 F. Supp. 356 (E.D. Va. 1994); *Electronic Data Sys. Corp. v. Computer Associates Int'l, Inc.*, 802 F. Supp. 1463 (N.D. Tex. 1992); *Microsoft Corp. v. BEC Computer Co.*, 818 F. Supp. 1313 (C.D. Cal. 1992); *Sega Enter. Ltd. v. Accolade, Inc.*, 785 F. Supp. 1392 (N.D. Cal. 1992), révisé pour d'autres motifs, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992).
- 57 *Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp.*, 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994).
- 58 *In re Shao Wen Yuan*, 188 F.2d 377 (C.C.P.A. 1951).
- 59 *O'Reilly v. Morse*, 56 U.S. (15 How.) 61 (1854).
- 60 *Eibel Process Co. v. Minnesota & Ont. Paper Co.*, 261 U.S. 45 (1923).
- 61 *Mackay Radio & Tel. Co. v. Radio Corp. of America*, 306 U.S. 86 (1939).
- 62 *Gottschalk v. Benson*, 409 U.S. 63 (1972).
- 63 *Diamond v. Diehr*, 450 U.S. 175 (1981).
- 64 *In re Alappat*, 33 F.3d 1526.
- 65 *In re Beauregard*, 35 USPQ 2d 1383 (Fed. Cir. 1995).
- 66 L'exception relative aux imprimés précise qu'un article consistant en un imprimé entreposé ou reproduit sur un substrat n'est pas brevetable lorsque la nouveauté de l'article réside dans l'imprimé et dont l'objet a un caractère informatif plutôt que fonctionnel. Voir Laurensen (1995, p. 817).
- 67 Commentaires des responsables de la Federal Trade Commission, Docket No. 9505 31 44-5144-01 (26 septembre 1995).
- 68 Un examen de cette cause se trouve dans Yoches (1995). Compton en a appelé du jugement.
- 69 Commentaires des responsables de la Federal Trade Commission, Docket No. 9505 31 44-5144-01 (26 septembre 1995).
- 70 *Radio Telefis Eirann (RTE) & Anor v. Commission of European Communities*, 1995 CCH CEC ¶400, et pour les causes portant sur des annuaires téléphoniques, voir par exemple, *BellSouth Advertising & Publishing Corp. v. Donnelly Information Publishing Inc.*, 719 F. Supp. 1551 (S.D. Fla. 1988), confirmé, 933 F.2d 952 (11th Cir. 1991), annulé en ordonnant un nouveau procès, 1992-2 CCH Trade Cases ¶70,058, infirmé, 999 F.2d 1436 (11th Cir. 1993); *Rural Telephone Service Co. v. Feist Publications, Inc.*, 957 F.2d 765 (10th Cir.), requête rejetée, 113 S. Ct. 490 (1992); *Great Western*

- Directories, Inc. v. Southwestern Bell Telephone Co., et al.*, 1995-2 Trade Cases ¶71,123; Décision du CRTC en matière de télécommunications 95-3, 8 mars 1995, *Provision of Directory Database Information and Real-Time Access to Directory Assistance Databases*.
- 71 *Lotus Dev. Corp. v. Borland International, Inc.*, 799 F. Supp. 203 (D. Mass. 1992) infirmé, 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995). Deux autres causes importantes ayant trait à l'information et aux spécifications sur les interfaces sont *Nintendo* et *Sega*, examinées dans la partie intitulée « La rétro-ingénierie ne constitue pas une violation du droit d'auteur », ci-dessus.
- 72 RTE possède un monopole en vertu de la loi qui englobe les émissions de radio et de télévision *provenant d'Irlande*.
- 73 En particulier, les détenteurs de licences ne pouvaient reproduire que les listes quotidiennes ou hebdomadaires et donner les points saillants du programme de la semaine.
- 74 Pour un examen plus approfondi de cette cause et de ses répercussions importantes sur les rapports entre les droits de propriété intellectuelle et la politique de concurrence dans la Communauté européenne, voir *Tritell et Metaxas-Maranghidis* (1995) et *Forrester* (1992).
- 75 *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 111 S. Ct. 1282 (1991).
- 76 Voir *BNA Patent, Trademark, & Copyright Journal*, vol. 41, 1991, p. 443-444 qui renferme un sommaire de cette cause.
- 77 999 F.2d 1436 (11th Cir. 1993).
- 78 Pour un sommaire et une analyse de cette cause, voir *BNA Patent, Trademark, & Copyright Journal*, vol. 46, 1993, p. 421. La doctrine du fusionnement prévoit que lorsque l'expression d'une idée est unique, elle fusionne avec l'idée et, ainsi, n'est plus protégée par un droit d'auteur.
- 79 *Rural Tel. Serv. Co. v. Feist Publications, Inc.*, 1990-1 CCH Trade Cases ¶69,022.
- 80 *Rural Telephone Service Co., Inc. v. Feist Publications, Inc.*, 1992-1 CCH Trade Cases ¶69,724.
- 81 Le Tribunal a appliqué un critère à deux volets pour déterminer si le refus d'un monopoleur de vendre à un concurrent constitue une infraction en vertu de l'article 2 : i) la preuve d'un préjudice ou d'un effet anticoncurrentiel; ii) lorsqu'il y a preuve d'un préjudice à la concurrence, y a-t-il une justification commerciale légitime ou, de façon plus générale, se rapportant à l'efficacité, du refus de faire le commerce.
- 82 Voir les décisions du CRTC en matière de télécommunications 90-12 et 92-1. La société Bell est la plus importante compagnie de téléphone au Canada, offrant des services locaux et interurbains en Ontario et au Québec. Le CRTC est le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.
- 83 Dans la Décision 95-14 en matière de télécommunications, le CRTC a refusé de revoir le mécanisme de suppression pour qu'il soit neutre dans l'optique de la concurrence. Le 26 juin 1996, le gouvernement fédéral a ordonné que tous les éditeurs d'annuaires aient un accès égal aux inscriptions. Voir « Manley annonce des modifications aux règles concernant les pages blanches », communiqué de presse d'Industrie Canada, n° 7411.f, 26 juin 1996; Scott Feschuk, « Ottawa Allows White-Page Competition », *The Globe and Mail*, 27 juin 1996, p. B1.
- 84 Ce réseau est constitué des utilisateurs de Lotus 1-2-3 et de leurs fichiers, ainsi que des produits complémentaires compatibles tels que les macros, les améliorations au niveau du logiciel, les services de conseils et de formation, etc. Ce réseau se caractérise donc par des externalités à la fois directes et indirectes.
- 85 *Lotus Dev. Corp. v. Borland International, Inc.*, 799 F. Supp. 203, 217 (D. Mass. 1992).

- 86 *Lotus Development Corporation v. Borland International, Inc.*, Cour suprême des États-Unis 94-2003 (16 janvier 1996).
- 87 *MCI Communications Corp. v. AT&T*, 708 F.2d (7th Cir. 1983), requête rejetée, 464 U.S. 891 (1983).
- 88 Voir Areeda (1990) qui renferme une discussion de cette doctrine. Farrell (1995) a également fait valoir que la doctrine des installations essentielles pouvait jouer un rôle en vue de rectifier une protection des droits de propriété intellectuelle beaucoup trop grande, du point de vue de l'efficience, dans les industries de réseaux.
- 89 Pour une analyse approfondie, voir Kobak (1996) et Rosen (1994). Nous réexaminons la jurisprudence américaine en ce qui a trait aux licences obligatoires dans le texte accompagnant la note 116 ci-dessous. Forrester (1992) affirme que lorsqu'une entreprise dominante refuse d'accorder une licence à l'égard de ses droits de propriété intellectuelle, qu'elle refuse l'accès aux spécifications ayant trait à l'interface et, de façon plus précise, qu'elle refuse d'accorder une licence de propriété intellectuelle et que cela a des répercussions anticoncurrentielles, elle s'expose à des accusations d'abus de position dominante en vertu des dispositions du Traité de Rome (article 86) qui s'appliquent dans la Communauté européenne.
- 90 *Lignes directrices en matière de propriété intellectuelle*, article 2.2.
- 91 *U.S. v. Borland International, Inc., and Ashton-Tate Corp.*, 1992-1 CCH Trade Cases ¶69,774.
- 92 Article IV.A du décret de consentement imposé dans la cause *U.S. v. Borland International, Inc.*, 1992-1 CCH Trade Cases ¶69,774.
- 93 Voir §IV.C du décret de consentement imposé dans la cause *U.S. v. Borland International, Inc.*; Fox était le plus important fabricant de clones du produit xBASE.
- 94 *Atari Games Corp. and Tengen, Inc. v. Nintendo of America Inc. And Nintendo Co., Ltd.*, 1992-2 CCH Trade Cases ¶69,969; *United States v. Primestar Partners, L.P. et al.*, Proposition de jugement final et de décret de consentement, 58 Federal Register 60672 (17 novembre 1993); *United States v. Tele-Communications, Inc.*, proposition de jugement final et de décret de consentement, 59 Federal Register 24723 (12 mai 1994); *United States v. Microsoft*, 1995-1 CCH Trade Cases ¶70,928; *Silicon Graphics, Inc.* : proposition de décret de consentement, 60 Federal Register 35032 (5 juillet 1995).
- 95 « Cable TV Operator, Programmer Resolve Division Concerns over Vertical Merger », *Antitrust et Trade Regulation Reporter*, vol. 66, 5 mai 1994, p. 512-513.
- 96 Church et Gandall envisagent un jeu en séquences impliquant deux producteurs de matériels différenciés et deux producteurs de logiciels. La spécification du jeu permet des mesures de représailles de la part de l'entreprise exclue : celle-ci peut s'intégrer à l'entreprise de logiciels indépendante en réponse à l'exclusion. Pour que cette intégration et que l'exclusion soient profitables, il faut que les mesures de représailles ne le soient pas. Les mesures de représailles ne peuvent être profitables parce qu'elles supposent d'internaliser une externalité au niveau des prix entre le matériel et le logiciel. Un entreprise intégrée est incitée à baisser le prix de son matériel afin de vendre plus de logiciels sur le marché secondaire. La concurrence en vue d'attirer les consommateurs sur le marché du matériel rend les mesures de représailles non profitables. Ainsi, les représailles sous forme d'intégration et d'exclusion sont moins profitables que l'absence de représailles parce que ces mesures ne permettent pas de rétablir la situation qui prévalait à l'origine.

- 97 *Digidyne Corp. v. Data General*, 734 F.2d 1336 (9th Cir. 1984), requête rejetée, 473 U.S. 908 (1985).
- 98 En outre, les détenteurs de licences étaient aussi tenus d'acheter des quantités minimales de matériels périphériques ou de verser des frais de licence à l'égard du programme.
- 99 À cet égard, ce jugement a été un important précurseur de la cause *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 112 S. Ct. 2072 (1992).
- 100 *Atari Games Corp. v. Nintendo of America*, 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992) et *Sega Enterprises v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992).
- 101 Voir l'analyse des causes portant sur du matériel périphérique faite par Brock (1989), ainsi que la cause *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263 (2nd Cir. 1979), requête rejetée, 444 U.S. 1093 (1980).
- 102 Voir la cause citée, *supra*, note 94.
- 103 Voir Brock (1989), ainsi que la cause *Transamerica Computer Co., Inc. v. International Business Machines Corporation*, 698 F.2d 1377 (9th Cir. 1983), à la p. 1381.
- 104 Voir Brock (1989, p. 178) et Von Kalinowski, 3, *Antitrust et Trade Regulation Reporter* §21.04[2].
- 105 *Transamerica Computer Co., Inc. v. International Business Machines Corporation*, 698 F.2d 1377 (9th Cir. 1983), à la p. 1383. Il en est de même dans la cause *Northeastern Tel. Co. v. AT&T Co.*, 651 F.2d 76 (2nd Cir. 1981), requête rejetée, 455 U.S. 973 (1983), une société affiliée à AT&T qui a été trouvée coupable de comportement abusif lorsqu'elle a compliqué inutilement la conception du matériel requis par le système Bell en le rendant incompatible avec le matériel d'un petit fabricant de téléphones.
- 106 Le texte de l'engagement est reproduit dans « Undertaking Given By IBM », *Bulletin of the European Community*, vol. 10, 1984, p. 96-103.
- 107 Voir *supra*, note 94.
- 108 Voir *supra*, note 94, articles IV.A et IV.B.
- 109 Voir Blair et Esquibel (1995, p. 260) et Baseman, Warren-Boulton et Woroch (1995, p. 301). Cependant, ils revêtaient une importance fondamentale pour le *Memorandum of Amici Curiae in Opposition to Proposed Final Judgement* (10 janvier 1995) et la conclusion à laquelle en est arrivée le juge Sporkin, à savoir que le décret de consentement proposé ne servait pas l'intérêt public. Voir Lopatka et Page (1995) pour plus de détails.
- 110 Christopher Anderson, « The Software Industry », *The Economist*, 25 mai 1996, p. 58.
- 111 Voir Amy Cortese et Kathy Rebello, « Windows 95 », *Business Week*, 10 juillet 1995, p. 94-104, et Kathy Rebello, Peter Burrows et Mark Lewyn, « Oh Microsoft, Poor Microsoft », *Business Week*, 26 juin 1995, p. 38.
- 112 Christopher Anderson, « The Software Industry », *The Economist*, 25 mai 1996, p. 58.
- 113 « U.S. Asked to Probe Microsoft's Proposal for Free Software », *Wall Street Journal*, vol. 20, février 1996, p. A4.
- 114 Stephen Wildstrom, « Browsers: The Race Heats Up », *Business Week*, 1^{er} juillet 1996, p. 18.
- 115 *Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp.*, 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994).
- 116 *U.S. v. Grinnell Corp.*, 1966 CCH Trade Case ¶71,789.
- 117 35 U.S.C. §271(d) (1988).
- 118 Voir, par exemple, *SCM v. Xerox*, 645 F.2d 1195 (2nd Cir. 1981).

- 119 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., et al.*, 1992-1 CCH Trade Cases ¶69,839, note 32.
- 120 Aux États-Unis, les tribunaux ont généralement considéré qu'un lien était en soi illégal si les quatre conditions suivantes étaient respectées : i) il y a deux produits distincts; ii) l'existence d'un lien est démontrée; iii) l'entreprise possède un pouvoir de marché à l'égard du bien clé et iv) une proportion importante du commerce est touchée. Cette formulation a été élaborée par la Cour suprême des États-Unis dans la cause *Jefferson Parish Hospital District No. 2 et al. v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984), aux p. 15-18.
- 121 Greenstein signale également l'incitation de la part du monopoleur à rendre difficile la rétro-ingénierie.
- 122 Ordover et Willig (1981) affirment qu'un acte a un caractère abusif uniquement si sa rentabilité est liée à la sortie des entreprises rivales. Ils appliquent ce critère général aux comportements abusifs liés à des innovations sur les marchés des systèmes.
- 123 Voir Kattan (1993), Shapiro et Teece (1994), Borenstein, MacKie-Mason et Netz (1995) et Shapiro (1995), qui renferment des analyses de l'existence d'un pouvoir commercial sur les marchés secondaires. Saloner (1990) a fait une analyse pénétrante du pouvoir commercial sur les marchés secondaires, antérieure à la controverse actuelle.
- 124 Voir *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 112 S. Ct. 2072 (1992). Parmi les autres causes portant sur des marchés secondaires, il y a *Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp.*, 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994); *Virtual Maintenance Inc. v. Prime Computer Inc.*, 957 F.2d 1318 (6th Cir. 1992); *Service & Training, Inc. v. Data General Corp.*, 963 F.2d 680 (4th Cir. 1992); *Digidyne Corp. v. Data General Corp.*, 734 F.2d 1336 (9th Cir. 1984), requête rejetée, 473 U.S. 908 (1985).
- 125 Voir *BNA Antitrust et Trade Regulation Reporter*, vol. 69, 19 octobre 1995, p. 440-441.
- 126 Le maximum que B peut offrir correspond à $P^B = C - \pi^m(P^m)$, qui donne au consommateur un surplus de $CS(P^m) + \pi(P^m) - C$. Au prix P^A , le système A donne au consommateur un surplus de $CS(P^m) + \pi(P^m) + DWL(P^m) - P^A$. En égalisant les deux et en solutionnant pour P^A , on obtient le prix qui maximise les profits pour l'entreprise A.
- 127 À noter que la question de l'incitation à exploiter ou à garder le contrôle exclusif d'un parc installé n'est pas facilement résolue dans le cas des entreprises qui veulent acquérir la réputation de ne pas agir de façon opportuniste. Prenons l'exemple d'un modèle où la demande sur le marché secondaire par les consommateurs à chaque période est donnée par $P(Q)$ et où les consommateurs se présentent de façon séquentielle, soit un par période, et vivent éternellement. Alors, pourvu que les entreprises aient un facteur d'escompte inférieur à un, de sorte que les bénéfices futurs n'aient pas la même valeur que les bénéfices courants, la taille du parc installé deviendrait éventuellement si importante que l'entreprise serait incitée à l'exploiter et à délaisser les nouvelles ventes de systèmes. Si cela est rentable, elle pourrait abaisser le prix qu'elle demande aux nouveaux clients pour son matériel afin d'atténuer les effets sur le marché primaire d'une hausse des prix sur son marché secondaire. Voir l'analyse de Borenstein, MacKie-Mason et Netz (1995) et celle de Shapiro (1995).
- 128 Borenstein, MacKie-Mason et Netz (1995, p. 473-474) expliquent en détail pourquoi un contrat privé ne parviendra vraisemblablement pas à solutionner d'une façon adéquate ce problème de contrôle.

REMERCIEMENTS

NOUS TENONS À REMERCIER Rob Anderson, Brian Rivard, Mark Lemley, Murray Hamley et les participants au Symposium des auteurs pour les commentaires utiles qu'ils ont formulés. Jeffrey Church souhaite pour sa part souligner l'hospitalité du Bureau de la concurrence du Canada qui l'a accueilli pour la période où l'essentiel de cette étude a été rédigée.

BIBLIOGRAPHIE

- Ahern, P. J., « Refusals to Deal After *Aspen* », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, 1994, p. 153-183.
- Areeda, P., « Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles », *Antitrust Law Journal*, vol. 58, 1990, p. 841-853.
- Baseman, K., F. Warren-Boulton et G. Woroch, « Microsoft Plays Hardball: The Use of Exclusionary Pricing and Technical Incompatibility to Maintain Monopoly Power in Markets for Operating System Software », *Antitrust Bulletin*, vol. 40, 1995, p. 265-315.
- Besen, S. et J. Farrell, « Choosing How to Compete: Strategies and Tactics in Standardization », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 8, 1994, p. 117-131.
- Blair, R. et A. Esquibel, « The Microsoft Muddle: A Caveat », *The Antitrust Bulletin*, vol. 40, 1995, p. 257-264.
- Borenstein, S., J. MacKie-Mason et J. Netz, « Antitrust Policy in Aftermarkets », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, 1995, p. 455-482.
- Brandenburger, A. et B. Nalebuff, « The Right Game: Use Game Theory to Shape Strategy », *Harvard Business Review*, juillet et août 1995, p. 57-71.
- Brock, G., « Dominant Firm Response to Competitive Challenge: Peripheral Equipment Manufacturers' Suits Against IBM », dans *The Antitrust Revolution*, 1^{re} édition, publié sous la direction de J. Kwoka, Jr. et L. White, Scott, Foresman and Company, Glenview (Ill.), 1989.
- Chou, C. et O. Shy, « Network Effects without Network Externalities », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 8, 1990, p. 259-270.
- Church, J. et N. Gandal, « Network Effects, Software Provision and Standardization », *Journal of Industrial Economics*, vol. 40, 1992a, p. 85-104.
- _____, « Integration, Complementary Products and Variety », *Journal of Economics and Management Strategy*, vol. 1, 1992b, p. 651-675.
- _____, « Complementary Network Externalities and Technological Adoption », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 11, 1993, p. 239-260.
- _____, *Do Indirect Network Effects Lead to Inefficiencies?*, document reprographié, Université de Calgary, 1995.
- _____, *Systems Competition, Vertical Merger, and Foreclosure*, document de travail 6-96, Sackler Institute, Université de Tel-Aviv, 1996a.
- _____, « Strategic Entry Deterrence: Complementary Products as Installed Base », *European Journal of Political Economy*, vol. 12, 1996b, p. 331-354.
- Dybvig, P. et C. Spatt, « Adoption Externalities as Public Goods », *Journal of Public Economics*, vol. 20, 1983, p. 231-247.

- Economides, N., « Desirability of Compatibility in the Absence of Network Externalities », *American Economic Review*, vol. 79, 1988, p. 1165-1181.
- Farrell, J., « Standardization and Intellectual Property », *Jurimetrics Journal*, vol. 30, 1989, p. 35-50.
- , « Arguments for Weaker Intellectual Property Protection in Network Industries », *Standard View*, vol. 3, 1995, p. 46-49.
- Farrell, J. et N. Gallini, « Second-Sourcing as a Commitment: Monopoly Incentives to Attract Competition », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 103, 1988, p. 673-694.
- Farrell, J. et G. Saloner, « Standardization, Compatibility, and Innovation », *Rand Journal of Economics*, vol. 16, 1985, p. 70-83.
- , « Standardization and Variety », *Economic Letters*, vol. 20, 1986a, p. 71-74.
- , « Installed Base and Compatibility: Innovation, Product Preannouncements, and Predation », *American Economic Review*, vol. 76, 1986b, p. 940-955.
- , « Converters, Compatibility, and Control of Interfaces », *Journal of Industrial Economics*, vol. 40, 1992, p. 9-35.
- Farrell, J. et C. Shapiro, « Standard Setting in High Definition Television », *Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics*, vol. 1, 1992.
- Fisher, F. M., J. J. McGowan et J. E. Greenwood, *Folded, Spindled, and Mutilated: Economic Analysis and U.S. v. IBM*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 1983.
- Forrester, I. S., « Software Licensing in the Light of Current EC Competition Law Considerations », *European Competition Law Review*, vol. 13, 1992, p. 5-20.
- Fudenberg, D. et J. Tirole, « The Fat-Cat Effect, the Puppy-Dog Ploy, and the Lean and Hungry Look », *American Economic Review*, vol. 74, 1984, p. 361-366.
- Gilbert, R., « Symposium on Compatibility: Incentives and Market Structure », *Journal of Industrial Economics*, vol. 40, 1992, p. 1-8.
- Gilburne, M. et R. Johnston, « Trade Secret Protection for Software Generally and in the Mass Market », *Computer Law Journal*, vol. 3, 1982, p. 211-272.
- Glazer, K. L. et A. B. J. Lipsky, « Unilateral Refusals to Deal Under Section 2 of the Sherman Act », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, 1995, p. 749-800.
- Greenstein, S., « Creating Economic Advantage by Setting Compatibility Standards: Can 'Physical Tie-Ins' Extend Monopoly Power? », *Economics of Innovation and New Technology*, vol. 1, 1990, p. 63-83.
- Grindley, P., *Standards, Strategy, and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 1995.
- Hanna, R., « Misusing Antitrust: The Search for Functional Copyright Misuse Standards », *Stanford Law Review*, vol. 46, 1994, p. 401-448.
- Karjala, D. S. et P. S. Menell, « Applying Fundamental Copyright Principles to Lotus Development Corp. v. Borland International, Inc. », *High Technology Law Journal*, vol. 10, 1995, p. 177-192.
- Kattan, J., « Antitrust Analysis of Technology Joint Ventures: Allocative Efficiency and the Rewards of Innovation », *Antitrust Law Journal*, vol. 61, 1993, p. 937-976.
- Katz, M. et C. Shapiro, « Network Externalities, Competition, and Compatibility », *American Economic Review*, vol. 75, 1985, p. 424-440.
- , « Technology Adoption in the Presence of Network Externalities », *Journal of Political Economy*, vol. 94, 1986a, p. 822-841.
- , « Product Compatibility Choice in a Market with Technological Progress », *Oxford Economic Papers*, NS 38 Supplement, 1986b, p. 146-165.
- , « Product Introduction with Network Externalities », *Journal of Industrial Economics*, vol. 40, 1992, p. 55-84.

- _____, « System Competition and Network Effects », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 8, 1994, p. 93-115.
- Koback, J. B., Jr., « Running the Gauntlet: Antitrust and Intellectual Property Rights », *Antitrust Law Journal*, vol. 64, 1996, p. 341-366.
- Kristiansen, E. G., *R&D in the Presence of Network Externalities: Timing and Compatibility*, document reprographié, Institut d'économie, École d'économie et d'administration des affaires de Norvège, 1995.
- Laurenson, R., « Computer Software 'Article of Manufacture' Patents », *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, vol. 77, 1995, p. 811-824.
- Lemley, M. A., « Convergence in the Law of Software Copyright », *High Technology Law Journal*, vol. 10, 1995, p. 1-34.
- Lopatka, J. E. et W. H. Page, « Microsoft, Monopolization and Network Externalities: Some Uses and Abuses of Economic Theory in Antitrust Decision Making », *The Antitrust Bulletin*, vol. 40, 1995, p. 317-371.
- Matutes, C. et P. Regibeau, « Mix and Match: Product Compatibility Without Network Externalities », *Rand Journal of Economics*, vol. 19, 1988, p. 221-234.
- McMannis, C., « Intellectual Property Protection and Reverse Engineering of Computer Programs in the United States and the European Community », *High Technology Law Journal*, vol. 8, 1993, p. 25-99.
- Menell, P., « Tailoring Legal Protection for Computer Software », *Stanford Law Review*, vol. 39, 1987, p. 1329-1337.
- Morgan, M., « Canadian Copyright and Computer Software: Back to the Future? », *Canadian Intellectual Property Review*, vol. 12, 1995, p. 161-204.
- Ordovery, J., A. Sykes et R. Willig, « Nonprice Anticompetitive Behaviour by Dominant Firms toward Producers of Complementary Products », dans *Antitrust and Regulation: Essays in Memory of John J. McGowan*, publié sous la direction de F. Fisher, MIT Press, Cambridge (Mass.), 1985.
- Ordovery, J. A. et R. D. Willig, « An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation », *Yale Law Journal*, vol. 91, 1981, p. 8-53.
- Paredes, T., « Copyright Misuse and Tying: Will Courts Stop Misusing Misuse? », *High Technology Law Journal*, vol. 9, 1994, p. 271-336.
- Rosen, N., « Intellectual Property and the Antitrust Pendulum: Recent Developments at the Interface Between the Antitrust and Intellectual Property Laws », *Antitrust Law Journal*, vol. 62, 1994, p. 669-694.
- Ross, T. W., « Sunk Costs as a Barrier to Entry in Merger Cases », *University of British Columbia Law Review*, vol. 27, 1993, p. 75-92.
- Saloner, G., « Economic Issues in Computer Interface Standardization », *Economics of Innovation and New Technologies*, vol. 1, 1990, p. 135-156.
- Samuelson, P., « An Entirely New Legal Regime Is Needed », *The Computer Lawyer*, vol. 12, 1995, p. 11-17.
- Samuelson, P., R. Davis, M. D. Kapor et J. H. Reichman, « A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs », *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994, p. 2308-2431.
- Scotchmer, S., « Standing on the Shoulders of Giants », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, 1991, p. 29-41.
- Shapiro, C., « Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, 1995, p. 483-511.

- Shapiro, C. et D. Teece, « Systems Competition and Aftermarkets: An Economic Analysis of Kodak », *Antitrust Bulletin*, vol. 39, 1994, p. 135-162.
- Shepard, A., « Licensing to Enhance Demand for New Technologies », *Rand Journal of Economics*, vol. 18, 1987, p. 360-368.
- Stack, S. J., « Recent and Impending Developments in Copyright and Antitrust », *Antitrust Law Journal*, vol. 61, 1993, p. 331-345.
- Stewart, D., « Patenting of Software-Proposed Guidelines and the Magic Dividing Line that Disappeared », *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, vol. 77, 1995, p. 681-698.
- Thum, M., « Network Externalities, Technological Progress, and the Competition of Market Contracts », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 12, 1994, p. 269-289.
- Trole, J., *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 1988.
- Tritell, R. et G. Metaxas-Maranghidis, « Intellectual Property Rights versus Antitrust: Lessons from Magill », *Journal of Proprietary Rights*, vol. 7, 1995, p. 2-3.
- Warren-Boulton, F., K. Baseman et G. Woroch, « Copyright Protection of Software Can Make Economic Sense », *The Computer Lawyer*, vol. 12, 1995a, p. 18-28.
- , *The Economics of Intellectual Property Protection for Software: The Proper Role for Copyright*, document reprographié, Université de la Californie, Berkeley, 1995b.
- Whinston, M., « Tying, Foreclosure, and Exclusion », *American Economic Review*, vol. 80, 1990, p. 837-859.
- Yoches, E. R., « The Compton's Reexamination - A Sign of the Times », *The Computer Lawyer*, vol. 12, 1995, p. 14-18.

Commentaire

Joseph Farrell
Federal Communications Commission, et
Université de la Californie, Berkeley

LAISSEZ-MOI DÉBUTER PAR LA MISE EN GARDE HABITUELLE : les opinions qui suivent n'engagent que moi-même et peuvent ne pas correspondre à celles de la Federal Communications Commission ou de l'un de ses commissaires.

Le sujet dont traitent Jeffrey Church et Roger Ware dans leur étude est la relation qui existe entre les effets de réseau et la propriété intellectuelle, une question sur laquelle j'ai également travaillé. Mais, aujourd'hui, plutôt que de traiter des *interactions* entre les effets de réseau et la propriété intellectuelle, je voudrais faire valoir qu'il y a une *analogie* très étroite entre ces deux éléments.

Je commencerai par poser la question familière : Pourquoi ce bien diffère-t-il de tous les autres biens ? La réponse classique est que la propriété intellectuelle, contrairement aux autres biens, se caractérise par une absence de rivalité technologique (un peu comme un rhume : je peux vous le donner tout en l'ayant encore moi-même), mais qui peut faire l'objet d'une exclusion (si je

décide de ne pas vous la céder, alors pourvu que la technologie et la loi m'ap-
puient en ce sens, vous ne l'aurez pas). Ainsi, la propriété intellectuelle diffère
de la défense nationale où il n'est pas possible pour une personne d'en profiter
sans qu'une autre en profite du même coup.

Mais ces caractéristiques ne rendent pas unique la propriété intellectuelle.
Plusieurs autres biens peuvent se prêter à une exclusion tout en ne comportant
pas de rivalité sur le plan technologique. À titre d'exemple, les externalités de
réseau ne supposent pas de rivalité technologique au sens où, si nous atteignons
la compatibilité, nous pouvons réaliser l'interconnexion et partager les exter-
nalités du réseau. Incidemment, il y a mieux que l'absence de rivalité dans ce
cas : lorsque nous partageons un réseau, nous en tirons tous deux avantage. On
peut dire la même chose des économies d'échelle. Si nous mettons en commun
notre production, alors nous avons ensemble une plus grande échelle, ce qui
veut dire que nous profitons tous deux de plus grandes économies d'échelle. Il
en va de même des économies de densité. Si nous mettons en commun une
chose qui comporte des économies de densité, alors nous devenons tous les
deux plus efficaces. Par ailleurs, les externalités de réseau et les économies de
densité et d'échelle ne se prêtent pas à une exclusion.

Pour illustrer comment certaines de ces notions s'appliquent au domaine
des télécommunications, où je passe la plus grande partie de mon temps à
l'heure actuelle, envisageons deux réseaux : le premier, relativement grand et
comptant neuf abonnés, c'est-à-dire trois commutateurs comptant trois abon-
nés chacun, et un autre réseau, relativement petit, qui ne compte que trois
abonnés et un commutateur. Vous remarquerez ici deux points :

- Compte tenu de la répartition un peu aléatoire des trois abonnés du
petit réseau dans la région, les boucles ou les lignes que le petit réseau
doit fournir pour les raccorder au commutateur sont plus longues que
la boucle moyenne fournie par le réseau de plus grande taille. Il y a ici
une économie de densité : si vous avez un plus grand nombre d'abon-
nés dans une région donnée, alors en raison du coût fixe de mise en
place des commutateurs et des boucles moins longues, votre coût
moyen sera inférieur.
- En l'absence d'interconnexion, les trois abonnés du petit réseau ne
peuvent converser qu'entre eux, tout comme les neufs abonnés du gros
réseau ne peuvent converser qu'entre eux. Donc, s'il n'y a pas d'inter-
connexion, les économies de densité et les externalités de réseau font
non seulement l'objet d'une exclusion mais se trouvent exclues.

Il n'est pas nécessaire qu'il en soit ainsi. Comme dans le cas de la propriété
intellectuelle, c'est un choix de politique qui détermine si l'exclusion peut être
utilisée comme instrument de concurrence. Partager des externalités de réseau
et des économies de densité n'a pas pour effet de les diminuer. Cela n'est donc
pas comme la pizza. C'est plutôt comme l'information, comme la propriété

intellectuelle. Mieux en fait, parce que non seulement le fait de partager ces éléments ne leur enlève rien, mais cela tend à les accroître.

Cependant, si l'inefficacité frappe plus durement le petit fournisseur de services (comme c'est souvent le cas), cela n'enlève rien à l'avantage concurrentiel que procure à l'entreprise dominante le fait de ne pas partager. Par conséquent, lorsqu'elle est permise, la pratique ou la menace de pratiquer l'exclusion est un instrument de concurrence naturel.

La question devient alors : Dans quelles circonstances l'exclusion devrait-elle constituer un instrument de concurrence légitime ? Dans le cas de la propriété intellectuelle, il y a des règles spéciales qui servent à définir quand l'exclusion est appropriée et quand elle ne l'est pas. Pour prendre un exemple très simple, dans le cas d'une innovation brevetable qui ne comporte pas de complications cumulatives, on juge que l'exclusion est appropriée pour les 17 premières années et non appropriée par la suite.

Qu'en est-il des autres éléments d'efficacité ne comportant pas de rivalité technologique mais pouvant faire l'objet d'une exclusion, que j'ai mentionnés précédemment ? Eh bien, dans le cas des externalités de réseau, il n'y a pas de politique générale indiquant dans quelles circonstances l'exclusion pourrait constituer un instrument de concurrence légitime. Il en va de même des économies de densité ou des économies d'échelle.

Nous disposons de règles spéciales dans le cas de la propriété intellectuelle qui sont assez bien développées et qui ont été abondamment étudiées. Par contre, dans le cas des autres biens ne comportant pas de rivalité technologique et pouvant faire l'objet d'une exclusion, nous ne disposons pas d'un ensemble bien développé de règles qui nous permettrait de dire dans quels cas l'exclusion constitue un instrument de concurrence légitime et dans quels cas elle ne l'est pas.

En février, la *Telecommunications Act* a été adoptée. Mon interprétation des dispositions de cette loi qui ont trait à l'interconnexion est qu'elles considèrent l'exclusion non appropriée comme instrument de concurrence pour certains aspects de l'industrie du téléphone. À mon avis, cela ne veut pas dire que l'exclusion des économies ne comportant pas de rivalité technologique mais pouvant faire l'objet d'une exclusion soit inappropriée dans tous les cas. Incidemment, l'analogie avec la propriété intellectuelle fait ressortir clairement qu'une telle approche serait peu avisée. De même, si l'on partageait communément les économies d'échelle, nous nous retrouverions dans une économie fort différente. Mais je pense que la *Telecommunications Act* reconnaît que cette pratique est actuellement appropriée pour certains aspects des télécommunications. Cela me semble un point de vue assez raisonnable : il s'est écoulé beaucoup plus que 17 ans depuis l'époque d'Alexander Graham Bell, ce qui signifie que les effets d'incitation *ex ante* se sont sensiblement dissipés.

Non seulement l'exclusion a-t-elle été déclarée non appropriée comme instrument de concurrence dans le secteur des télécommunications, mais il en va de même de la menace de recourir à l'exclusion – qui est beaucoup plus difficile et complexe à mettre en oeuvre. Que veut dire ici la « menace implicite

d'exclusion » ? Eh bien, cela nous ramène à la façon dont sont menées les négociations. Il est important de savoir que les questions d'interconnexion dans le domaine des communications ne sont habituellement pas exprimées de la façon dont elles le sont dans l'industrie de l'informatique.

Dans cette dernière industrie, il semble assez courant que les entreprises décident que leur produit ne sera pas compatible avec celui de l'entreprise X. Dans les télécommunications, cela semble assez rare. Plutôt, la question est habituellement posée en ces termes : Oui, nous allons assurer l'interconnexion avec l'entreprise X, mais aux conditions suivantes. Ainsi, nous sommes passés d'une décision « oui/non » (comme l'ont évoqué Jeffrey Church et Roger Ware et comme j'en ai traité ailleurs) à une décision axée sur les prix.

Cela rend l'intervention beaucoup plus complexe parce que si un fournisseur concurrent utilise les installations de l'entreprise déjà établie – comme cela se fait dans le contexte de l'interconnexion et, en particulier, du dégroupage des services – l'entreprise établie doit assumer certains coûts réels. Celle-ci ne devrait pas nécessairement avoir à offrir l'interconnexion gratuitement. La question devient alors : À quel prix ?

Les études publiées dans cet ouvrage s'interrogent sur le rôle que doit jouer la politique de concurrence ou la politique en matière de propriété intellectuelle à ce niveau. Je dois poser la question suivante : Où se situent les responsables de la réglementation dans ce débat ? Il me semble qu'une certaine réglementation interviendra souvent à l'égard de ces prix, parce que si la menace de refuser l'interconnexion ne constitue pas un instrument de concurrence légitime, alors des négociations menées en l'absence de tout cadre structuré avec comme résultat par défaut l'absence d'interconnexion ne mèneront pas non plus aux résultats recherchés.

Si vous êtes de cet avis, alors vous reconnaîtrez que les responsables de la réglementation doivent intervenir au moins de manière à fournir un cadre aux négociations. Certains vous diront que l'expérience de la Nouvelle-Zélande représente une situation où les autorités ont décidé de demeurer à l'écart et que les négociations portant sur l'interconnexion se sont déroulées essentiellement à l'ombre de la législation sur la concurrence. Selon mon interprétation, cela n'est pas tout à fait exact parce que les autorités avaient fait savoir que si les choses ne tournaient pas bien, les responsables de la réglementation interviendraient.

Ce débat représente une vision de ce que les responsables des politiques aux États-Unis tentent de faire sur la question de l'interconnexion. En déclarant que l'exclusion ne constitue pas un instrument de concurrence légitime et en appliquant un certain nombre d'autres règles et de règlements sur la façon dont les rapports entre les entreprises établies et les nouveaux fournisseurs devraient être régis, nous tentons de transformer une industrie qui pourrait se caractériser par un monopole naturel en une industrie de monopole non naturel. Ayant accompli cela, nous espérons que nous pourrions prendre du recul et observer l'entrée réussie de nouveaux acteurs et une concurrence durable qui auront pour effet de créer un non-monopole naturel.



Partie III

*Examen comparatif
des grandes questions de politique*



La politique de concurrence, la propriété intellectuelle et l'intérêt du consommateur

INTRODUCTION

OBJET ET APPROCHE

DANS CETTE ÉTUDE, NOUS VOULONS EXAMINER LE DÉBAT sur l'interaction entre la politique de concurrence et la propriété intellectuelle dans l'optique du consommateur, en définir les enjeux et proposer un programme de recherches et de formulation de politiques. Il est à espérer qu'en apportant des précisions sur cette dimension d'un problème déjà complexe, nous contribuerons à orienter les travaux des spécialistes du domaine de la politique de concurrence et de la propriété intellectuelle, des défenseurs des intérêts des consommateurs et d'autres responsables des politiques pour les années à venir.

La politique de concurrence, les droits de propriété intellectuelle et les intérêts des consommateurs sont des domaines qui soulèvent tout un ensemble de questions complexes et d'éléments d'interaction et de friction sur le plan des politiques. Dans ce qui suit, nous ne ferons qu'effleurer un ensemble de questions complexes qui, à notre avis, confondront dans un avenir prévisible les responsables des politiques, les innovateurs et les créateurs, les producteurs de biens et de services, les spécialistes en marketing, ainsi que les consommateurs et leurs représentants.

Notre exposé s'inspire d'un survol des écrits dans ce domaine et d'une intégration des travaux passés et actuels de l'auteur et d'autres analystes au cours de la dernière décennie, y compris :

- la compilation faite par Consommation et Affaires commerciales Canada il y a environ six ans des résultats de l'enquête de Price Waterhouse sur l'utilisation des droits de propriété intellectuelle par les entreprises canadiennes, et le travail d'élaboration de politiques effectué par le ministère en vue des négociations consacrées aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)

qui se sont déroulées au moment de l'Uruguay Round, de concert avec des travaux plus récents de la Direction générale de la gestion intégrée d'Industrie Canada, qui s'appuient sur cette analyse pour la pousser plus loin;

- des analyses de l'auteur et de plusieurs autres au cours des cinq dernières années sur l'interdépendance de la politique de concurrence et d'autres secteurs de politiques, y compris la propriété intellectuelle, l'innovation et les politiques commerciales et industrielles;
- des travaux du Bureau de la consommation (BC) et des organismes qui l'ont précédé, du Bureau de la concurrence, de la Direction générale de la gestion intégrée d'Industrie Canada, de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et d'autres groupes portant sur les liens entre la politique de concurrence, la propriété intellectuelle et l'intérêt du consommateur;
- des enquêtes du gouvernement fédéral et de CAC sur la biotechnologie, la propriété intellectuelle et le consommateur, réalisées par Les conseillers Optima, CROP Environics et d'autres (ces travaux se poursuivent et englobent des recherches à l'aide de groupes de discussion sur des questions écologiques et agricoles et des applications de la biotechnologie entreprises durant la première moitié de 1996, au moment où cette étude était en voie de réalisation, ainsi que le programme de recherche actuel du BC sur la biotechnologie, le consommateur et le marché canadien);
- des travaux récents du BC sur l'innovation, des stratégies structurelles axées sur les lois et les politiques de protection du consommateur, ainsi que sur le marché et l'économie de l'information, avec un accent particulier mis sur les répercussions de l'Internet et d'autres aspects de l'inforoute sur les marchés, la concurrence et le comportement des consommateurs.

L'auteur a aussi profité grandement d'un examen des versions préliminaires de plusieurs études produites dans le cadre du programme d'études du Bureau de la concurrence et l'Université de Toronto.

Le reste de l'étude est structuré de la façon suivante. Dans la prochaine partie, nous donnons un aperçu de la mesure dans laquelle la politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle servent les intérêts des consommateurs. Nous examinons ensuite certaines difficultés qui surviennent lorsqu'on essaie d'intégrer l'optique du consommateur au débat sur la politique de concurrence et la propriété intellectuelle. Les valeurs des consommateurs évoluent rapidement, présentant ainsi une cible mobile pour les responsables des politiques; en outre, elles diffèrent fondamentalement suivant l'âge du consommateur, son statut socio-économique, sa localisation géographique et ses

attitudes face aux dangers et aux possibilités qui se rattachent aux nouvelles technologies stratégiques. La complexité du point de vue du consommateur milite en faveur d'une sensibilité nouvelle et d'approches novatrices en vue de déterminer les préoccupations des consommateurs et de s'assurer que leur diversité soit pleinement reconnue dans la formulation des politiques.

Dans la dernière partie, nous livrons certaines réflexions sur les politiques gouvernementales et la poursuite des travaux de recherche dans les années à venir. Trois appendices s'ajoutent à l'étude – l'une sur le contexte et le cadre analytique de notre étude, l'autre sur les problèmes et les conflits que soulève l'économie de l'information sur le plan des politiques, et la dernière sur les problèmes que pourraient susciter les préoccupations des consommateurs à court et à moyen terme dans le domaine de la propriété intellectuelle.

POINTS SAILLANTS

ÉTANT DONNÉ L'IMPORTANCE DÉCROISSANTE DU MOUVEMENT des consommateurs et de l'attention de moins en moins grande accordée aux problèmes de consommation ces dernières années, pourquoi importe-t-il de ménager une place à l'optique du consommateur dans l'étude du lien entre la politique de concurrence et la propriété intellectuelle (PI) ? Premièrement, l'intérêt du consommateur est mis en relief dans la disposition relative à l'objet de la *Loi sur la concurrence* et il figure bien en vue dans de nombreux aspects de la législation sur la PI – notamment, la notion de substitution dans la législation sur les marques de commerce. Deuxièmement, la collectivité des consommateurs semble souvent mal organisée mais, lorsqu'elle se mobilise, elle peut provoquer des changements économiques et politiques importants sur une échelle que des groupes intéressés par la législation sur la concurrence et la PI, mieux organisés mais plus restreints, ne sont pas en mesure d'obtenir.

La thèse centrale de notre étude est que lorsque les consommateurs prennent des décisions en matière d'achat, ils se préoccupent beaucoup plus que des questions de prix, de qualité et de choix – le champ traditionnel de la politique de concurrence. Ils tiennent également compte d'aspects politiques et sociaux, de considérations relatives à leur « mode de vie » et de questions de portée plus générale. Cette situation soulève de nouveaux défis tant pour les spécialistes en marketing du secteur privé que pour les décideurs du secteur public, y compris ceux qui s'intéressent à la politique de concurrence et à la propriété intellectuelle. Comme nous l'indiquons dans l'appendice A, ces défis mettent en cause une combinaison variée d'éléments :

- des externalités, comme des lacunes informationnelles et d'autres imperfections du marché, qui sont prises en considération dans les travaux économiques et, jusqu'à un certain point, dans la législation

actuelle sur la concurrence et la politique en matière de propriété intellectuelle;

- des critères non économiques plus généraux – équité, éthique, justice naturelle, justice distributive et paternalisme – qui, normalement, n'entrent pas dans le champ de la législation sur la concurrence et de la propriété intellectuelle, mais qui continuent de soulever l'inquiétude des responsables des politiques dans les provinces, au niveau fédéral, et de plus en plus chez les participants à des forums internationaux (comme l'indique l'intérêt croissant à l'égard de l'environnement, des droits de la personne et des droits des travailleurs dans les négociations commerciales internationales).

Avec l'accent qu'elle met sur les marchés concurrentiels, le bien-être des consommateurs, le choix au niveau des produits et l'efficacité économique globale, la politique de concurrence est généralement favorable aux intérêts des consommateurs. Les intérêts des consommateurs canadiens sont aussi bien servis, dans l'ensemble, par une législation et une application efficace des droits de propriété intellectuelle, ce qui découle en partie des efforts faits par les gouvernements au Canada pour équilibrer les intérêts des parties au moment d'élaborer la législation et la politique en matière de PI. Toutefois, des frictions peuvent survenir entre, d'une part, les politiques de concurrence et de PI et, de l'autre, l'optique des consommateurs. Ces frictions peuvent découler du fait que la législation sur la concurrence met l'accent sur l'efficacité totale, tandis que les lois sur la propriété intellectuelle visent le processus d'innovation et les besoins des inventeurs et des créateurs, en laissant aux consommateurs et à leurs représentants des ressources et des possibilités limitées pour exercer une influence sur ces lois, par rapport aux ressources et aux contacts plus vastes des milieux d'affaires et des créateurs au Canada. De plus, comme les questions de propriété intellectuelle et de concurrence ont une portée mondiale, des interventions à l'échelle internationale seraient nécessaires de la part des groupements de consommateurs mais leur expérience au niveau des alliances internationales stratégiques a été limitée jusqu'à ce jour.

L'interdépendance entre les deux domaines de politiques et l'intérêt du consommateur se complique davantage en raison de la diversité des points de vue des consommateurs. Par rapport au consommateur moyen d'il y a 30 ans, son homologue actuel est, en moyenne, mieux scolarisé et mieux renseigné, plus autonome et mieux conscient de ses valeurs; son optique est davantage tournée vers la scène internationale et il est moins enclin à accepter d'emblée les demandes de l'État, de l'industrie et des « élites ». Par ailleurs, les divergences entre les groupes de consommateurs sont peut-être tout aussi importantes que la norme elle-même, témoignant ainsi d'une meilleure reconnaissance du « consommateur vulnérable », avec ses connaissances et son autonomie fonctionnelle limitées, des écarts croissants de revenu et de pouvoir d'achat entre

les consommateurs, ainsi que les différences entre régions, entre zones urbaines et rurales et au niveau de la pyramide démographique (liées en partie au phénomène de l'immigration).

Les attitudes des consommateurs varient aussi en fonction des risques et des avantages des nouvelles technologies. Par exemple, la biotechnologie peut apporter d'immenses avantages à l'industrie, aux consommateurs et à l'ensemble de l'économie. Toutefois, les recherches faites à partir d'enquêtes et de groupes de discussion par le gouvernement fédéral et d'autres indiquent que, même s'il y a une certaine sensibilisation de la population, la technologie et ses répercussions ne sont pas bien comprises de façon générale. Voici les questions soulevées dans ce contexte :

- l'étiquetage des nouveaux aliments génétiquement modifiés;
- la qualité et la crédibilité de l'information publique;
- la mesure dans laquelle les processus réglementaires sont compris, qu'ils ont l'entière confiance du public et qu'ils peuvent tenir compte de considérations d'ordre moral et d'autres aspects de plus vaste portée;
- les préoccupations que soulève le brevetage de formes de vie sur le plan de l'éthique;
- les interrogations au sujet de ceux qui retirent les avantages, qui supportent les coûts et qui assument les risques des nouvelles technologies.

Par rapport à la biotechnologie, les nouvelles technologies de l'information soulèvent un ensemble de questions différentes, mais complexes, en rapport avec la protection du droit d'auteur, la protection des renseignements personnels, la fraude contre les consommateurs et les risques d'utilisations abusives du pouvoir de marché. Mais il est nécessaire, dans les deux cas, de mieux comprendre les effets de ces technologies habilitantes – y compris les questions d'ordre économique et éthique qu'elles posent – sur le comportement des marchés, leur structure et leurs résultats.

Nous abordons ensuite les questions relatives à la recherche future et aux orientations stratégiques. Les travaux du Bureau de la consommation et d'autres organismes soulignent l'importance de la recherche en sciences sociales, de l'analyse fondée sur des groupes de discussion, des enquêtes longitudinales et d'autres techniques de sondage, qui permettent de mieux préciser l'optique des consommateurs dans toute sa complexité, sa diversité et sa perversité. Cette démarche est nécessaire pour appuyer les stratégies des entreprises et la formulation de politiques publiques, notamment à l'égard des technologies nouvelles. Par ailleurs, la recherche en sciences sociales devrait s'accompagner de travaux de recherche plus théoriques qui accorderaient l'attention nécessaire au point de vue des consommateurs et fourniraient une rétroaction aux producteurs et aux spécialistes en marketing en faisant appel à des modèles fondés, entre autres, sur l'organisation industrielle, la théorie des jeux et la théorie de la croissance endogène.

Nous faisons valoir aussi que les responsables de la politique de concurrence devront explorer des techniques d'analyse et des interprétations plus souples et mieux adaptées de la perspective des consommateurs et des gains d'efficacité dynamiques par rapport aux gains d'efficacité statiques. Cela pourrait vouloir dire d'adapter aux fins de la politique antimonopole les progrès de l'analyse avantages-coûts réalisés et appliqués, entre autres, par la Banque mondiale. De plus, les responsables de la politique de concurrence et de la propriété intellectuelle devront envisager des moyens d'élargir les possibilités qui s'offrent aux consommateurs et à leurs représentants d'influencer les priorités administratives et la formulation des politiques. Pour leur part, les associations de consommateurs et d'autres organisations non gouvernementales (ONG) devront mieux étayer leurs recherches et formuler leurs revendications en matière de politiques, en plus de conclure des alliances plus efficaces avec d'autres groupes, y compris des organismes du secteur privé.

Tout cela se déroulera dans un contexte mondial où les frontières du passé entre les sciences, le commerce, l'économie et l'éthique sont en voie de disparaître. Le débat entre ces différents univers se poursuit simultanément parmi les intervenants sur le marché, les responsables de l'élaboration des politiques nationales et les participants aux forums internationaux, et il contribuera à définir le contexte plus vaste dans lequel s'inscriront la politique de concurrence, les droits de propriété intellectuelle et l'optique des consommateurs au cours des années à venir.

POLITIQUE DE CONCURRENCE, PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET INTÉRÊT DU CONSOMMATEUR

La COMPRÉHENSION DES LIENS ET DES TENSIONS possibles entre les trois ensembles de lois devrait reposer au départ sur la reconnaissance que les législations en matière de concurrence, de propriété intellectuelle et de consommation ont des origines communes, dans le contexte des régimes d'encadrement du marché et des pratiques commerciales loyales. La tâche de promouvoir les intérêts des consommateurs et de les protéger lorsque les marchés ne parviennent pas à le faire est essentielle non seulement pour les lois de protection du consommateur, mais aussi pour divers aspects des lois sur la propriété intellectuelle (par exemple, la substitution de marques de commerce, l'utilisation équitable du droit d'auteur) et sur la concurrence (entre autres, les règles concernant la publicité trompeuse et d'autres pratiques commerciales douteuses).

Il y a aussi d'importants chevauchements entre les trois champs législatifs. Des mesures visant à interdire la publicité trompeuse et les fausses présentations peuvent se retrouver tant dans la législation sur la concurrence que dans celle sur la consommation au Canada et à l'étranger; en outre, les deux ensembles de lois sont souvent administrés par le même organisme. L'interdiction de l'utilisation abusive de la propriété intellectuelle se retrouve dans plusieurs lois sur la con-

currence et des dispositions régissant les pratiques commerciales déloyales et anticoncurrentielles figurent dans les conventions sur la PI de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). Étant donné les origines et les objectifs communs de ces lois et leurs chevauchements, les frontières entre le droit de la concurrence, celui de la propriété intellectuelle et celui de la consommation sont dans une certaine mesure artificielles.

LA POLITIQUE DE CONCURRENCE ET LE CONSOMMATEUR

POUR DES RAISONS ÉVIDENTES, la politique de concurrence (y compris la législation sur la concurrence) sert bien l'intérêt du consommateur dans plusieurs et peut-être même dans la majorité des circonstances, étant donné l'accent qu'elle met sur des marchés concurrentiels, le bien-être des consommateurs et l'efficacité économique². Au Canada, le lien peut-être le plus direct avec l'intérêt du consommateur est celui qui ressort des dispositions de la *Loi sur la concurrence* régissant les pratiques commerciales, qui visent à appliquer des règles du jeu équitables aux entreprises dans les domaines de la publicité, des garanties, de la mise en rapport, de la vente et d'autres activités de promotion, tout en protégeant les consommateurs contre la publicité trompeuse et d'autres pratiques commerciales déloyales. Plusieurs autres articles de la *Loi sur la concurrence* et de la législation en matière de concurrence des autres instances gouvernementales – y compris les articles portant sur les complots, les abus de position dominante et l'examen des fusions – visent surtout, en principe et en pratique, à assurer le maintien de prix concurrentiels et d'un choix au niveau des produits pour les consommateurs et les autres utilisateurs.

Des prix moins élevés et un plus vaste choix pour le consommateur sont aussi les grands principes qui ont inspiré les multiples présentations faites au cours des années par le Directeur des enquêtes et recherches du Bureau de la concurrence devant des offices de réglementation et des tribunaux, dans les domaines des transports, des télécommunications et de l'inforoute, de l'électricité et d'autres questions énergétiques, des services financiers et du commerce international³. De plus, le Bureau collabore étroitement depuis de nombreuses années avec d'autres directions générales et divisions d'Industrie Canada et d'autres organismes et ministères fédéraux, ainsi qu'avec des gouvernements provinciaux et des groupes non gouvernementaux dans le but de s'assurer que leurs politiques favorisent des marchés concurrentiels, l'efficacité économique et les intérêts des consommateurs et des autres intervenants sur le marché. Bref, l'amélioration du bien-être du consommateur figure au cœur même de la législation sur la concurrence, des mesures d'application de la loi et de la promotion de la politique de concurrence au Canada et à l'étranger.

Toutefois, étant donné la stratégie d'efficacité globale sur laquelle repose la législation canadienne⁴, il existe au moins la possibilité que le Bureau ne

contestera pas certaines pratiques commerciales comme des fusionnements, des positions dominantes, des coentreprises de recherche-développement (R-D), des restrictions territoriales et des modalités d'intégration verticale connexes⁵ si elles s'accompagnent de gains d'efficacité importants pour les producteurs et l'ensemble de l'économie, même si elles peuvent réduire le bien-être du consommateur. En outre, les responsables de la politique de concurrence seront peut-être enclins à accepter une extension de la durée et de la portée des brevets et des pratiques plus restrictives en matière d'octroi de licences et de modalités d'intégration verticale que les consommateurs ne seraient disposés à le faire en fonction d'un critère rigoureux de bien-être.

Par ailleurs, les possibilités de conflit entre la législation sur la concurrence et la perspective des consommateurs peuvent jouer en sens inverse. Les consommateurs pourraient être disposés à accepter un fusionnement, une alliance stratégique, un accord de licence ou l'utilisation abusive d'une position dominante ou de la propriété intellectuelle qui risquerait d'entraîner des pertes à court terme sur le plan du bien-être et de l'efficacité économique globale s'il pouvait en résulter, à long terme, des percées majeures sur les plans de la technologie et de produits nouveaux⁶.

Pour des raisons de cohérence, de transparence et de crédibilité, les organismes chargés d'appliquer la politique de concurrence ont traditionnellement été forcés d'employer des critères de concurrence et d'efficacité semblables et d'appliquer des taux d'escompte comparables aux avantages et aux coûts futurs ainsi qu'à tous les participants sur le marché – qu'ils soient grands ou petits ou qu'il s'agisse d'un inventeur ou du consommateur final – dans toutes leurs activités d'application des dispositions législatives. Toutefois, les critères d'efficacité et autres ainsi que les taux d'escompte employés par les consommateurs et les autres intervenants peuvent varier considérablement selon les circonstances, la question soulevée sur le plan de la politique, l'attention accordée par les médias, la perception du public et les préoccupations en matière de répartition, de justice et d'équité qui se posent dans chaque cas.

En somme, les consommateurs peuvent être disposés dans certaines circonstances à accepter un compromis moins rigoureux et plus favorable que ce que la législation sur la concurrence a traditionnellement permis entre, d'une part, les pertes d'efficacité statiques à court terme (et la création de rentes monopolistiques à court terme) et, d'autre part, les gains d'efficacité dynamiques, afin d'atteindre un objectif de politique de plus vaste portée lié aux droits de la personne, à l'environnement, aux sciences médicales et, plus généralement, au progrès technologique. Cela fait appel au critère socio-économique plus vaste que nous examinons dans l'appendice A. Pour des raisons semblables, les consommateurs et le grand public peuvent être disposés à accepter une extension de la durée et de la portée des brevets dans des cas où ces attributs pourraient mener à une percée majeure sur le plan médical ou scientifique.

Dans un contexte plus général, des frictions peuvent survenir entre les principes fondamentaux de la législation sur la concurrence et ses pratiques et l'évolution de l'intérêt du consommateur (comme nous le décrivons plus loin dans l'étude et dans l'appendice A). La disposition relative à l'objet de la *Loi sur la concurrence* englobe plusieurs autres principes qui vont au delà de la promotion de l'efficacité économique et de la souplesse et de la capacité d'adaptation de l'économie canadienne, ainsi que du maintien de prix concurrentiels et d'un choix de produits pour les consommateurs. Elle vise aussi à élargir les possibilités de participation du Canada aux marchés mondiaux, tout en reconnaissant du même coup le rôle de la concurrence étrangère au Canada, et à faire en sorte que les petites et moyennes entreprises aient une chance équitable de participer à l'activité économique au Canada.

Ces principes supplémentaires ne sont pas nécessairement incompatibles avec l'efficacité économique, les marchés concurrentiels et l'intérêt du consommateur⁷, mais il peut y avoir au moins une possibilité théorique de conflit et de compromis qui iraient à l'encontre de l'intérêt du consommateur⁸. Il convient aussi de souligner que les calculs du surplus du consommateur en tant que mesure du bien-être ne tiennent pas toujours compte de certains aspects comme la sécurité des produits, l'information du consommateur, la protection des renseignements personnels, les recours des consommateurs et d'autres préoccupations qui commencent à faire partie d'une fonction d'utilité du consommateur de plus en plus complexe.

Peut-être plus important encore, les organismes chargés de surveiller la concurrence doivent considérer l'intérêt du consommateur et mesurer son bien-être à l'échelle globale. Ils ne disposent pas des renseignements et du mandat qui leur permettraient de profiter de la richesse et de la diversité de la perspective des consommateurs (une question que nous abordons plus loin dans l'étude) de façon à attribuer différents facteurs de pondération aux divers groupes de consommateurs. Ainsi, on pourrait soutenir que les responsables de la concurrence et d'autres autorités devraient accorder plus d'attention aux consommateurs qui accordent une importance particulière à certaines questions comme le brevetage de formes de vie, la protection de l'environnement ou la concentration du pouvoir des sociétés et de la richesse des familles au Canada. Toutefois, les organismes chargés de protéger la concurrence hésiteraient à porter des jugements de valeurs dans ces domaines⁹. Par conséquent, ces questions complexes relèvent généralement de la compétence d'autres secteurs de politiques, dont ceux qui régissent les droits de propriété intellectuelle, la législation fiscale, la législation sur les lobbyistes, ainsi que la législation et les politiques de protection du consommateur.

D'autres raisons, de nature plus légaliste et administrative, expliquent aussi pourquoi les consommateurs et leurs représentants peuvent parfois douter qu'ils sont bien servis par la législation et les institutions canadiennes vouées au maintien de la concurrence. Le débat reste ouvert sur la question de savoir si les consommateurs profitent suffisamment des dispositions à caractère criminel ou

pénal de la *Loi sur la concurrence* lorsqu'on tient compte du lourd fardeau de la preuve nécessaire pour obtenir une condamnation dans les cas de complots, de manipulations frauduleuses des appels d'offres, de pratiques commerciales déloyales et de fixation des prix de détail.

On a tenu compte en partie de cette préoccupation lors des modifications apportées à la loi en 1986, qui ont mené à la création du Tribunal de la concurrence chargé de juger certaines affaires comme les fusionnements, les abus de position dominante, les refus de faire le commerce et d'autres restrictions verticales n'affectant pas les prix, en se fondant sur les pratiques du droit administratif et civil. Les modifications de 1986 étaient fondées sur la notion selon laquelle le fait de permettre l'examen de ces questions par un tribunal contribuerait à un meilleur respect de la loi et du bien-être du consommateur à cause de la probabilité plus élevée d'une condamnation dans ce contexte qu'en vertu de dispositions criminelles. En misant sur le succès remporté suite à l'adoption de ces pratiques examinables, le Bureau de la concurrence évalue actuellement la possibilité d'étendre ces dispositions pour y inclure les pratiques commerciales ne comportant pas un élément de fraude criminelle.

Certains intervenants et commentateurs de la politique de concurrence ont soutenu que, sauf pour les cas de fixation de prix à la production et d'accords de partage du marché, les alliances stratégiques et d'autres arrangements à caractère horizontal offrant la possibilité de gains d'efficacité assez importants pour pouvoir compenser toute perte de bien-être du consommateur devraient être considérés comme des pratiques examinables nécessitant un critère d'efficacité totale¹⁰. Toutefois, cette possibilité n'est pas à l'étude dans la ronde de modifications que le Bureau de la concurrence et le gouvernement envisagent à l'heure actuelle.

Ceci nous amène à examiner un deuxième problème dans l'optique du consommateur : les dispositions à caractère pénal de la *Loi sur la concurrence* prévoient le recours à des poursuites privées¹¹, mais le Directeur des enquêtes et recherches détient un pouvoir de monopole sur le renvoi des cas examinables au Tribunal de la concurrence. L'apport des consommateurs et de leurs représentants se limite à des plaintes et à des demandes transmises au Directeur et à son personnel, ainsi qu'à la possibilité de se prévaloir du droit de comparaître lorsque des cas précis sont examinés par le Tribunal – une possibilité, soit dit en passant, que les entreprises, les associations industrielles et les conseillers juridiques du secteur privé souhaiteraient voir soumise à de fortes restrictions. De plus, les pénalités imposées à l'heure actuelle en vertu des dispositions régissant les cas examinables se limitent à des ordonnances d'interdiction, à des dessaisissements et à d'autres correctifs non financiers. Par conséquent, même si un groupe de consommateurs avait la possibilité de renvoyer une question examinable au Tribunal de la concurrence, il est loin d'être évident qu'il serait incité à le faire.

Étant donné l'utilisation de plus en plus fréquente des poursuites en recours collectif et de paiements proportionnels aux résultats, l'élimination du

monopole du Directeur sur les questions examinables pourrait offrir d'immenses possibilités aux associations de consommateurs de promouvoir les intérêts de leurs membres et d'obtenir du Tribunal des jugements qui les aideraient à financer leurs activités futures en faveur de la concurrence et du consommateur. Les options à cet égard ont été examinées dans le document de travail produit par le Bureau de la concurrence en 1995 et lors des consultations subséquentes sur les modifications à la loi, mais elles ne furent pas incorporées au projet de modifications déposé par la suite devant le Parlement.

Le problème ultime auquel sont confrontés les consommateurs et leurs représentants pour influencer l'orientation et la mise en application de la *Loi sur la concurrence* se situe à l'extérieur du champ de la législation sur la concurrence et des institutions au Canada. Il s'agit du problème relié à la faiblesse du mouvement des consommateurs au Canada et au manque de consensus et de compréhension au sein de ce mouvement sur l'importance de marchés concurrentiels et de l'application efficace de la législation sur la concurrence dans le but de promouvoir le bien-être du consommateur.

LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET LE CONSOMMATEUR

DES TRAVAUX DE RECHERCHE RÉALISÉS par Consommation et Corporations Canada il y a quelques années¹² – et, subséquemment, par Industrie Canada, Statistique Canada¹³ et d'autres organismes – ont mis en relief l'importance des droits de propriété intellectuelle (DPI) pour la performance de l'industrie, les pratiques commerciales, le développement culturel, les transferts de technologie, le commerce bilatéral du Canada, ainsi que pour atteindre un plus vaste éventail d'objectifs en matière de politiques. Comme on pouvait s'y attendre, l'utilisation des DPI et les intérêts liés à la propriété intellectuelle varient considérablement selon le secteur industriel et la taille de l'entreprise. Les grandes entreprises canadiennes qui utilisent des technologies de pointe, possèdent d'importants budgets de R-D et vendent beaucoup à l'étranger, font une utilisation intensive des DPI. Mais, les recherches ont indiqué que les DPI sont importants aussi pour les entreprises de plus petite taille, qui utilisent des technologies moins avancées et desservent surtout le marché canadien.

Les recherches et les consultations qui se sont déroulées au même moment indiquent aussi que, parce que le Canada est un importateur net de biens intégrant des DPI, les dirigeants des entreprises canadiennes sont préoccupés par les niveaux tant excessifs qu'insuffisants des normes et des mesures d'application liées à la PI. Plus précisément, plusieurs groupes ont exprimé leur inquiétude au sujet des effets néfastes possibles sur la recherche et l'éducation au Canada d'une protection excessive de la PI à l'échelle mondiale. De petites entreprises, des organisations de consommateurs et d'autres groupes non gouvernementaux ayant des ressources limitées ont aussi fait part de leurs préoccupations concernant le coût élevé des procédures judiciaires liées à la propriété

intellectuelle. Bref, les opinions sur la propriété intellectuelle diffèrent entre les groupes et les secteurs industriels et il y aurait peut-être lieu pour certains segments de la communauté d'affaires et des ONG, y compris les regroupements de consommateurs, de conclure des alliances concernant les questions de PI.

Traditionnellement, les gouvernements canadiens ont tenté de maintenir un équilibre adéquat entre les droits et les obligations des créateurs, des utilisateurs, de l'industrie et des consommateurs dans leurs efforts en vue d'élaborer, de moderniser et d'appliquer les lois sur la PI. De même, par rapport au droit de la concurrence, la législation et les politiques en matière de PI sont peut-être mieux en mesure de traiter des innovations, de la technologie et des facteurs d'efficacité dynamiques, qui sont difficiles à mesurer dans une cause portant sur la concurrence mais qui peuvent être si importants pour certaines classes de consommateurs et pour le niveau global de bien-être en longue période.

De plus, les consommateurs et leurs représentants peuvent avoir raison de se préoccuper des profits de monopole que permettent les droits de propriété limités accordés aux termes des lois sur la PI. Au cours des dernières années, ces préoccupations des consommateurs sont ressorties à la faveur des changements apportés aux dispositions régissant les licences obligatoires dans la *Loi sur les brevets*, qui visaient à harmoniser la protection conférée par brevet aux fabricants de médicaments de marque au Canada aux normes internationales et aux obligations du Canada en matière de commerce international et de PI.

En outre, on peut soutenir que, depuis l'ère Reagan, les intérêts des créateurs, des producteurs, des grandes sociétés internationales et de l'industrie américaine du spectacle ont eu tendance à dominer le débat sur la propriété intellectuelle dans la plupart des pays du Groupe des sept nations les plus industrialisées du globe (le G-7, qui comprend le Canada) et dans certains forums internationaux dont l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et l'organisme qui lui a succédé, l'OMC, ainsi que dans le cadre de l'ALENA et de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). Toutefois, cette tendance devrait être interprétée dans un contexte plus vaste qui englobe l'apparition d'éléments nouveaux comme la mondialisation des marchés, la libéralisation des échanges internationaux, l'émergence d'une souveraineté du consommateur à l'échelle internationale, ainsi que la reconnaissance grandissante du rôle important que l'innovation, la diffusion de la technologie et l'information et le savoir stratégiques jouent sur le plan de l'emploi, de la croissance, du bien-être des consommateurs et du mieux-être économique global.

De façon générale, les recherches ont montré que, sauf pour certaines exceptions importantes¹⁴, les droits de propriété intellectuelle ont des effets limités mais positifs sur les marchés et la performance économique :

- La propriété intellectuelle ne touche que des parties des procédés de production et des produits finals et, généralement, elle n'accorde qu'une exclusivité limitée parce que des substituts sont aisément

disponibles et que des concurrents sont en mesure de fabriquer des produits concurrents sur le marché en utilisant la rétro-ingénierie.

- Les DPI exercent un effet limité sur les prix des produits, les choix du consommateur et la concurrence sur le marché.
- La divulgation inhérente au processus de négociation de la PI est un aspect important de la diffusion de la technologie.
- Les consommateurs ont généralement été bien servis par l'arrivée, rendue possible en partie par des régimes efficaces de DPI, de technologies nouvelles, de nouveaux produits et services, d'inventions et d'idées nouvelles – de même que par les transferts et la diffusion de technologies, la divulgation d'information, de même que la disponibilité de renseignements plus exacts et des coûts de recherche moins élevés pour le consommateur.

De plus, les consommateurs sont généralement traités comme un groupe particulier aux fins des calculs de bien-être et d'efficacité totale dans le contexte de la législation sur la concurrence¹⁵, mais les politiques et les lois en matière de PI peuvent être adaptées pour tenir compte des besoins et des intérêts de différents groupes de consommateurs ainsi que de l'intensité des opinions qu'ils font valoir. On peut soutenir que, lorsqu'ils cherchent à équilibrer les intérêts des différents intervenants, les responsables de l'élaboration des politiques de PI trouveront plus facile d'accorder des facteurs de pondération élevés aux créateurs et aux producteurs qui présentent un front uni qu'à des groupes de consommateurs dont les vues sont divergentes et qui ne peuvent faire front commun. Et cette observation peut s'appliquer à plusieurs questions de PI, comme dans d'autres secteurs des politiques publiques. En réalité, toutefois, les opinions des groupes de consommateurs, des organisme religieux et d'autres regroupements de personnes préoccupées par la défense des intérêts sociaux ou publics continuent de recevoir une attention particulière de la part des responsables de la propriété intellectuelle et des autres politiques de réglementation au Canada, notamment en ce qui concerne la biotechnologie, le brevetage des formes de vie, la révision de la *Loi sur les brevets* au Canada (projet de la loi C-91), qui doit avoir lieu en 1997, et l'étiquetage des produits génétiquement modifiés.

Néanmoins, malgré certaines réussites dans des cas isolés, le mouvement des consommateurs au Canada ne possède généralement pas la puissance financière et technique ni le consensus général sur les questions d'actualité qui sont nécessaires pour faire une contribution majeure et efficace à la formulation et à la mise en oeuvre de la législation et des politiques en matière de PI. Même si les groupes de consommateurs sont généralement consultés et qu'ils participent à d'importants comités aviseurs, il arrive fréquemment que la voix des consommateurs puisse être affaiblie par un manque de ressources, de connaissances spécialisées et de cohérence. Mais comme les questions de PI ont un

impact sur l'essence même de notre bien-être économique et social, l'optique du consommateur et du citoyen devient d'autant plus importante pour la formulation de politiques adéquates en matière de PI, la législation, les institutions et les organismes consultatifs, si l'on veut assurer un équilibre efficace entre les intérêts des intervenants et nous unir comme Canadiens au lieu de nous diviser en fonction d'intérêts économiques étroits.

Les questions de PI qui pourraient être à l'origine de débats et de conflits dans la perspective du consommateur au cours des années à venir sont énumérées dans l'appendice C¹⁶; les raisons qui pourraient expliquer ces frictions éventuelles y sont aussi examinées. Plusieurs de ces questions sont abordées dans d'autres études entreprises dans le cadre du présent programme de travail; par conséquent, ces questions ne sont pas analysées en détail ici, sauf pour quelques cas exceptionnels. Toutefois, la liste partielle présentée dans l'appendice C fait clairement ressortir la nécessité pour le mouvement des consommateurs de mieux s'organiser afin de promouvoir ses intérêts sur un large éventail de questions de propriété intellectuelle.

Ces questions pourraient aussi avoir une dimension internationale. Là où la marge de manoeuvre du gouvernement est limitée par ses obligations internationales en vertu des ententes sur les ADPIC et l'OMC, l'ALENA et l'OMPI. Les initiatives visant à mieux aligner les DPI sur l'intérêt du consommateur pourraient nécessiter des alliances entre groupes de consommateurs canadiens et étrangers. Des alliances de consommateurs à l'échelle internationale pourraient s'avérer nécessaires à l'avenir pour faire contrepoids à la puissance de sociétés internationales et apatrides et de groupes de pressions représentant les entreprises internationales qui apparaissent à l'heure actuelle et dont l'action est souvent centrée sur des questions de propriété intellectuelle, de politique de concurrence et d'innovation¹⁷. Le mouvement des consommateurs au Canada, à l'instar des associations de PI, des milieux d'affaires et des organismes chargés d'appliquer la politique de concurrence, devra réagir aux forces de la mondialisation et de la libéralisation des échanges internationaux en concluant de nouvelles alliances avec des groupes de consommateurs d'autres pays et à l'échelle internationale, ainsi qu'avec d'autres groupes non gouvernementaux à l'intérieur et à l'extérieur du Canada qui ont des préoccupations semblables sur des questions de politiques transfrontalières précises.

COMPLEXITÉ ET DIVERSITÉ DU POINT DE VUE DU CONSOMMATEUR

DANS CETTE PARTIE, nous tentons de présenter la perspective du consommateur dans toute sa complexité, sa diversité et sa perversité – dans le dernier cas, il s'agit parfois de la perception que nourrissent les regroupements de gens d'affaires, les représentants du secteur public et d'autres intervenants. Premièrement, nous tenterons de tracer une image du consommateur canadien

moyen – une image qui s'est modifiée considérablement ces dernières années¹⁸. Deuxièmement, nous reviendrons à un thème sur lequel nous insistons tout au long de cet exposé – à savoir que les consommateurs ne peuvent être considérés comme une entité homogène, mais plutôt comme un ensemble très diversifié de participants au marché dont les traits les plus distinctifs sont déterminés par un éventail de caractéristiques sociales, démographiques et attitudinales. Enfin, nous partagerons avec le lecteur les résultats de certains travaux de recherche réalisés par le Bureau de la consommation, en collaboration avec d'autres secteurs d'Industrie Canada et d'autres ministères fédéraux, sur les attitudes des consommateurs à l'égard de la biotechnologie. Ces résultats sont non seulement importants en eux-mêmes, mais ils peuvent faire ressortir des attitudes et des craintes chez les consommateurs à l'égard d'autres technologies avancées, y compris les technologies de l'information, dont nous traitons dans l'appendice B.

PROFIL DU CONSOMMATEUR CANADIEN MOYEN¹⁹

LE FAIT QUE LE CONSOMMATEUR, tout comme l'économie elle-même, soit en transition est l'un des problèmes auquel sont confrontés les producteurs, les spécialistes en marketing et les responsables des politiques. Les attitudes et les attentes des consommateurs envers le gouvernement et l'industrie et leur propre rôle sur le marché évoluent et continueront probablement de changer dans un avenir prévisible. Un profil possible du consommateur canadien « moyen » (voir l'encadré 1) peut être utile comme point de référence pour évaluer les différences qui caractérisent les Canadiens en tant que consommateurs.

Il convient toutefois de rappeler au lecteur que ce profil n'a qu'un caractère général et qu'il ne fournit qu'un instantané pris en un point dans le temps. Pour le gouvernement, l'industrie, les spécialistes en marketing, les groupes de consommateurs et les autres ONG, le consommateur canadien moyen est une cible en mouvement qui est difficile à saisir et qui comporte de nombreuses subtilités et contradictions.

ÉCARTS CROISSANTS PAR RAPPORT AU « CONSOMMATEUR MOYEN »

L'ENCADRÉ 1 PRÉSENTE UNE IMAGE TRÈS FAVORABLE du consommateur exigeant et bien renseigné qui possède de plus en plus les moyens et le temps de poursuivre son intérêt personnel sur le marché. Mais, comme toujours, les moyennes et le « cas typique » masquent d'importantes différences et exceptions. Par exemple, un grand nombre de consommateurs demeurent vulnérables et ne possèdent que des compétences limitées en lecture et écriture et d'autres connaissances de base. De plus, les familles monoparentales et celles dont les deux conjoints travaillent à l'extérieur ne cessent d'augmenter en nombre; ces

ENCADRÉ 1

LE CONSOMMATEUR CANADIEN EN MUTATION

- En général, les consommateurs sont mieux scolarisés, mieux renseignés, plus exigeants, plus autonomes et moins confiants que l'État puisse défendre leurs intérêts – une attitude compatible avec l'indépendance et la responsabilité plus grandes qu'encouragent les entreprises qui sont devenues des lieux de travail hautement performants.
- Les consommateurs sont plus sensibilisés aux prix et à la valeur des produits, ils sont moins fidèles aux grandes marques et ils sont moins enclins à prendre des risques – une conséquence de la faible augmentation des revenus pendant les années 90, de l'endettement accru des consommateurs, d'une diminution de la sécurité d'emploi, d'une baisse des transferts gouvernementaux et de préoccupations au sujet de l'avenir des régimes de retraite. De plus, un endettement accru rend le consommateur moyen plus sensible, économiquement et politiquement, à de petites variations des taux d'intérêt et des frais des services bancaires.
- Une simplicité « volontaire » est à la mode : plusieurs consommateurs (mais pas tous) ont adopté un mode de vie plus simple, avec moins de travail et de consommation, moins d'intérêt envers les biens matériels et de l'émulation du mode de vie des voisins, et plus de temps à consacrer au loisir et à la famille – une question de choix pour certains et la résultante de revenus réduits pour d'autres.
- Les consommateurs sont plus enclins à retarder des achats importants puisque, pour plusieurs familles, ces achats représentent un remplacement au lieu d'une première acquisition.
- Sur le plan démographique, la pyramide des consommateurs est en voie de se modifier : les consommateurs prennent de l'âge et vivent plus longtemps, ils consacrent plus de temps à la recherche de produits et exigent la meilleure qualité possible, à mesure que le nombre de personnes retraitées ou semi-retraitées augmente.
- Les consommateurs maintiennent une loyauté moins soutenue et des liens moins étroits avec un seul employeur ou une seule industrie; en raison des mises à pied, des retraites anticipées, des changements de carrière et d'emploi et de taux de roulement de personnel élevés, les gens ont davantage tendance à réagir aux événements dans leur rôle de consommateur et non de travailleur ou de producteur.
- En raison des déplacements et des mouvements internationaux de produits et des campagnes de publicité transfrontières, un nouveau type de consommateur est en voie de naître – le consommateur international exigeant, qui est le pendant de l'entreprise internationale.

familles n'ont pas le temps de recueillir les renseignements sur les produits de consommation, de dénicher les meilleurs achats possibles et de participer de façon efficace à l'économie de marché moderne, de plus en plus complexe. Ces

écarts par rapport au « consommateur moyen » recourent une vaste gamme de catégories sociales, économiques, démographiques et technologiques.

Les écarts de rémunération, de revenu par habitant, de revenu par ménage et de pouvoir d'achat du consommateur sont en voie de se creuser au Canada. Le processus a peut-être débuté plus récemment au Canada qu'aux États-Unis, mais il pourrait s'accélérer au cours des prochaines années par suite de l'incidence de facteurs tels que des coupures supplémentaires dans les budgets publics consacrés au filet de sécurité sociale, des hausses des frais d'utilisation perçus par les gouvernements, un chômage élevé persistant, l'insécurité d'emploi, des changements structurels dans l'économie et le marché du travail, et la tendance apparente du progrès technique à favoriser ceux et celles qui possèdent une meilleure scolarité et des compétences plus spécialisées. Par conséquent, les écarts croissants de revenu et de pouvoir d'achat s'expliquent en partie par les divergences observées entre les consommateurs sur les plans de la scolarité, des compétences professionnelles, des occasions d'emploi, de la sécurité d'emploi et du fardeau d'endettement – et ces divergences semblent s'accroître.

Les écarts de revenu sont aussi reliés à l'évolution de la structure d'âge de la population. Une approche possible pour saisir l'incidence de cette évolution sur les tendances de la consommation consiste à regrouper les Canadiens en trois catégories d'âge :

1. Les membres plus âgés de la génération du baby-boom, qui ont déjà acquis la plupart de leurs produits ménagers et qui ont plus de temps à consacrer à la recherche et à l'analyse de renseignements sur les produits de consommation, seront peut-être réticents à faire des achats majeurs en raison de l'incertitude au sujet de leur emploi et de la pension qu'ils recevront de l'État ou d'un employeur privé, etc. À tout événement, ils devront répartir leur revenu de retraite et leurs avoirs nets sur un plus grand nombre d'années à cause de l'allongement de l'espérance de vie.
2. Les membres d'âge moyen de la génération du baby-boom sont à peu près à mi-chemin dans leur carrière – des familles de deux personnes qui travaillent à temps plein et disposent de peu de temps pour comparer les produits et analyser les renseignements disponibles; ou des familles dont un seul membre travaille à l'extérieur et qui luttent pour rester à flot (le conjoint dispose peut-être du temps nécessaire pour analyser les produits et les renseignements disponibles, mais sans avoir d'argent à dépenser). Ce groupe comprend aussi les diverses formes de familles non traditionnelles d'aujourd'hui, qui peuvent avoir certaines caractéristiques de chacun des deux groupes de familles traditionnelles. Ces personnes d'âge moyen sont coincées entre deux extrêmes, en ce sens qu'elles partagent certaines des préoccupations du groupe

plus âgé au sujet des régimes de retraite et de la sécurité d'emploi, tandis qu'elles se sentent talonnées par le groupe insatisfait des membres plus jeunes de la génération du baby-boom et de l'après baby-boom²⁰, qui sont peut-être en voie de les rattraper.

3. Les membres plus jeunes de la génération du baby-boom et de l'après baby-boom, dont plusieurs entreprennent leur carrière avec un certain retard (ou entrevoient des perspectives d'avancement professionnel limitées dans leur emploi actuel), ont donc tendance à reporter à plus tard la formation d'un ménage, la constitution d'une famille, des engagements à long terme ainsi que l'achat d'une maison et l'acquisition de gros appareils ménagers.

Des données empiriques semblent indiquer de plus en plus que les membres plus âgés de la population active sont en grande partie ceux qui ont profité des très faibles gains de revenu qu'ont connus les Canadiens au cours des dix dernières années environ²¹. Les salaires et les revenus familiaux réels des plus jeunes Canadiens semblent avoir diminué de façon marquée ces dernières années. Les écarts de salaire et de revenu grandissants entre les générations semblent être reliés en partie à la position dominante de la génération du baby-boom dans notre structure démographique et à l'influence profonde qu'elle exerce sur le marché du travail et les possibilités d'avancement professionnel.

Dans la mesure où le revenu moyen des ménages demeure stagnant, l'évolution de la structure de la consommation dans un avenir prévisible pourrait être déterminée davantage par les changements démographiques que par les tendances économiques. Dans le cadre de travaux réalisés par la société Strategic Projections²² pour le compte du BC, les principaux marchés en croissance projetés dans l'avenir, en se fondant sur l'évolution démographique, ont été comparés aux changements dans les possibilités de marché si l'on suppose que les tendances futures des dépenses de consommation évolueront de pair avec les variations importantes de revenu observées durant les quelques dernières décennies (voir l'encadré 2). Il est évident que l'évolution des marchés de la consommation, selon les tendances démographiques, serait très différente de celle de marchés qui seraient dominés par une forte croissance du revenu des ménages, conformément aux tendances observées au cours de la période d'après-guerre.

Les attitudes des consommateurs et la structure de leurs dépenses seront aussi probablement différentes, selon l'endroit où les Canadiens vivent, là où ils sont nés et/ou là où ils ont grandi. À ce jour, nous ne possédons que des renseignements non scientifiques sur les divergences possibles dans le comportement et les attitudes de consommation entre les personnes nées au Canada et les immigrants qui viennent de s'installer au pays (en provenance de Hong Kong et d'autres pays asiatiques, par exemple). Toutefois, selon une étude portant sur la communauté chinoise de Vancouver, il semble que ces différences

pourraient être très accentuées²³. L'une des questions qu'il faudrait examiner est de savoir si les nouveaux immigrants auront tendance à se tourner vers le gouvernement pour assurer la protection du consommateur ou s'ils s'en remettront davantage à leurs parents et amis ainsi qu'à leurs liens et organismes culturels.

Les néo-Canadiens peuvent avoir une vision très différente des rôles respectifs du gouvernement, de l'industrie et des particuliers en ce qui concerne l'application d'une discipline sur le marché – des dimensions qui pourraient devenir importantes dans les débats axés sur les politiques, notamment dans les centres métropolitains comme Vancouver, Toronto et Montréal, où les nouveaux immigrants ont tendance à s'installer. On pourrait aussi s'attendre à observer des différences entre les Canadiens qui vivent dans les grands centres et ceux qui vivent dans les petites localités et les régions rurales. Ces divergences pourraient être le reflet d'éléments reliés au mode de vie et aux occupations professionnelles, ainsi que d'écart de revenu et de possibilités d'emploi. Voilà autant de questions qui devraient faire l'objet de recherches plus poussées.

ENCADRÉ 2

DEUX SCÉNARIOS DU MARCHÉ DE LA CONSOMMATION

Si la population continue d'avancer en âge et que les revenus des ménages sont maintenus constants, les catégories de dépenses de consommation en forte croissance au cours des 20 prochaines années seront les suivantes :

Résidences secondaires possédées en propre, dons et contributions, médicaments brevetés, autres produits de soins de santé, lunettes, motels, taxes foncières, services de soins capillaires, gaz en bouteille, billets de loterie, matériel de jardinage et d'entretien de pelouse, assurance de propriétaires-occupants, produits médicaux et pharmaceutiques, journaux, transport interurbain, coiffure pour dames et paletots d'hiver.

Si la structure par âge de la population ne se modifie pas et que les revenus des ménages continuent d'augmenter au même rythme que dans le passé, les catégories de dépenses de consommation en forte croissance au cours des 20 prochaines années seront les suivantes :

Machines et matériel de bureau, location de matériel de loisirs, fonds communs, caisses de retraite, organisateurs de voyages, intérêts sur prêts hypothécaires, téléviseurs et appareils vidéo, télévision à péage et par câble, loteries, camions et fourgonnettes, soins aux enfants, radios et chaînes audio, cuisinières, poêles et fours à micro-ondes, location d'automobiles, hébergement payant, coopératives de crédit, films et accessoires de photo, autres soins de santé, instruments de musique.

Les chiffres d'affaires et les bénéfices des commerçants pourraient varier considérablement, selon que les tendances démographiques ou celles du revenu seront les éléments dominants de la structure future des dépenses des consommateurs.

Les enquêtes réalisées par la société CROP Environics au cours des dernières années nous ont permis de rassembler des données très détaillées qui montrent que, dans ce domaine comme dans d'autres, les citoyens du Québec sont « distincts » en ce sens qu'ils adoptent des attitudes très différentes en ce qui concerne leurs transactions sur le marché, par rapport à celles des consommateurs du reste du Canada. Une comparaison des Québécois avec leurs concitoyens des autres régions du Canada révèle que les consommateurs du Québec affichent un peu plus d'incertitude, et donc plus de prudence, il est plus probable qu'ils aient un caractère « hédoniste » et donc qu'ils retirent de la satisfaction à consommer, et il y a plus de chance qu'ils adoptent des attitudes et des modes de vie axés sur une réduction de la consommation et une simplicité volontaire²⁴.

Les données de la société CROP Environics nous permettent aussi de segmenter les consommateurs canadiens en fonction de leurs attitudes générales à l'égard des risques, des avantages et de l'acceptation des technologies nouvelles. L'enquête de 1995 indique que moins de 10 p. 100 des Canadiens s'empressent d'acquérir des biens et services issus des technologies nouvelles, tandis qu'environ 50 p. 100 affichent divers niveaux d'enthousiasme à l'idée d'acheter des biens et services de haute technologie. À l'autre extrême, environ un Canadien sur dix continue de résister à la technologie et de s'en méfier, tandis qu'une autre fraction de 30 p. 100 affiche divers niveaux de réticence à participer pleinement au marché et à l'économie de pointe.

Les relevés de CROP Environics effectués depuis 1992 sur les attitudes à l'égard de la technologie et de l'acquisition de ces produits par les Canadiens ont permis de déceler tant un enthousiasme croissant pour les possibilités offertes par les technologies que des préoccupations de plus en plus grandes concernant la possibilité d'en faire un mauvais usage. Au moment du lancement de nouveaux produits ou de nouvelles politiques en matière de technologie, les responsables du marketing et des politiques publiques devraient donc être sensibilisés au fait qu'il existe des divergences profondes entre les Canadiens quant à leur perception, leur connaissance et leur utilisation de la technologie et que les produits et les politiques qui s'adressent uniquement aux mordus de la technologie pourraient ne rejoindre qu'un auditoire très restreint²⁵.

Enfin, et peut-être de façon paradoxale, les divergences observées au niveau des opinions et du comportement des consommateurs sont peut-être aussi le reflet des efforts déployés par les fabricants et les spécialistes en marketing pour différencier leurs produits, segmenter leurs marchés et promouvoir des créneaux de marché rentables pour eux. En tant que consommateurs, nous sommes incités à exprimer notre personnalité, notre condition sociale et nos modes de vie par l'intermédiaire de nos dépenses de consommation. Si, au bout du compte, les consommateurs sont plus difficiles à satisfaire et ne peuvent plus être traités comme un groupe homogène, les fournisseurs devraient se féliciter de leur réussite sur le plan de la commercialisation et les gouvernements et d'autres intervenants devront accepter la diversité qui en résulte.

Ces différences au niveau des attitudes et de l'optique des consommateurs devront être prises en considération au moment de formuler la législation et les politiques de concurrence et de PI dans les années à venir. Elles exerceront aussi une influence sur le contexte plus vaste des politiques publiques à l'intérieur duquel les lois d'encadrement et les politiques en matière de consommation et de commerce sont élaborées et mises en oeuvre au Canada.

ENJEUX SOULEVÉS PAR LA BIOTECHNOLOGIE DANS L'OPTIQUE DU CONSOMMATEUR²⁶

LA POSSIBILITÉ DE TENSIONS ENTRE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE et l'intérêt du consommateur est en voie de devenir une réalité à l'heure actuelle en ce qui a trait à la biotechnologie, au brevetage de formes de vie et de la réaction négative possible des consommateurs face aux produits alimentaires génétiquement modifiés qui sont mis sur le marché²⁷. Avec les progrès enregistrés dans le domaine du génie génétique durant les années 70, la recherche s'est accélérée sur les applications possibles dans un large éventail de domaines, comme la santé, l'agriculture, l'environnement, les pêches, les mines et la foresterie. La différence majeure par rapport aux méthodes traditionnelles est qu'il est maintenant possible d'implanter des traits d'une espèce dans d'autres espèces tout à fait distinctes (par exemple, des gènes d'animaux dans des végétaux).

Les avantages possibles de la biotechnologie s'étendent au delà des questions d'applications industrielles et de compétitivité. La biotechnologie offre manifestement le potentiel d'améliorer la qualité de vie par l'intermédiaire de nouveaux médicaments, d'un meilleur choix de produits pour les consommateurs et de nouvelles façons d'envisager les problèmes écologiques. La plupart de l'activité actuelle en biotechnologie au Canada, qui a connu une croissance très rapide ces dernières années, est axée sur les soins de santé. De plus, on observe aussi des « biotechnologies vertes », y compris l'utilisation de bactéries d'origine naturelle et de champignons en vue de réduire les effets néfastes de déversements de produits chimiques et de pétrole, et d'éliminer les déchets toxiques. Les emplois reliés au développement et aux applications de la biotechnologie sont à forte intensité de savoir et offrent une grande valeur ajoutée²⁸.

De telles applications peuvent comporter des avantages économiques et sociaux importants, mais le processus et ses répercussions ne sont pas très bien compris du grand public ni intégrés à ses valeurs. Ce manque de compréhension peut empêcher les consommateurs d'accepter les technologies nouvelles²⁹. Des produits alimentaires génétiquement modifiés commencent maintenant à entrer sur le marché et les questions qui préoccupent les consommateurs sont la sécurité, l'information et le choix. Les processus réglementaires sont déjà en place pour prévenir les problèmes de sécurité, mais des questions plus vastes continuent de se poser afin de déterminer si :

- des études adéquates ont été entreprises pour faire en sorte que toutes les répercussions possibles soient pleinement évaluées tant à court terme que pendant la période précédant l'approbation des produits;
- les processus réglementaires tiennent compte expressément des valeurs et des considérations d'éthique et des coûts et avantages pour l'ensemble de la société qui sont liés à la mise en marché de produits particuliers issus de la biotechnologie.

Des critiques ont aussi soulevé des préoccupations d'ordre moral de plus vaste portée au sujet de la « propriété » de la vie³⁰. La principale inquiétude tient au fait que les brevets sur des formes vie pourraient intensifier la « réification » de toutes les formes de vie et diminuer ainsi le respect de la vie. Ces préoccupations semblent toutefois moins évidentes pour les brevets portant sur des formes de vie inférieures (par exemple, les bactéries) que pour les brevets visant des formes de vie plus complexes (par exemple, des animaux d'élevage et des parties du corps humain). Certains croient aussi qu'il est immoral de placer des ressources génétiques sous contrôle privé par l'intermédiaire de monopoles d'invention. Par conséquent, les questions de DPI continuent d'être une source de controverse, dans le contexte de la Convention des Nations Unies sur la biodiversité.

Des préoccupations ont aussi été exprimées au sujet de la quantité de renseignements auxquels les consommateurs ont accès pour leur permettre de faire des choix éclairés. En particulier, le problème du choix s'est posé parallèlement à la question de savoir si les nouveaux produits génétiquement modifiés (par exemple, des aliments nouveaux) devraient être étiquetés.

Les opinions sont partagées entre les représentants de l'industrie, les groupes de consommateurs et le gouvernement au sujet de l'opportunité et de la faisabilité d'étiqueter les produits génétiquement modifiés. Les porte-parole de l'industrie sont d'avis que l'étiquetage obligatoire n'est nécessaire que pour signaler des préoccupations ou des différences ayant une incidence sur la santé, la sécurité ou le contenu nutritif, et non pour indiquer le processus par lequel les aliments ont été mis au point (c'est-à-dire par modification génétique). Toutefois, certains groupes de consommateurs insistent sur le droit de choisir ce qui laisse entendre que les produits génétiquement modifiés doivent en quelque sorte être différenciés des produits traditionnels. Outre la question de l'étiquetage en soi, il existe manifestement un besoin d'information et d'éducation sur les avantages et les répercussions possibles de la consommation des produits génétiquement modifiés. Il faut donc entreprendre des travaux axés sur la formulation de politiques visant à déterminer les avantages et les inconvénients de l'utilisation de diverses techniques (étiquetage, symboles, publicité et autres formes de mise en marché, information plus générale, etc.) afin de fournir aux consommateurs les renseignements dont ils ont besoin pour faire leurs propres choix au sujet de la biotechnologie et des produits connexes, et les éclairer sur les rôles respectifs que l'industrie, l'État, les associations de con-

sommateurs et d'autres ONG peuvent jouer dans la prestation de ces renseignements.

À cet égard, Agriculture et Agro-alimentaire Canada s'emploie actuellement à élaborer des lignes directrices pour l'étiquetage des nouveaux aliments. Certains produits génétiquement modifiés se retrouvent actuellement sur le marché sans étiquetage ou indication à cet effet. Dans le but de répondre aux besoins d'information des consommateurs et à d'autres préoccupations, un groupe de travail fédéral, auquel participe le Bureau de la consommation, dirige actuellement un programme de travail pluriannuel visant à réaliser des travaux de recherche approfondis en sciences sociales fondés sur des enquêtes omnibus menées par Les conseillers Optima et CROP Environics et sur des groupes de discussion et des analyses économiques et stratégiques complémentaires. Les résultats de ces travaux, qui ont débuté en mars 1986, sont non seulement révélateurs pour le secteur de la biotechnologie, mais ils fourniront peut-être aussi des renseignements utiles sur d'autres technologies en développement que le gouvernement fédéral soutient actuellement dans le cadre du Programme de partenariats technologiques et d'autres politiques et programmes connexes.

Selon l'étude d'Optima, intitulée *Analyse de l'attitude des consommateurs face à la nouvelle industrie de la biotechnologie*, les marchés de la biotechnologie pourraient être divisés en trois segments selon un ordre décroissant d'acceptation de leurs produits. Les produits de la biotechnologie utilisés dans le domaine des soins de santé semblaient être ceux qui étaient les plus facilement acceptés par les Canadiens, suivis des produits qui offraient des avantages évidents aux consommateurs, comme des produits alimentaires plus savoureux et plus nutritifs, etc. Les produits les moins acceptés étaient ceux qui présentaient peu d'avantages pour les consommateurs mais comportaient des avantages possibles importants pour les producteurs, tels qu'une plus longue durée de stockage, moins d'avaries au moment de la manipulation des produits alimentaires, et ainsi de suite (voir l'encadré 3). Un exemple à cet égard est l'utilisation du supplément hormonal STBr³¹ qui permet d'augmenter la production laitière et qui devrait donc contribuer à améliorer les recettes et les bénéfices des fermes laitières. Toutefois, la production laitière au Canada est assujettie à une régulation de l'offre, de sorte qu'il n'y a pas de concurrence entre les producteurs et qu'il est impossible de séparer le lait contenant le supplément hormonal du lait qui n'en contient pas. Par conséquent, les consommateurs seront probablement obligés d'accepter du lait contenant le supplément hormonal sans pouvoir espérer recueillir les avantages d'une productivité plus élevée sous forme de prix plus bas³². Les consommateurs ont indiqué clairement lors des enquêtes qu'ils n'avaient aucun intérêt à accepter tous les risques et à recevoir peu ou pas de bénéfices³¹.

L'enquête CROP la plus récente a permis de différencier deux groupes de consommateurs bien distincts selon l'interprétation qu'ils faisaient des possibilités et des dangers liés à la biotechnologie. Les pessimistes percevaient la

biotechnologie comme une menace à leur autonomie personnelle, tandis que les optimistes la considéraient comme un moyen d'avancement personnel. Pour le premier groupe, les produits biotechniques étaient une menace aux valeurs fondamentales de la sécurité et de l'autonomie personnelles.

Le tableau 1 présente les proportions de consommateurs qui achèteraient probablement différents types de produits alimentaires. Comme on pouvait s'y attendre, le produit le plus acceptable comportait certains avantages pour le consommateur – par exemple un produit plus savoureux – tandis que le moins attrayant n'offrait des avantages qu'au producteur – par exemple un poisson à croissance plus rapide. Le message qui en ressort pour les spécialistes en marketing est que les produits qui n'offrent que peu d'avantages au consommateur seront plus difficiles à vendre; il semblerait donc préférable d'orienter la R-D et la mise au point d'applications sur des produits qui offrent des avantages plus tangibles aux consommateurs. Pour les responsables des politiques et de la réglementation, cette observation signifie que les consommateurs chercheront à réduire au minimum les risques pour leur santé et leur sécurité que présentent des produits qui ne leur procurent que peu d'avantages apparents (par exemple la STbr). Ces nuances sur le plan de l'acceptation et du risque pour le consommateur seront importantes dans des situations précises d'application des lois de la concurrence et, de façon plus générale, dans l'élaboration de politiques de

ENCADRÉ 3

INTÉRÊT DU CONSOMMATEUR ET BIOTECHNOLOGIE

Selon l'enquête réalisée par Optima en novembre 1994 pour le compte d'Industrie Canada :

- 57 p. 100 des répondants étaient d'avis que les brevets sur des animaux mis au point grâce à la biotechnologie sont acceptables si ces animaux servent à élaborer des remèdes contre des maladies;
- 53 p. 100 des répondants étaient d'avis que les brevets sur des végétaux mis au point grâce à la biotechnologie sont acceptables si ces végétaux sont utilisés pour améliorer le rendement des cultures;
- 35 p. 100 des répondants étaient d'avis que les brevets sur des animaux mis au point grâce à la biotechnologie sont acceptables lorsqu'ils servent à développer des animaux dont la chair est plus faible en gras.

L'enquête et d'autres travaux révèlent aussi que la population s'attend à ce que le gouvernement joue un rôle de chef de file dans plusieurs domaines, dont la sécurité, l'éthique et la diffusion de renseignements sur les produits et les procédés biotechnologiques. Par ailleurs, plusieurs consommateurs jugent les systèmes actuels d'examen et de testage du gouvernement et de l'industrie avec beaucoup de scepticisme, réclamant des processus d'examen multipartites, avec un apport des ONG.

PI et de concurrence, mais elles ont probablement des conséquences plus importantes dans le domaine des politiques et de la réglementation relatives à la santé, à la sécurité, à l'emballage et à l'étiquetage.

Un aspect étonnant des résultats de l'enquête CROP est le regroupement des caractéristiques socio-culturelles qui distinguent ceux qui achèteront très probablement ces produits des autres Canadiens. Le groupe le plus susceptible d'acquiescer ces produits était dominé par des hommes âgés de moins de 35 ans, qui possèdent un statut socio-économique relativement élevé, mesuré en fonction de la scolarité, du revenu et d'autres critères semblables. Ces consommateurs sont des extravertis et leur motivation pour acheter ces produits est la fierté (d'être les premiers à essayer des produits de qualité supérieure) et leur désir de vivre des expériences nouvelles.

TABLEAU 1

PRÉFÉRENCES DES CONSOMMATEURS CONCERNANT LES PRODUITS
ISSUS DU GÉNIE GÉNÉTIQUE
EN POURCENTAGE

Produits issus du génie génétique	Achat très probable	Achat quelque peu probable	Total des deux
Tomates génétiquement modifiées pour prolonger leur durée d'entreposage et les rendre plus savoureuses	12	31	43
Fruits et légumes génétiquement modifiés pour mieux résister aux insectes	9	33	42
Porc ayant reçu des suppléments hormonaux pour produire une viande plus maigre	5	22	27
Lait semblable au lait humain, mais plus facile à digérer et provenant de vaches génétiquement modifiées	4	14	18
Lait provenant de vaches ayant reçu des suppléments hormonaux (somatotrophine) pour augmenter leur production laitière	3	14	17
Saumon modifié génétiquement pour avoir une croissance plus rapide	3	14	17

Source : CROP Environics, 3SC Monitor 1995: *Canada's Monitor of Social Change*, Montréal, 1996.

Ceux qui sont peu enclins à acheter des produits de la biotechnologie appartiennent à deux groupes principaux : 1) ceux pour qui la sécurité et la stabilité revêtent une importance primordiale et 2) ceux qui recherchent l'autonomie et la satisfaction personnelle. Dans la mesure où ces groupes demeurent importants, le marché pour certains produits issus de la biotechnologie pourrait être très restreint.

Il faut aussi examiner plus en profondeur les répercussions de ces résultats sur le plan des politiques. Comme nous l'avons souligné, l'étiquetage est une question importante. Les règlements qui régissent l'étiquetage des produits biotechnologiques devraient viser à fournir aux consommateurs incertains les précisions nécessaires au sujet des changements qui ont été apportés aux produits. L'étiquetage devrait aussi permettre aux consommateurs à la recherche d'autonomie de pouvoir choisir d'acheter ou non ces produits. Par ailleurs, l'étiquetage peut être un moyen coûteux et, en définitive, inefficace lorsque le nombre de produits sur le marché comportent une application quelconque de la biotechnologie devient très élevé. Encore une fois, d'autres études devront être réalisées sur les coûts et les avantages de l'étiquetage obligatoire, par rapport à d'autres façons de communiquer aux consommateurs les renseignements dont ils ont besoin pour faire leurs propres choix sur le marché.

Les États-Unis semblent avoir devancé le Canada sur la question du brevetage et du développement de produits de la biotechnologie, mais les réactions et les progrès réalisés en Europe sont généralement semblables à l'expérience acquise à ce jour au Canada. Selon Consumers International, une organisation regroupant des associations de consommateurs de divers pays, des études réalisées en Europe entre 1991 et 1993 ont révélé que la moitié des répondants estimaient que la biotechnologie pourrait améliorer leur vie au cours des 20 prochaines années. L'appui à la biotechnologie variait considérablement, selon le type d'applications et les risques qu'on leur imputait; les modifications génétiques soulevaient des réactions plus négatives que les autres formes de biotechnologie.

En somme, les consommateurs ont une idée plutôt superficielle de la biotechnologie. Ainsi, ils n'ont généralement pas les connaissances nécessaires pour faire la distinction entre les applications traditionnelles de la biotechnologie et les nouvelles applications fondées sur des modifications génétiques. De plus, ils sont mieux renseignés sur les applications dans le domaine de l'alimentation et moins sur les applications dans le domaine des soins de santé ou de l'environnement, qui pourraient offrir des avantages beaucoup plus importants pour notre qualité de vie et notre bien-être économique et social.

À cause de ce manque de connaissances, plusieurs consommateurs ont tendance à attribuer des avantages à peine supérieurs aux risques; ceux qui redoutent le plus les risques ont tendance à les amplifier et sont donc fortement influencés par les rapports négatifs publiés dans les médias et ailleurs. Comme les consommateurs surveillent de près cette technologie généralement mal connue,

plusieurs souhaiteraient obtenir une protection maximale par l'intermédiaire d'une réglementation gouvernementale et un contrôle personnel sur les décisions d'achat. Il en résulte des pressions en faveur d'un étiquetage obligatoire de tous les produits issus de la biotechnologie.

En raison de ces asymétries d'information et de la méfiance apparente à l'égard du gouvernement, de l'industrie et de la science (voir l'appendice C), des différences importantes ressortent entre les groupes de consommateurs, l'industrie et les responsables de la réglementation. Du côté de l'industrie et du secteur public, on craint que l'étiquetage obligatoire ne soit coûteux, inefficace et intrusif, et qu'il aboutisse à une *re-réglementation* des produits utilisés à chaque jour, qu'ils contiennent ou non des éléments biotechniques. Dans l'optique de l'intérêt public, il y a risque que l'étiquetage obligatoire s'accompagne d'une fausse impression de sécurité, qu'il puisse être utilisé par les vendeurs pour fragmenter les marchés, restreindre la concurrence et hausser les prix et qu'il réduise les pressions de l'opinion publique sur l'enjeu véritable – la nécessité pour les responsables de la réglementation et de l'industrie de s'assurer que les produits sont sûrs et qu'ils donnent les résultats promis par la publicité, avec un minimum d'effets secondaires imprévus.

CONCLUSION ET PROGRAMME DE RECHERCHE POUR LES ANNÉES À VENIR

EN CE QUI CONCERNE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE et son application, il serait possible de tenir compte de plusieurs éléments de la perspective des consommateurs dans le contexte suivant :

- Une approche de plus large portée, plus souple et attentive de la part des responsables de la concurrence en vue de préciser la nature du bien-être du consommateur et des gains d'efficacité au niveau de la production; cette vision irait au delà du calcul des gains d'efficacité statiques de manière à capter les possibilités et les répercussions dynamiques – positives et négatives – à long terme d'une pratique commerciale sur l'ensemble des consommateurs, sur diverses catégories d'utilisateurs intermédiaires et de consommateurs finals, sur les producteurs et sur l'économie³⁴.
- La création de possibilités pour les consommateurs et leurs représentants leur permettant d'influencer les priorités et le travail des organismes chargés de la concurrence et de la PI et d'intenter des recours collectifs et d'autres poursuites, encouragés peut-être par des paiements proportionnels aux résultats et la possibilité de compensations

financières relativement généreuses, devant des cours de justice, des tribunaux et d'autres organismes d'arbitrage.

Comparativement à la législation sur la concurrence, les responsables des politiques et des lois sur la propriété intellectuelle sont indiscutablement les mieux placés intégrer les intérêts des consommateurs dans toute leur diversité et leur complexité. C'est en fait ce qui se produit dans les dossiers de la biotechnologie et du brevetage des formes de vie. Dans un sens plus large, l'élaboration de la législation sur la PI au Canada tient compte du fait que le Canada est un importateur net de technologie et de propriété intellectuelle et que le consensus social sur l'importance d'une protection étendue de la PI est un peu moins prononcé que chez nos principaux partenaires commerciaux, notamment les États-Unis.

Par ailleurs, lorsque les enjeux pour les créateurs et les producteurs sont très élevés (ce qui est le cas à chaque fois que l'on envisage de modifier la *Loi sur les brevets*), les responsables de la PI et les législateurs accordent tout naturellement plus d'attention aux associations du secteur de la PI et de l'industrie, qui sont hautement spécialisées et bien financées et qui, à l'occasion³⁵, s'expriment d'une seule voix, plutôt qu'aux groupes de consommateurs qui, en plus d'avoir des ressources très limitées, expriment une diversité d'opinions à la table des négociations et n'ont ni le temps ni l'argent nécessaires pour produire des analyses et des mémoires fouillés.

Par conséquent, dans leur rôle de protecteur des intérêts des consommateurs face à la politique de concurrence et de PI, les associations de consommateurs et les autres groupes de défense de l'intérêt public doivent présenter des positions responsables et bien documentées, fondées sur une bonne compréhension des questions et des contraintes et sur une vision cohérente du marché, de l'intérêt du consommateur et du point de vue des citoyens.

Les arguments présentés ci-dessus soulignent la nécessité d'élaborer, hors du contexte de la politique de concurrence et de la PI, des mécanismes visant à intégrer l'optique du consommateur aux débats sur la politique de concurrence, la PI, la politique en matière d'innovation et d'autres enjeux collectifs. Dans une certaine mesure, c'est le rôle qui échoit au Bureau de la consommation d'Industrie Canada mais, avec un effectif de 25 personnes et des ressources financières limitées, celui-ci ne peut suffire à la tâche. Par conséquent, il s'emploie activement à former des partenariats, des alliances et des consortiums de recherche pour examiner ces questions et d'autres reliées à la consommation, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'appareil gouvernemental.

Le programme de recherche et d'analyse des politiques dans les années à venir pourrait englober les sujets suivants :

- Des efforts continus sont nécessaires pour s'assurer que l'optique du consommateur et les résultats de la recherche en sciences sociales qui

se déroule à l'heure actuelle soient pleinement intégrés à la stratégie nationale en matière de biotechnologie et à la révision de 1997 de la *Loi sur les brevets* (projet de loi C-91).

- Des travaux de recherche semblables – y compris des enquêtes omnibus et par panel, des groupes de discussion, des exercices de modélisation du comportement et des analyses statistiques – sont nécessaires pour évaluer l'incidence de l'Internet, du World Wide Web et d'autres éléments de l'infrastructure sur la structure et les transactions du marché, la stratégie des entreprises, ainsi que l'interdépendance et les frictions entre la politique de concurrence, les droits de propriété intellectuelle et l'intérêt du consommateur.
- Les perspectives de la consommation, de la concurrence, de la propriété intellectuelle et du marché devraient occuper une place importante dans l'élaboration de la Stratégie de développement durable d'Industrie Canada (qui devrait être complétée au cours de la prochaine année), les modifications futures à la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, la modernisation des autres lois connexes au Canada et l'évaluation de projets majeurs et des réformes des politiques qui ont d'importantes répercussions sur l'environnement.
- Le mouvement des consommateurs a besoin d'instruments et de ressources pour intervenir efficacement et faire un apport dans les dossiers complexes liés à la politique de concurrence, la propriété intellectuelle et la protection du consommateur. À cette fin, il est nécessaire que des alliances efficaces soient conclues entre des groupes de consommateurs, d'autres associations et des ONG, et que le mouvement des consommateurs réussisse à élargir sa clientèle, à accroître ses recettes non gouvernementales, ainsi qu'à augmenter sa visibilité, son efficacité et sa crédibilité tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des cercles gouvernementaux. Par ailleurs, ces efforts doivent bénéficier d'un soutien financier et technique largement réparti parmi tous les ministères fédéraux et provinciaux qui ont un intérêt et des responsabilités envers les consommateurs et qui profiteraient des conseils et de l'expertise d'un mouvement des consommateurs dynamique au Canada.

L'analyse des politiques devrait s'appuyer sur des recherches théoriques qui accordent une attention plus grande à l'optique des consommateurs et à leurs réactions face aux producteurs et aux spécialistes en marketing – par l'élaboration, l'application et l'interprétation de modèles d'organisation industrielle, de la théorie des jeux et de la théorie de la croissance endogène.

Comme nous l'avons signalé au début, notre exposé ne fait qu'effleurer l'ensemble complexe des questions soulevées par la concurrence, la propriété

intellectuelle et le consommateur. Ces questions suscitent aussi des préoccupations plus vastes concernant les liens et la nécessité d'une intégration entre les valeurs scientifiques, commerciales, économiques et morales. Dans le passé, ces valeurs s'articulaient dans des univers séparés, mais les cloisons d'antan ne sont désormais plus étanches. Le débat entre ces différents univers s'est étendu au marché et à d'autres forums.

Le monde des sciences influe actuellement sur le niveau des bénéfices des producteurs et du surplus des consommateurs. De plus, comme nous l'avons souligné tout au long de notre exposé, les consommateurs font de plus en plus valoir leurs valeurs d'ordre éthique sur le marché. Conformément à cette tendance et d'après les modèles de croissance endogène – qui, à notre avis, reflètent mieux les réalités du marché actuel que les modèles linéaires traditionnels –, l'effort scientifique, la recherche et le développement et la commercialisation des créations et des inventions qui en résultent sont guidés par les signaux du marché, les préférences des consommateurs et des utilisateurs, et des normes sociétales plus vastes concernant la science, l'éthique et l'économie. Bref, les cloisons qui protégeaient le monde des sciences et de la R-D des influences externes sont en voie de disparaître à mesure que la science et l'innovation deviennent des éléments fondamentaux d'une économie fondée sur l'information et le savoir.

Nous devons tous poursuivre notre exploration commune et trouver des moyens innovateurs d'intégrer ces diverses valeurs aux décisions prises par les gouvernements, les scientifiques, les consommateurs et les citoyens, et nous assurer que les décisions à l'égard de la science, de la recherche-développement, de la propriété intellectuelle et d'autres normes d'encadrement sont régies tant par les besoins commerciaux que par les valeurs morales plus fondamentales de la société canadienne.

Nous devons aussi étudier les rôles respectifs de l'État, de l'industrie et des organismes non gouvernementaux à cet égard. Nos travaux de recherche à ce jour ont révélé que, comparativement à d'autres enjeux liés au fonctionnement du marché, les Canadiens – en tant que consommateurs, citoyens et électeurs – s'attendent que l'État continue de jouer un rôle de premier plan en vue de l'intégration des valeurs scientifiques, commerciales, économiques et morales au processus d'élaboration des politiques et des normes d'encadrement de la propriété intellectuelle, de la biotechnologie, de l'étiquetage des produits de consommation et des stratégies connexes³⁶. De plus, lorsque les intérêts de l'industrie et de l'État semblent coïncider étroitement, les consommateurs-électeurs se sentent plus rassurés si des tierces parties, comme des associations de consommateurs et des ONG, sont aussi présentes à la table.

Ces questions nous amènent bien au delà du thème de la conférence et du sujet du présent ouvrage, mais elles contribueront à délimiter le contexte plus vaste à l'intérieur duquel la politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle seront appliqués dans les années à venir.

APPENDICE A : CADRE ANALYTIQUE

CRITÈRES SOCIO-ÉCONOMIQUES PLUS GÉNÉRAUX DU CONSOMMATEUR MODERNE

DES DONNÉES EMPIRIQUES DE PLUS EN PLUS NOMBREUSES provenant d'enquêtes et de recherches menées auprès de groupes de discussion par le Bureau de la consommation et d'autres sources indiquent que, lorsque les consommateurs prennent des décisions en matière d'achat de produits, les éléments qu'ils considèrent vont au delà des questions de prix, de qualité et de choix – le champ traditionnel de la politique et de la législation sur la concurrence. Ces données laissent penser que les consommateurs tiennent compte aussi d'aspects sociaux et politiques, de considérations relatives au mode de vie et d'autres critères socio-économiques généraux au moment de choisir le type de produits à acheter, ainsi que l'endroit et le moment où ils le feront (voir l'encadré A-1).

Les entreprises qui réussissent à intégrer ces critères plus généraux peuvent s'attendre à jouir d'une meilleure acceptation par les consommateurs, à augmenter leur chiffre d'affaires et leur part du marché intérieur et à être en meilleure position pour exporter leurs produits et leurs technologies vers d'autres pays industrialisés où des préoccupations semblables influent sur les décisions des consommateurs. Sans aucun doute, les entreprises et les industries – notamment celles dont les activités font partie de l'économie de l'information et du savoir, où les droits de propriété intellectuelle, les marchés concurrentiels et la facilité d'accès au marché sont des éléments essentiels à l'innovation, au succès de l'industrie et à la compétitivité nationale¹⁷ – qui ignorent ces critères de plus vaste portée le font à leur propre péril¹⁸.

Par ailleurs, les politiques publiques qui tiennent compte réellement de ces préoccupations plus générales des consommateurs seront mieux acceptées du public et bénéficieront d'un appui politique plus ferme et d'une plus grande légitimité; elles contribueront à unir les Canadiens en tant que scientifiques, créateurs, producteurs, travailleurs et consommateurs. En revanche, le fait d'ignorer ces préoccupations sociales au moment de formuler des politiques se traduira par des tensions entre les différents groupes socio-économiques et mettra en péril le consensus social si important pour la mise en oeuvre des politiques, de la législation et de la réglementation dans une démocratie fédérale comme le Canada.

Dans le corps du texte, nous avons soutenu que, du point de vue du bien-être du consommateur et de l'efficacité économique globale, la politique de concurrence au Canada ne peut tenir compte que partiellement de ces notions socio-économiques de plus vaste portée que sont, notamment, la santé, la sécurité et l'équité. La même observation peut s'appliquer à la politique en matière de propriété intellectuelle, qui met l'accent sur le processus d'innovation et l'octroi d'un pouvoir de monopole restreint aux inventeurs et aux créateurs.

ENCADRÉ A-1

CRITÈRES SOCIOÉCONOMIQUES PLUS GÉNÉRAUX
EMPLOYÉS PAR LES CONSOMMATEURS

Protection de la vie privée et sécurité des renseignements : questions clés qui sont ressorties des discussions portant sur l'inforoute, le télémarketing et la réforme du secteur financier.

Accessibilité pour tous ceux qui désirent ou doivent utiliser les services de réseau de base : les banques, le téléphone, la télévision par câble ou par satellite, et, peut-être dans l'avenir, l'accès par ordinateur à l'inforoute.

Préoccupations d'ordre politique : par exemple, les boycottages passés des produits sud-africains et des raisins de la Californie et le boycottage récent des vins et d'autres produits français en réaction aux essais nucléaires.

Notions de traitement équitable : on pourrait soutenir que la réaction fortement négative des consommateurs à la stratégie d'abonnement par défaut employée par Rogers Cablevision au début de 1995, lors du lancement de nouveaux canaux de télévision et des nouvelles règles de contenu canadien, n'était pas motivée uniquement par des questions de qualité, de contenu, de présentation et de prix, mais qu'elle traduisait aussi le sentiment que les consommateurs étaient traités injustement par un monopole réglementé à l'échelon fédéral jouissant d'une situation privilégiée sur le marché en bonne partie grâce à un droit obtenu de l'État.

La qualité et l'opportunité des renseignements fournis aux consommateurs : cet aspect peut être lié à la question des coûts de transaction mais il peut aller au delà pour inclure le mécontentement des consommateurs face à un fournisseur qui se fait prendre (ou est perçu comme tel) à tenter de déformer, de dénaturer ou d'ignorer l'information destinée aux consommateurs ou les besoins connexes (comme dans le cas de Rogers décrit plus haut).

Des préoccupations au sujet des asymétries d'information entre acheteurs et vendeurs, accentuées par des écarts importants entre les Canadiens au niveau des connaissances en informatique et de l'accès à l'inforoute et à l'Internet.

La reconnaissance croissante du fait qu'une proportion importante des consommateurs canadiens sont analphabètes et, par conséquent, ne possèdent pas les compétences de base nécessaires pour participer pleinement et efficacement au marché.

Modes de vie : le thème central de la publicité et de la promotion de plusieurs produits de luxe et de détente – par exemple, la bière, le vin, les cosmétiques et les voitures de haut de gamme.

Perception et partage des risques en matière de santé, de sécurité ou autres entre producteurs et consommateurs, notamment lorsque des traits essentiels sont cachés, comme en témoigne l'opposition des consommateurs à l'emploi de la STbr (somatotropine bovine recombinante) dans la production laitière au Canada (rappelons le désastre de la thalidomide il y a 30 ans et des cas plus récents comme les prothèses mammaires et la maladie de la « vache folle » au Royaume-Uni). Il est de plus en plus évident que les consommateurs et les médias ne sont plus prêts à accepter d'emblée la parole du gouvernement, de l'industrie et des spécialistes concernant les « preuves scientifiques » démontrant qu'un produit ou une technologie est tout à fait sûr.

ENCADRÉ A-1 (SUITE)

L'environnement : risque de boycottage des consommateurs en Europe à cause de leurs perceptions au sujet du caractère soutenable des pratiques forestières canadiennes, et le scepticisme croissant des consommateurs à l'égard de réclames publicitaires qui vantent l'absence de danger pour l'environnement de certains produits ou technologies.

Des valeurs à portée plus vaste sur le plan social, éthique et moral : par exemple, les préoccupations du grand public à l'égard du brevetage de formes biologiques et l'introduction de la STbr, qui s'étendent au delà des paramètres économiques afin de capter nos valeurs fondamentales et notre perception du bien et du mal.

De plus, la politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle permettent sans aucun doute de satisfaire à certains des critères décrits dans l'encadré A-1. Dans plusieurs marchés, une forte concurrence est la meilleure garantie d'un accès quasi-universel. Les asymétries d'information et les coûts de transaction qui se rattachent à la prestation de renseignements et à leur utilisation par les consommateurs sont pris en compte (directement ou indirectement) en vertu des dispositions relatives aux abus de position dominante, aux restrictions verticales et à d'autres pratiques dans plusieurs lois sur la concurrence, ainsi que des dispositions sur la publicité trompeuse de la *Loi sur la concurrence*³⁹.

Les responsables de la propriété intellectuelle dans tous les grands pays industrialisés sont confrontés aux questions d'éthique et de morale que posent le brevetage des formes de vie et le génie génétique. En outre, les externalités positives et négatives qui se rattachent à l'environnement et aux nouvelles technologies de l'information retiennent l'attention des autorités de nombreux pays dans les domaines de la concurrence et de la propriété intellectuelle; parmi les questions qui les préoccupent il y a celle des achats sur Internet, qui font surgir des problèmes de droit d'auteur dans le contexte de la politique de PI et des problèmes de pouvoir de marché et de publicité trompeuse dans celui de la politique de concurrence.

Par ailleurs, plusieurs des notions qui se rattachent aux lacunes du marché, à l'équité et à la justice naturelle, dont la portée s'étend au delà de la politique de concurrence et de la PI, ont traditionnellement relevé d'autres secteurs de politiques, dont celui de la protection du consommateur. Quelle qu'en soit la raison, les gouvernements et les gens qui les élisent dans les sociétés industrialisées modernes n'ont pas fait pleinement confiance aux marchés et aux interventions sélectives en vertu de la législation sur la concurrence, la propriété intellectuelle et d'autres lois d'encadrement du commerce pour résoudre ces préoccupations socio-économiques plus générales.

En conséquence, le point de vue que nous soutenons tout au long de notre exposé est que ces considérations, qui vont au delà des critères d'efficience

économique, doivent intervenir dans l'élaboration d'autres lois et politiques dans les domaines de la biotechnologie, de l'innovation, de l'inforoute, de la protection des renseignements personnels, de la sécurité des produits, des normes techniques, et de l'information des consommateurs. Tous ces aspects requièrent une approche équilibrée qui amalgame les intérêts des créateurs, des utilisateurs, des travailleurs et des consommateurs pour faire en sorte que les politiques nationales contribuent à nous rapprocher en tant que Canadiens.

En particulier, il importe de réussir à intégrer ces préoccupations des consommateurs pour renforcer la confiance de la population à l'égard du fonctionnement du marché et de ses structures et résultats. L'auteur est d'avis que, dans une économie moderne, l'équité et l'efficacité vont de pair si l'on veut renforcer les marchés et la confiance de la population envers les mécanismes et le fonctionnement du marché. Si les consommateurs se présentent sur le marché en craignant de ne pas être traités équitablement, ils devront absorber des coûts de transaction et de recherche plus élevés, ils auront recours à des « jeux » stratégiques et seront à la recherche de « rentes » afin de protéger leurs intérêts; dans bien des cas, ils ne participeront à l'économie de marché qu'avec réticence et par nécessité. Ces craintes se traduisent par des coûts plus élevés et des résultats moins efficaces pour tous les participants au marché.

Ces questions peuvent aussi être importantes en regard des conseils fournis par Industrie Canada en matière de marketing, d'investissement, de technologie, d'exportations, etc. aux entreprises qui fabriquent des produits de haute technologie (et utilisent des technologies plus avancées) protégés par les lois sur les brevets, le droit d'auteur ou le secret commercial. La confiance des consommateurs sur le marché revêt une importance primordiale si nous voulons engendrer la prospérité et les débouchés économiques indispensables à l'économie du savoir et de l'information de demain.

L'HÉRITAGE DES POLITIQUES ASSOCIÉES AUX LOIS DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR

LE CADRE ANALYTIQUE DE NOTRE ÉTUDE est aussi déterminé en partie par les politiques héritées du droit de la protection du consommateur au Canada et dans d'autres pays industrialisés, ainsi que par les réformes qui peuvent être nécessaires à la lumière de divers facteurs :

- la mondialisation des marchés;
- la libéralisation des échanges internationaux;
- la réforme de la réglementation et la modernisation de plusieurs lois d'encadrement de l'activité commerciale, comme la *Loi sur la concurrence* et la *Loi sur les brevets*;

- une concurrence et un choix accrus sur la plupart des marchés de consommation;
- la révolution de la technologie de l'information;
- l'expansion du secteur des services et de celui des petites entreprises;
- l'évolution constitutionnelle au Canada et les nouvelles obligations associées à l'Accord sur le commerce intérieur, l'OMC et l'ALENA;
- la croissance spectaculaire des transactions transfrontières de produits de consommation et de la vente à distance, une tendance qui devrait s'accélérer avec l'expansion des achats sur Internet;
- la perception par le consommateur des avantages, des risques et des dangers cachés des nouvelles technologie, par exemple la biotechnologie, les technologies de l'information et les technologies environnementales.

Tel est le thème d'un document récent produit par le Bureau de la consommation et présenté à la table ronde sur la législation et la politique en matière de consommation, organisée à l'Université de Toronto en juin 1996⁴⁰. Dans ce document, les auteurs examinent les défaillances du marché, les externalités et d'autres préoccupations d'ordre socio-économique qui ont traditionnellement servi de fondement à la protection du consommateur; ils évaluent ces préoccupations à la lumière des changements spectaculaires qui se sont produits au cours des 30 dernières années au niveau des marchés, de la technologie, du secteur public et de la législation. Selon les auteurs, l'origine des politiques de protection du consommateur se rattache à plusieurs formes de lacunes du marché.

- Le pouvoir de monopole et d'oligopole sur les marchés qui, du point de vue de la protection du consommateur, se traduisait par des préoccupations au sujet de l'inégalité du pouvoir de négociation : les consommateurs n'avaient guère le choix de faire leurs achats auprès de fabricants et de détaillants importants et puissants, à des conditions établies par ces derniers.
- Les externalités négatives découlant de transactions où les parties, même agissant librement et en pleine connaissance de cause, ignoraient les coûts imposés involontairement à des tiers. Les préoccupations sur le plan de la protection du consommateur englobaient ici les dangers pour les enfants liés à la sécurité des produits, les normes de sécurité pour les automobiles, le respect de la vie privée et la protection des renseignements personnels, les risques pour la santé (par exemple les dangers du tabagisme pour les fumeurs et les non-fumeurs) et les externalités environnementales.

- D'importantes asymétries d'information entre fabricants et vendeurs, d'une part, et clients et consommateurs, de l'autre, qui ont été la justification la plus importante dans le passé des mesures de protection du consommateur. Les auteurs soutiennent que presque toutes les transactions comportent des asymétries d'information; le défi consiste à déterminer les types de produits, de technologies et de transactions pour lesquels l'asymétrie est tellement sérieuse qu'une certaine forme d'intervention s'avère nécessaire. Cela peut notamment s'avérer nécessaire dans les domaines de la santé et de la sécurité, surtout lorsque les dangers sont dissimulés et intégrés à des produits de haute technologie mal connus ou à des biens qui font intervenir la confiance.
- D'autres formes de coûts de transaction – distincts des coûts d'information – qui influent sur les transactions des consommateurs sur le marché, tels que les coûts engagés pour donner suite aux plaintes des consommateurs et obtenir des mesures de réparation, le cas échéant.
- La prestation de biens publics (comme l'éducation des consommateurs et la diffusion de renseignements généraux aux consommateurs et sur les marchés) qui, en raison de leur caractère non rival et non exclusif, seront probablement offerts en quantité inférieure à l'optimum par les agents économiques; il y a aussi les problèmes d'action collective (opportunisme) auxquels les consommateurs sont confrontés en tant que groupe numériquement important, non organisé sur le plan politique et dispersé.
- Des motifs controversés et non économiques pour justifier l'intervention de l'État sur le marché, par exemple la justice distributive et le paternalisme – achats de certains produits de consommation par des mineurs et effets de la publicité parmi les jeunes. Les auteurs soutiennent que, dans les sociétés libérales où les marchés sont réellement concurrentiels, les raisons non économiques invoquées pour justifier l'intervention des autorités au nom des consommateurs devraient être considérées avec beaucoup de circonspection.

Les auteurs concluent qu'en raison de la libéralisation des échanges, de l'intensification de la concurrence et du choix plus vaste de produits sur les marchés, ainsi que d'autres changements liés à l'environnement externe énumérés plus haut dans l'appendice, plusieurs éléments de l'assise de ces politiques sont moins importants aujourd'hui qu'il y a 30 ans. Par ailleurs, les principes fondamentaux de la protection du consommateur demeurent les mêmes, de sorte que plusieurs de ces considérations sous une forme modifiée conserveront toute leur pertinence dans le cadre des efforts qui seront déployés dans l'avenir pour moderniser les politiques et les lois sur la consommation au Canada et ailleurs.

APPENDICE B : LE CONSOMMATEUR ET L'ÉCONOMIE DE L'INFORMATION

LA POLITIQUE DE CONCURRENCE, les droits de propriété intellectuelle et l'optique du consommateur convergent au moment d'évaluer l'importance de l'information du consommateur et de l'acceptation par ce dernier des technologies habilitantes en biologie, en environnement, en informatique et dans d'autres domaines pour leur réussite éventuelle.

Comme nous l'avons indiqué plus haut, la biotechnologie et le génie génétique n'atteindront pas pleinement leur objectif d'améliorer la santé et le bien-être économique de la population si les consommateurs estiment qu'ils ont été induits en erreur sur la véritable nature des produits génétiquement modifiés ou qu'ils se voient forcés d'accepter un risque trop élevé en échange d'avantages trop restreints. De même, les « éco-produits » et d'autres biens et technologies censés promouvoir des objectifs écologiques ne seront pas acceptés sur le marché si les consommateurs rejettent les arguments des spécialistes en marketing concernant le caractère écologiquement sain des produits qu'ils leur offrent. L'inforoute ne sera pas à la hauteur de ses promesses parmi les producteurs, les spécialistes en marketing ou les consommateurs si les acheteurs finissent par croire que leurs renseignements personnels ne sont pas protégés de façon adéquate et que l'autoroute de l'information est en grande partie une source de promesses fallacieuses, d'escroqueries liées au commerce électronique et de renseignements trompeurs et dérouterants qu'il leur est difficile de recueillir, de vérifier et d'utiliser. On pourrait affirmer que la réussite du programme canadien de partenariats technologiques et les autres initiatives en matière d'innovation des gouvernements et des entreprises est fonction tout autant de l'acceptation par les consommateurs des produits et des technologies qui en résultent que de l'utilisation efficace par l'industrie de l'aide financière et du soutien technique reçus de l'État.

Le Bureau de la consommation et ses partenaires d'autres secteurs d'Industrie Canada, d'autres ministères et de l'extérieur du secteur public seront aux prises avec ces questions complexes pendant encore longtemps. Toutefois, les travaux réalisés à ce jour sur des questions précises et les recherches entreprises par le Bureau de la consommation sur l'économie et les marchés de l'information font ressortir certaines indications et enseignements qui pourraient être utiles dans le contexte de l'élaboration des politiques.

Certaines de ces perspectives furent présentées lors d'une table ronde sur le marché de l'information organisée par le Bureau de la consommation le 29 mars 1996. Cette rencontre a permis de réunir 25 universitaires et responsables des politiques de partout au Canada, en plus d'un orateur invité des États-Unis. Entre autres questions, la table ronde a fourni une occasion d'évaluer les répercussions de l'Internet et d'autres aspects de l'inforoute sur la confiance des consommateurs, leur participation et leurs transactions sur le marché électronique.

À bien des égards, le magasinage sur Internet a servi de métaphore et d'illustration des possibilités et des risques que laisse entrevoir l'avenir.

On a souligné que le magasinage sur Internet était encore un phénomène très restreint et que le World Wide Web, tout en connaissant une croissance spectaculaire au niveau de l'utilisation, du nombre d'usagers et du nombre de sites Web, est encore essentiellement employé à des fins de furetage, de loisir, d'éducation, de recherche universitaire et d'autres formes de « navigation » non commerciale. On prévoit que les achats faits par des consommateurs progresseront rapidement dans les années à venir (à partir d'une base actuellement très restreinte), mais on ne sait pas pour l'instant si le magasinage et le marketing électroniques en viendront à occuper une place importante par rapport aux formes traditionnelles de publicité, de commercialisation et d'achat. Comme nous le notons ci-dessous, le Web ne convient pas nécessairement à tous les acheteurs, tous les vendeurs et tous les types de transactions.

Le Web est une source de préoccupations en ce qui concerne :

- la protection de la propriété intellectuelle, notamment les contre-façons de droits d'auteur;
- la politique de concurrence et le risque d'une domination croissante dans les secteurs de la distribution et du commerce de détail et d'un renforcement du pouvoir exercé par les grandes marques commerciales;
- la publicité trompeuse, la fausse représentation et la fraude électronique⁴¹;
- le respect de la vie privée et la protection des renseignements personnels.

Toutefois, selon l'opinion générale exprimée par les participants à la table ronde, le magasinage électronique devrait, en définitive, favoriser la concurrence, le bien-être du consommateur, les occasions commerciales pour la petite entreprise et l'efficacité du marché.

L'une des conclusions de la table ronde est qu'il faudrait entreprendre d'autres recherches au Canada sur les répercussions de l'Internet et du magasinage électronique sur les marchés, les consommateurs, les producteurs et les normes d'encadrement actuelles, avant de se demander si des règles nouvelles, plus rigoureuses ou spéciales sont nécessaires pour composer avec le défi unique que posent l'Internet, l'inforoute et le magasinage sur le Web. Lorsque certaines améliorations auront été apportées dans divers domaines – la protection de la vie privée, la transparence, la simplification, les questions intergouvernementales, la coopération au niveau de la surveillance des transactions transfrontières⁴² et la compréhension des effets du pouvoir de marché sur les droits de propriété intellectuelle lorsque ceux-ci sont accordés à des industries de réseaux –, les règles d'encadrement qui s'appliquent actuellement aux transactions tant traditionnelles qu'électroniques pourraient fort bien se révéler adéquates. Par conséquent, on pourrait peut-être limiter les changements majeurs à une amélioration de la gestion et des mesures d'exécution, par des moyens tels

qu'un meilleur accès aux poursuites privées et aux recours collectifs, des honoraires proportionnels aux résultats, de nouveaux mécanismes de résolution des différends, une participation multipartite à des codes de pratique volontaires et à d'autres formes d'autoréglementation et d'autogestion, des amendes plus élevées et l'octroi de bourses à des associations de consommateurs et à d'autres groupes voués à la défense de l'intérêt public, de même que d'autres mesures qui permettraient aux consommateurs et aux entreprises de plus petite taille, agissant seuls ou de façon concertée, de se protéger et de défendre leurs propres intérêts.

Cette conclusion est inspirée de deux points de vue qui ont gagné en popularité à mesure que progressait le débat en table ronde :

1. Comme nous l'avons indiqué précédemment, il n'y a aucune indication probante ou consensus à l'effet que les transactions électroniques en viendront à dominer le marché de l'avenir. Il n'est évidemment pas dans l'intérêt public d'élaborer des règles spéciales pour couvrir une faible fraction du marché total de la consommation lorsque les préjudices subis ne sont pas sensiblement différents de ceux qui se rattachent aux transactions traditionnelles; en d'autres termes, une escroquerie est une escroquerie, peu importe qu'elle résulte d'une activité de télémarketing, de marketing électronique, d'une vente directe ou d'une vente au détail.
2. L'amélioration de la concurrence et de l'efficacité sur le marché rendue possible par l'Internet et l'inforoute devrait solutionner plusieurs et peut-être même la majorité des problèmes de marché, en permettant aux commerçants honnêtes de soutenir la concurrence avec efficacité et d'expulser les vendeurs malhonnêtes et les autres commerçants qui n'accordent pas une protection adéquate aux droits d'auteur et aux renseignements personnels de leurs clients. Ces gains d'efficacité ont été reliés à des facteurs tels qu'une baisse des coûts de recherche et d'évaluation pour les consommateurs, l'interaction entre acheteurs et vendeurs (qui, entre autres, permet de réaliser un meilleur jumelage entre l'offre d'un vendeur et la demande d'un client en particulier), l'envergure mondiale, qui offre la possibilité aux petits vendeurs d'augmenter leur chiffre d'affaires et de réaliser un bénéfice sur différents marchés géographiques (la disparition de la distance et des économies d'implantation), l'aptitude des vendeurs à modifier leurs prix et leurs offres de produits presque quotidiennement et l'arbitrage des prix qui résulte des situations précitées.

L'Internet et les autres segments de l'inforoute sont véritablement des instruments de renforcement de l'autonomie individuelle. Par conséquent, l'une des préoccupations actuelles est de savoir si l'imposition de nouvelles normes d'encadrement ou une application trop rigoureuse des droits d'auteur ou

d'autres règles auront pour effet d'empêcher l'inforoute d'atteindre son plein potentiel en vue de faciliter la mise en commun de l'information, les activités conjointes de recherche et d'élaboration des politiques et la formation d'alliances stratégiques efficaces entre des associations de consommateurs et d'autres groupes de défense de l'intérêt public dans différentes régions du pays et à l'échelle mondiale. Par ailleurs, en période de compressions budgétaires, de réforme de la réglementation et d'autonomie, le renforcement des moyens d'action signifie aussi que les particuliers, les familles, les entreprises et les ONG doivent accepter une plus grande part de responsabilité pour leurs propres actions et pour se protéger contre de nouvelles formes de dangers et de méfaits apparus avec le marché électronique.

Selon une perception largement répandue, l'Internet et d'autres segments de l'inforoute devraient, tout compte fait, servir les intérêts des consommateurs en mettant à leur disposition des renseignements de meilleure qualité et à meilleur compte. Toutefois, des travaux récents de Sunil Gupta et d'autres chercheurs permettent de penser que l'Internet aura une incidence plus grande sur certains producteurs et consommateurs que sur d'autres. Pour l'instant, les consommateurs qui utilisent l'Internet seront surtout des personnes hautement scolarisées et à revenu élevé, plus jeunes et plus souvent des hommes que des femmes, qui utilisent l'ordinateur et qui ont le temps de faire des recherches sur l'Internet pour examiner le nombre croissant de produits maintenant offerts par ce moyen. Il faut aussi souligner que l'Internet est en voie de devenir un médium populaire qui suscite aujourd'hui l'intérêt d'un nombre de personnes dépassant largement celui des premiers mordus de cette technologie. Ces nouveaux utilisateurs ont tendance à être plus exigeants et moins versés dans les questions informatiques que les premiers internautes.

Gupta poursuit en affirmant qu'en raison des coûts moins élevés de recherche et d'évaluation, l'Internet sera l'instrument privilégié pour chercher des renseignements sur les produits lorsque :

- les fabricants sont davantage renseignés que les détaillants;
- le nombre d'achats est plus limité mais ceux-ci commandent un prix élevé qui justifie un certain effort de recherche et d'évaluation;
- il n'y a pas de vendeurs dans la localité;
- les prix varient considérablement suivant l'emplacement et l'identité du distributeur.

L'Internet pourrait servir dans le cas de produits complexes et personnalisés qui se prêtent à une mise à l'essai et à une évaluation électronique; ce pourrait être également un moyen privilégié pour chercher des renseignements sur des produits achetés fréquemment mais qui changent constamment (comme les logiciels)⁴³.

Pour toutes ces raisons, il importe d'en savoir davantage sur le marché existant, la concurrence et les conséquences pour le consommateur de

l'Internet et de l'inforoute avant d'envisager des règles nouvelles et plus rigoureuses, axées sur ces nouvelles technologies. Compte tenu des inconnues examinées ci-dessus et de l'évolution rapide de ces technologies, des règles spéciales élaborées dans le présent contexte pourraient avoir des répercussions tout autant positives que négatives.

L'inforoute et l'économie de l'information soulèvent aussi des questions plus générales concernant la recherche en consommation et la défense des droits et l'éducation des consommateurs. Il importe d'évaluer le point de vue des consommateurs et de les faire participer, de même que leurs représentants, dès les premières étapes de la mise au point de produits et de services nouveaux faisant appel à des technologies nouvelles et mal connues. La participation précoce des consommateurs et la prise en compte de leurs préoccupations a donné des résultats très fructueux lors du lancement réussi du système de transfert électronique de fonds au Canada⁴⁴ et nous croyons que des avantages semblables résulteront des recherches actuelles en sciences sociales sur la biotechnologie et le consommateur.

En appuyant l'introduction et la commercialisation des technologies nouvelles, les gouvernements, à l'instar des spécialistes en marketing, devront mener des recherches sociales poussées – y compris des enquêtes omnibus et par panel, des groupes de discussion, des modèles de comportement et des prévisions – afin d'explorer et de comprendre la diversité des points de vue des consommateurs, de déterminer l'ampleur et la gravité de leurs appréhensions à l'égard d'aspects économiques et non économiques, et de saisir pleinement les dangers et les risques tels que perçus par les divers groupes de consommateurs⁴⁵. Les réactions des consommateurs devraient servir à élaborer et à mettre en place des programmes efficaces et peu coûteux d'éducation et d'information des consommateurs en étant attentifs aux préoccupations et aux perceptions des consommateurs au sujet des technologies nouvelles.

À mesure que les marchés et les produits deviennent plus complexes, différenciés et segmentés, et que les nouvelles technologies renferment des caractéristiques imperceptibles qui peuvent inquiéter les consommateurs, il devient de plus en plus important de prévoir des programmes d'information et d'éducation à leur intention. Ce processus doit débiter à l'école primaire et secondaire. Les provinces devront prendre l'initiative et accorder plus d'attention à cet aspect souvent ignoré de l'éducation; toutefois, le gouvernement fédéral peut faire une contribution importante sur le plan de l'analyse, du soutien technologique et des programmes d'études dans le cadre d'initiatives comme le Réseau scolaire canadien⁴⁶ et le Coin du consommateur – que le BC et ses partenaires sont en voie d'élaborer sur le réseau *Strategis* d'Industrie Canada.

D'autres mesures complémentaires devraient être mises en place par le gouvernement pour rendre plus efficace les nombreux mécanismes informels d'éducation et d'information des consommateurs. Comme nous l'avons déjà souligné, l'Internet et d'autres éléments de l'inforoute deviendront probablement d'importants véhicules de diffusion des renseignements dont les consommateurs

ont besoin pour gérer sagement leur budget. À l'heure actuelle, l'Internet peut être pour le consommateur une source à la fois déroutante et contradictoire de renseignement et de promotion, mais on espère que des intermédiaires apparaîtront et, qu'en échange de frais minimes, ils pourront aider les consommateurs à se retrouver dans ce labyrinthe.

Des systèmes d'information exploités par le gouvernement à l'intention des consommateurs pourraient contribuer à appuyer ce processus. Comme nous l'avons indiqué, le Bureau de la consommation, en collaboration avec des partenaires des secteurs public et privé, mettra des renseignements à la disposition des consommateurs au cours de la prochaine année sur le système d'information d'Industrie Canada, *Strategis*, pour les aider à améliorer leur connaissance des lois et des politiques sur la consommation au Canada, à chercher des recours et à mieux comprendre les répercussions de l'évolution économique et politique générale sur les attitudes et les dépenses des consommateurs. De plus, le Bureau de la consommation et d'autres feront l'essai, sur ce système, des fonctions de téléinformatique du Réseau d'information et de recherche sur la consommation, qui vise à relier par voie électronique des groupes de consommateurs et d'autres intervenants de partout au pays dans le cadre de projets conjoints de recherche et d'analyse de politiques et d'interventions visant à défendre l'intérêt du consommateur. Les participants à la table ronde ont exprimé un vif intérêt face à ces possibilités de téléinformatique pour réaliser des recherches sur le marché de l'information.

Un nombre croissant de Canadiens se retrouvent aujourd'hui dans ce que l'on appelle un milieu de travail « hautement performants »⁴⁷, où l'on encourage l'autonomie, la critique et l'affirmation de soi; les travailleurs transposeront ces nouvelles attitudes à la maison et dans leurs décisions de consommation, ce qui contribuera à l'émergence d'un consommateur bien informé et exigeant, comme nous l'avons déjà souligné.

En résumé, l'application à l'Internet et à l'inforoute du droit d'auteur et d'autres lois en matière de PI, de la législation sur la publicité trompeuse et la fausse représentation et d'autres lois d'encadrement est un défi qu'il nous faudra un certain temps à relever. Selon une opinion qui est en voie de se répandre, l'État aura beaucoup de difficulté à appliquer les lois dans ce domaine et les problèmes devront être abordés au niveau des décisions familiales, de la responsabilité individuelle et, peut-être, d'interventions privées. De plus, on craint qu'une application mal éclairée et intempestive des lois sur la PI, la concurrence, la protection du consommateur et dans d'autres domaines – mises au point pour répondre aux besoins des marchés traditionnels, où les transactions se faisaient habituellement de personne à personne – compromette la réalisation du plein potentiel de l'Internet, de l'autoroute de l'information et d'autres formes de transactions électroniques comme moyens d'améliorer l'efficacité des marchés, la confiance du consommateur et la participation au libre-marché, ainsi que la capacité de l'inforoute de rassembler les Canadiens dans la poursuite d'objectifs communs sur le plan de politiques.

Nous revenons ainsi au thème central de notre exposé – la propriété intellectuelle, la *Loi sur la concurrence* et le consommateur, dans une économie axée sur l'information.

APPENDICE C : SOURCES POSSIBLES DE DÉBAT ET DE FRICTION CONCERNANT LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET L'INTÉRÊT DU CONSOMMATEUR

PARMI DES SOURCES POSSIBLES DE FRICTION entre les droits de propriété intellectuelle et l'intérêt du consommateur au cours des années à venir, on peut mentionner les suivantes :

- Les possibilités de représentation de l'intérêt du consommateur, des procédures de recours plus efficaces et moins coûteuses et l'utilisation d'autres mécanismes de résolution des différends lorsque des droits de propriété intellectuelle entrent en conflit avec les intérêts des consommateurs.
- L'examen du projet de loi C-91 en comité parlementaire en 1997, avec un accent particulier sur les prix des médicaments et les questions de santé connexes, ce qui reflète les objectifs contradictoires de l'accès aux médicaments à prix abordables et d'une incitation adéquate à la mise au point de nouveaux médicaments⁴⁸.
- La biotechnologie, le brevetage des formes de vie, l'étiquetage et la diffusion d'autres renseignements à l'intention des consommateurs sur les produits génétiquement modifiés; le brevetage des formes de vie et le génie génétique soulèvent plusieurs questions :
 - des préoccupations en matière de concurrence – le danger que les premiers à obtenir un brevet et à commercialiser un produit ou une technologie bénéficie d'un avantage comparatif durable qui pourrait être perçu comme l'exploitation abusive d'une position dominante et de la propriété intellectuelle;
 - des questions liées à la sécurité des produits et à l'information et au choix du consommateur – la mesure dans laquelle les consommateurs devraient être prévenus, grâce à l'étiquetage ou à d'autres techniques d'information, qu'un produit a été modifié génétiquement;
 - des préoccupations d'ordre éthique – les investisseurs, les producteurs et les vendeurs devraient-ils pouvoir profiter du brevetage de substances vivantes;
 - des questions écologiques – le risque que le brevetage et la commercialisation de formes de vie et de substances génétiques contribuent

progressivement à accroître la menace à la diversité biologique, qui accuse déjà un déclin.

- Le phénomène des importations parallèles, les marchés gris et le « principe de l'épuisement » dans la zone de l'ALENA. L'auteur juge convaincants plusieurs des arguments en faveur de la concurrence visant à permettre certaines formes de segmentation internationale des marchés et, ainsi, à placer certaines restrictions sur les importations parallèles et les marchés gris. Par ailleurs, ces arguments doivent être mieux expliqués aux profanes qui, à certains moments, sont déconcertés de voir que des organismes responsables de la concurrence et des universitaires appuient ces formes de segmentation du marché et de restrictions commerciales dans un régime de libre-échange comme l'ALENA.
- La deuxième étape des modifications apportées à la législation sur le droit d'auteur (déposées devant le Parlement au printemps de 1996) qui, entre autres, abordent la question des droits voisins qui visent à accorder des redevances aux producteurs et aux interprètes d'enregistrements sonores; un droit sur les bandes d'enregistrement vierges, telles que les cassettes et les rubans, afin de rémunérer les créateurs pour les copies privées de leurs œuvres musicales; une meilleure protection des distributeurs exclusifs de livres sur le marché canadien; des modalités d'exemption de l'application de la loi sur le droit d'auteur pour des groupes comme les établissements d'enseignement, les bibliothèques, les archives et les musées, ainsi que pour les personnes souffrant de troubles perceptifs.
- L'application du droit d'auteur et d'autres lois d'encadrement du marché à l'Internet et à d'autres aspects de l'informatique. Tel qu'indiqué dans l'appendice B, il pourrait être très difficile d'appliquer diverses formes de protection – les lois nationales sur le droit d'auteur et d'autres aspects de la PI, les lois de protection du consommateur, les lois sur la protection de la vie privée, les codes de déontologie, d'autres types de normes volontaires, les lois sur la concurrence et les valeurs mobilières, etc. – dans le cas de la vente à distance et d'autres transactions électroniques sur l'Internet :
 - lorsque le vendeur et l'acheteur résident dans des pays différents;
 - lorsque l'une des parties peut même ignorer où l'autre partie demeure et que la première n'est pas en mesure de confirmer son identité;
 - lorsque des messages, des réclames publicitaires, des offres d'achat et de vente et d'autres informations peuvent être acheminés vers un grand nombre de pays et qu'aucune des parties à la transaction ne

sait quels pays ont servi d'intermédiaires fortuits dans l'acheminement de la transaction. Il se pourrait que la seule réponse possible soit d'aviser les acheteurs, les créateurs et les vendeurs d'être sur leur garde – mais à propos de quoi, de qui et de quel endroit ?

- Le traitement prévu dans la politique de concurrence des licences, des accords de concession réciproque de licences, des coentreprises de recherche et d'autres arrangements commerciaux qui pourraient mener à une utilisation abusive des droits de propriété intellectuelle et de la position dominante sur le marché.
- La durée appropriée de la protection accordée par brevet et dans quelle mesure – et sous quelles conditions – l'augmentation des rendements privés résultant d'une protection plus rigoureuse en matière de PI (et peut-être d'un traitement plus permissif de la propriété intellectuelle en vertu de la *Loi sur la concurrence*) se traduit par une amélioration des rendements collectifs et du bien-être du consommateur. Ces rendements sont fonction en partie de l'importance des retombées et de la diffusion de la technologie et de la mesure dans laquelle ces éléments se traduisent en bout de ligne par des avantages pour le consommateur sous forme de baisses de prix, d'améliorations de la qualité des produits, de l'apparition de nouveaux produits et d'un choix plus vaste.
- Le coût croissant des nouvelles inventions et de l'obtention des approbations réglementaires mise en place pour protéger le consommateur. On peut soutenir que des DPI étendus (et des politiques de concurrence permissives) sont nécessaires pour que les inventeurs récupèrent les coûts et les délais attribuables au processus d'approbation réglementaire. Sans une forte protection de la propriété intellectuelle, certains nouveaux produits ne seraient jamais mis à la disposition du consommateur. Toutefois, il n'est pas facile de parvenir à un juste équilibre entre les intérêts des consommateurs, ceux des producteurs et ceux de la société. Ainsi, les recherches effectuées par le Bureau de la consommation indiquent que, dans le cas de la biotechnologie et des produits connexes, le consommateur n'est peut-être pas disposé à abaisser ses normes en matière de santé et de sécurité et d'accepter des risques plus élevés pour payer des prix moins élevés et obtenir un plus grand choix.
- Le risque que les demandes visant à obtenir des niveaux de protection de la PI encore plus élevés émanant de groupes de pression bien organisés représentant les milieux d'affaires dans d'autres pays engendrent des pressions en vue d'offrir les mêmes niveaux de protection au Canada – soit à cause de nouvelles obligations dans le cadre d'accords commerciaux internationaux ou de pressions plus subtiles visant à maintenir la compétitivité ou des règles de jeu équitables pour les exportateurs canadiens – au détriment des utilisateurs de la PI, des entreprises de plus petite taille et des consommateurs finals.

Il y a essentiellement cinq raisons pour lesquelles les droits de propriété intellectuelle peuvent soulever des préoccupations parmi les consommateurs et leurs représentants :

- **Asymétries d'information** – Les consommateurs et les regroupements de consommateurs ne sont peut-être pas très renseignés sur les travaux effectués en économie au cours des 25 dernières années, qui indiquent que des gains d'efficacité totale et de bien-être du consommateur peuvent être réalisés par le recours à des DPI pour différencier les produits, établir des territoires exclusifs, prévenir des importations parallèles et stimuler l'innovation et la R-D, entre autres. Plusieurs ONG non commerciales et des membres du public sont peut-être plus familiers avec l'ancienne façon de voir les choses, où l'on mettait l'accent sur les effets néfastes pour concurrence pouvant résulter de l'octroi d'un pouvoir de monopole limité en vertu de la législation sur la PI, par opposition à l'approche plus permissive fondée sur la règle de raison qui sous-tend actuellement les politiques de concurrence et d'autres politiques publiques.
- **Méfiance croissante à l'endroit du gouvernement, de l'industrie et des autres « élites »** – Ces asymétries d'information sont aggravées par une méfiance apparemment croissante du grand public à l'égard du gouvernement, de l'industrie, des milieux scientifiques et universitaires, des syndicats et d'autres intervenants clés. Selon certains commentateurs, la remise en question par les Canadiens de leurs élites ressort de l'échec de l'Accord de Charlottetown, qui avait reçu l'appui de presque tous les groupes prestigieux du pays.
- **Préoccupations légitimes soulevées par des DPI trop étendus** – Particulièrement lorsqu'on les conjugue aux externalités de réseau, à des normes techniques commercialement importantes ou à des fusionnements transfrontières, des alliances stratégiques et d'autres arrangements entre les entreprises, les DPI peuvent mener à l'utilisation abusive d'une position dominante et d'un pouvoir monopolistique ou oligopolistique sur le marché.
- **Transferts de revenu et de richesse** – Le fait que, dans certaines circonstances, des normes de PI plus élevées et une application plus rigoureuse pourraient, par exemple, se traduire par des gains d'efficacité pour les producteurs au détriment du bien-être des consommateurs, soulève des préoccupations légitimes. Il s'agit probablement de l'une des sources de tension entre les groupes de consommateurs et les industries des médicaments, des produits chimiques et du spectacle, qui réclament des DPI plus étendus pour encourager la R-D, l'innovation et l'activité créatrice.

- **Préoccupations plus générales sur le plan de l'éthique, de la morale, de l'équité et du bien-être** – Certains membres du public soutiennent que la politique de concurrence, qui met l'accent sur l'efficience totale, et la politique de propriété intellectuelle, qui insiste sur l'innovation, conviennent mal pour aborder des questions telles que la génétique, les technologies de reproduction et le brevetage des formes de vie.

Le message central qui se dégage de ces questions est que le progrès technologique, la mondialisation des marchés et l'évolution des préoccupations des consommateurs exigent que les intervenants du domaine de la PI et de la politique de concurrence tiennent davantage compte de la richesse et de la diversité des points de vue des consommateurs dans l'élaboration des politiques, l'application des lois et l'adoption de mesures axées sur les interactions entre les droits de propriété intellectuelle et la concurrence.

NOTES

- 1 Le présent exposé, rédigé avec la collaboration de Terry Leung, Bernard Keating, Anne Pigeon et Hubert Laferrière, traduit les vues de l'auteur et ne reflète ni les opinions ni les positions en matière de politiques du Bureau de la consommation ou d'Industrie Canada.
- 2 Cette partie est fortement inspirée du texte de J. Shore, *Competition Policy and the Consumer Interest*, Secrétariat de la politique-cadre sur la consommation, 1991. Voir aussi George N. Addy, « Notes pour une allocution prononcée lors de la Cinquième conférence internationale en droit de la consommation », Osgoode Hall, Toronto, 25 mai 1995. Parlant au nom du Ministre, Addy a souligné que la protection des intérêts des consommateurs représente un volet important des responsabilités du ministre de l'Industrie. Il a indiqué que, lorsque les modifications législatives pertinentes auront été apportées, l'amalgame des activités du Bureau de la concurrence et des responsabilités en matière de protection du consommateur de la Direction générale des biens de consommation offrira d'importants avantages en fournissant un cadre moderne qui permettra de regrouper au même endroit les outils dont toutes les catégories de consommateurs ont besoin pour participer efficacement au marché. Addy a aussi mentionné que plusieurs instances législatives avaient jugé avantageux de combiner les activités de surveillance de la concurrence et de protection du consommateur au sein d'une seule organisation.

Voir aussi une ébauche récente du rapport reprographiée de Robert H. Lande, « A Unified Theory of Consumer Sovereignty: Antitrust and Consumer Protection Law Combined », École de droit, Université de Baltimore, juin 1996. Dans ce document, le professeur Lande compare et oppose les deux domaines du droit en soutenant que ceux-ci, en définitive, se renforcent réciproquement comme deux éléments inséparables d'une même entité – la souveraineté du consommateur. La politique antitrust vise à ce que les marchés puissent offrir aux consommateurs un éventail concurrentiel d'options à partir desquelles ils pourront faire leur choix, sans s'inquiéter des possibilités de fixation des prix, de fusions anticoncurrentielles ou d'autres entraves au

commerce. La protection du consommateur vise donc à s'assurer que les consommateurs puissent faire un choix entre ces options sans être gênés par des supercheries ou des dissimulations de renseignements importants.

- 3 Voir, par exemple, le mémoire du Directeur portant sur l'inforoute : G. Addy, « Notes for Remarks to the Advisory Council on the Information Highway », 1994.
- 4 À divers degrés, l'efficience totale est le principe directeur dans la plupart des autres lois modernes sur la concurrence. Ainsi, une approche fondée sur le principe de l'efficience totale a été adoptée aux fins des lignes directrices émises le 6 avril 1995 par le Département de la Justice et la Federal Trade Commission des États-Unis, sous le titre *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*.
- 5 Par exemple, les dispositions contractuelles qui sont conformes au critère de l'efficience totale et, ainsi, qui contribuent à réduire le problème de l'opportunisme et à permettre aux distributeurs et aux détaillants de tirer avantage de leurs efforts de commercialisation et de leurs investissements en général, peuvent être perçues sous un jour moins positif par les consommateurs qui, de ce fait, ont un choix de produits plus restreint et n'ont désormais plus accès à des importations parallèles à prix moindres (lorsque les consommateurs sont pleinement conscients que les produits provenant d'un marché parallèle peuvent comporter moins d'information et n'offrir aucune garantie et un nombre plus limité d'options).
- 6 Par exemple, une nouvelle technologie environnementale, une percée majeure en informatique qui permettrait de rendre l'inforoute accessible à tous, un traitement contre le cancer, un nouveau jeu sur ordinateur formidable ou d'autre matériel de détente et de loisir.
- 7 Ainsi, Michael Porter et plusieurs autres ont soutenu que la compétitivité internationale doit être fondée sur une forte rivalité, des marchés intérieurs efficients, des consommateurs exigeants et bien renseignés et une application rigoureuse de la législation sur la concurrence et des autres lois d'encadrement. En l'absence de marchés efficients, d'une saine rivalité et de consommateurs exigeants au pays, l'industrie locale ne pourra pas développer les produits, les technologies, les compétences et les connaissances spécialisées requises pour soutenir la concurrence à l'étranger. Voir Michael E. Porter, *The Comparative Advantage of Nations*, The Free Press, 1990.
- 8 On pourrait aussi soutenir que des conflits au niveau des politiques pourraient aussi agir dans la direction opposée. Des politiques et des lois sur la consommation qui peuvent profiter à un groupe de consommateurs (peut-être bien organisés) au détriment d'autres consommateurs, ou qui imposent des régimes de réglementation directe coûteux aux autres intervenants sur le marché au nom de la sécurité des produits, de l'information des consommateurs, de la protection de la vie privée ou d'autres grands objectifs sociaux, pourraient réduire l'efficience économique, la concurrence sur les marchés intérieurs, la compétitivité internationale et, à long terme, être préjudiciable aux intérêts plus vastes des consommateurs. À l'instar de la législation sur la concurrence et la propriété intellectuelle, le droit et la politique de protection du consommateur nécessitent aussi un équilibre axé sur une pondération minutieuse des intérêts des intervenants, y compris les points de vue des différents groupes de consommateurs.
- 9 Soulignons que la Banque mondiale et d'autres organisme internationaux ont mis au point des techniques permettant d'intégrer ces jugements de valeur dans leurs modèles d'avantages-coûts et leurs méthodes d'évaluation des projets. À cette fin, différents facteurs de pondération sont attribués aux avantages et aux coûts qui se rattachent aux différents agents économiques, en se fondant (par exemple) sur la situation socio-

- économique et les objectifs des politiques publiques. Voir, par exemple, Heng-Kang Sang, *Project Evaluation: Techniques and Practices for Developing Countries*, Wilson Press, New York, 1988.
- 10 En ce qui concerne la première proposition, voir Bureau de la concurrence, « Document de travail : modifications à la *Loi sur la concurrence* », juin 1995. Au sujet de la possibilité de traiter la majorité des arrangements horizontaux comme une pratique examinable, voir Thomas W. Ross, « Proposals for a New Canadian Competition Law on Conspiracy », *The Antitrust Bulletin*, hiver 1991.
- 11 Un droit qui, de l'avis de tous, a rarement été utilisé.
- 12 Voir, par exemple, Consommation et Corporations Canada, *La propriété intellectuelle et les intérêts commerciaux du Canada*, 1990, et l'ouvrage publié sous la direction de Murray G. Smith, *Global Rivalry and Intellectual Property*, Institut de recherche en politiques publiques, Halifax, 1990.
- 13 John R. Baldwin, « The Use of Intellectual Property Rights by Canadian Manufacturing Firms: Findings from the Innovation Survey », Division de l'analyse macroéconomique, Statistique Canada, ébauche, mars 1996. L'auteur de l'étude met en relief les liens étroits entre l'utilisation de la propriété intellectuelle et l'aptitude à innover d'une industrie, notamment dans des industries comme celles des produits chimiques, des produits pharmaceutiques, du pétrole raffiné et des produits et du matériel électriques.
- 14 Celles-ci comprennent le rôle important des brevets dans les industries des produits chimiques et des produits pharmaceutiques et l'importance de la législation sur le droit d'auteur dans les industries du spectacle et du logiciel. De plus, les auteurs d'une deuxième étude publiée dans le présent ouvrage soutiennent que les DPI peuvent aussi être très importants dans les industries de réseaux. La protection de la PI dans ces industries peut engendrer un pouvoir de marché considérable, en bonne partie parce que les industries comportant des effets de réseau se prêtent au processus de normalisation. Voir Jeffrey Church et Roger Ware, « Industries de réseaux, droits de propriété intellectuelle et politique de concurrence », ailleurs dans cet ouvrage.
- 15 Le reste de ce paragraphe brosse un tableau assez favorable de l'aptitude de la propriété intellectuelle à tenir compte des différents points de vue des intervenants. En revanche, comparativement à la politique de concurrence et son paradigme d'efficacité totale dans un cadre bien établi d'avantages-coûts pour la société, l'analyse des questions de PI est peut-être un peu moins rigoureuse et, par conséquent, plus vulnérable à l'influence des groupes défendant les intérêts d'une industrie, de la collectivité des créateurs et d'autres groupes d'intérêts spéciaux.
- 16 Plusieurs de ces points de vue des consommateurs sont tirés d'un document de discussion informel produit par Ross Duncan et Hubert Laferrière, « Intellectual Property and the Consumer Interest: Issues in Canadian IP Law from the Consumer Perspective », Direction de la politique en consommation, Industrie Canada, mars 1993.
- 17 À titre d'exemple, des associations d'affaires aux États-Unis, en Europe et au Japon ont conclu des alliances très efficaces pendant la seconde moitié des années 80 pour préconiser des niveaux plus élevés de protection de la propriété intellectuelle et une application plus rigoureuse de la PI dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC du GATT. Ce genre d'alliances de groupes de pressions des milieux d'affaires à l'échelle internationale fut perçu comme sans précédent à cette époque, mais nous pourrions sans doute observer à l'avenir l'émergence de groupes semblables s'intéressant aux mêmes questions ou à d'autres préoccupations commerciales internationales.

- 18 Ainsi, lors d'une présentation récente à Industrie Canada, Alain Giguère, de la firme CROP Inc. de Montréal, a souligné que la dure récession du début des années 90 avait provoqué un changement radical dans les attitudes des consommateurs canadiens, les incitant à une plus grande prudence et à une plus forte autonomie, à une fidélité moindre aux grandes marques, à un accent plus prononcé sur la qualité et les prix et à une insistance moindre sur le statut (et le mimétisme social). Bref, les temps économiques difficiles ont rapproché plus que jamais le Canada du modèle du consommateur exigeant et bien informé que Porter et d'autres considèrent essentiel à l'avantage concurrentiel sur les marchés internationaux. Si vous arrivez à surmonter les craintes actuelles du consommateur canadien et à lui vendre vos produits, vous pourriez probablement les vendre n'importe où ailleurs.
- Les commentateurs politiques ont perçu le même changement dans l'humeur de l'électorat canadien. Telle est la thèse centrale d'un ouvrage récent de Peter C. Newman, *The Canadian Revolution, 1985-1995: From Deference to Defiance*, Viking Penguin, Toronto, 1995. Newman affirme qu'au cours de la dernière décennie, les Canadiens ont été en proie à des bouleversements spectaculaires et ils ont perdu confiance dans leurs institutions publiques traditionnelles, l'armée, les milieux des affaires, les syndicats, les universités, l'Église et d'autres segments de la société canadienne. Au cours de cette période, le respect traditionnel des Canadiens à l'égard de l'autorité fut remplacé par un nouvel esprit de défiance. Newman a aussi analysé les écarts croissants entre les Canadiens. À la page 77, il soutient que, dans un pays qui s'est déjà targué de ne pas avoir de classes sociales, deux classes distinctes de Canadiens sont maintenant apparues : la première est une mince couche de jeunes hommes et femmes possédant une culture informatique, une scolarité poussée et un esprit souple qui ont réussi à maîtriser les changements radicaux en milieu de travail provoqués par la société électronique; la deuxième est constituée des victimes de l'inforoute.
- 19 Le profil présenté dans l'encadré 1 est tiré de plusieurs sources, y compris des études de base produites pour le Projet de politique-cadre sur la consommation de Consommation et Corporations Canada au début des années 90, les travaux de Michael Porter à peu près au même moment – notamment son étude canadienne, *Le Canada à la croisée des chemins*, 1991, et, plus récemment, l'étude de David K. Foot, *Entre le boom et l'écho*, Macfarlane, Walter & Ross, Toronto, 1996.
- 20 Désignés parfois génération X ou groupe de jeunes de 18 à 30 ans.
- 21 Voir, par exemple, Judith Maxwell, « Social Dimensions of Economic Growth », conférence commémorative Eric J. Hanson, Université de l'Alberta, le 25 janvier 1995. À la page 6, Maxwell souligne que les gains réels des personnes de 25 à 30 ans qui occupent un emploi à temps plein ont diminué de 20 p. 100 par rapport à ceux des travailleurs d'âge mûr depuis 1974. Au Canada, un écart salarial croissant sépare les jeunes travailleurs des travailleurs adultes tandis qu'aux États-Unis, on observe un écart de rémunération croissant entre les travailleurs hautement qualifiés et les travailleurs peu spécialisés.
- Des données préliminaires indiquent que les écarts au niveau du salaire et du revenu du ménage se sont peut-être accentués par suite des réductions des dépenses gouvernementales et de la lente reprise qui a suivi la forte récession. Ces écarts de revenu grandissants se manifestent durant une période où le revenu disponible par habitant et les revenus des ménages, en moyenne, ont diminué en termes réels, tandis que l'endettement des consommateurs et des ménages en proportion du revenu s'est accru de façon marquée. L'une des conséquences de ces tendances négatives a été une hausse

- spectaculaire du nombre de faillites personnelles depuis la fin de la récession qui, en principe, s'est produite au début des années 90.
- 22 D'après des projections du président de Strategic Projections, Tom McCormack, « Household and Household Spending Trends », présentées au Bureau de la consommation, Industrie Canada, le 29 février 1996.
- 23 Par exemple, selon l'édition du 12 au 18 septembre du *Business in Vancouver*, la société Nielsen SRG Company de Toronto venait de publier la première enquête complète sur les modes de dépenses de la communauté chinoise de Vancouver, qui comprend une population adulte de 200 000 personnes; 53 p. 100 de ces personnes vivaient au Canada depuis moins de cinq ans. L'enquête indique que, par rapport aux autres Canadiens, les membres de la collectivité chinoise dépensent davantage pour des repas au restaurant, paie comptant pour l'achat d'une automobile et voyage beaucoup à l'étranger.
- 24 Voir CROP Environics, *3SC Monitor 1995: Canada's Monitor of Social Change*, Montréal, 1996, chapitre 6.
- 25 *Ibidem*, chapitre 7.
- 26 La biotechnologie est l'utilisation d'organismes vivants, ou de parties ou de produits de ceux-ci, pour la fabrication de biens et de services. La biotechnologie englobe des technologies traditionnelles comme l'utilisation de la levure – un organisme vivant – pour fabriquer de la bière, du pain et du vin, des techniques de culture visant à produire des fruits et des légumes plus savoureux et plus nourrissants, des variétés spéciales de fleurs, ou des techniques d'élevage des animaux pour produire une viande plus maigre. La biotechnologie comprend aussi des techniques plus récentes, comme le génie génétique ou la technologie de recombinaison de l'ADN (acide désoxyribonucléique), qui comportent le transfert de renseignements génétiques précis d'un organisme à un autre. Une bonne partie de la controverse porte sur ce nouveau domaine de la biotechnologie mais, en raison d'une confusion terminologique, la controverse peut s'étendre à des techniques traditionnelles utilisées depuis longtemps.
- 27 Cette partie s'inspire largement du discours de Terry C. Leung (un cadre supérieur du BC maintenant à la retraite), « Biotechnology: A Government Perspective » prononcé lors du Food Biotechnology Communications Network Forum on Consumer Information and Labelling, tenu à Montréal le 6 décembre 1995.
- 28 La répartition industrielle des entreprises nord-américaines de biotechnologie est la suivante : biotechnologie de la santé, 42 p. 100; diagnostic, 26 p. 100; agriculture, 15 p. 100; produits chimiques, environnement et services, 9 p. 100; autres fournisseurs 8 p. 100. Le marché nord-américain de la biotechnologie alimentaire est en expansion rapide. Des estimations de Ernst et Young indiquent que le marché total s'est accru de 76 p. 100 par année, passant de 2,3 milliards de \$ CAN en 1990 à 9,3 milliard de \$ CAN en 1994. Les entreprises de biotechnologie alimentaire sont implantées surtout en Ontario, au Québec et en Colombie-Britannique et représentent environ les trois quarts des 121 entreprises de biotechnologie établies au Canada. L'industrie nord-américaine est dominée par de petites entreprises, c'est-à-dire celles dont l'effectif est inférieur à 50 employés.
- 29 La sensibilisation du public à certains produits et applications de la biotechnologie est à la hausse, mais on compte toujours un nombre très limité de produits sur le marché pour lesquels les consommateurs peuvent manifester leur appui ou leur opposition. Par conséquent, la demande future doit être mesurée à partir des intentions d'achat et du soutien hypothétique accordé aux produits biotechnologiques, et non en se fondant

sur le comportement observé des consommateurs en matière d'achats. Cette situation est une source de complications tant pour les spécialistes en marketing que pour les responsables de l'élaboration des politiques.

Certains en sont même venus à remettre en question la validité des résultats d'enquête analysés dans le texte. Selon certains critiques du secteur public et de l'industrie, comme peu de consommateurs ont une connaissance directe de ces produits et de ces technologies, les questions posées dans le cadre de l'enquête sont hypothétiques et les réponses obtenues sont fondées sur des perceptions, de sorte qu'elles ont une valeur douteuse. Il y a manifestement un certain fondement à cette allégation. Toutefois, le gouvernement et l'industrie doivent aussi savoir que les perceptions peuvent être aussi importantes que la réalité au moment où les consommateurs ou les électeurs prennent une décision. Pour citer un exemple tiré du domaine de la santé et de la sécurité, il est vraiment plus dangereux de se rendre à un endroit en voiture qu'en avion, mais plusieurs croient le contraire. L'explication semble reposer sur le fait que, en utilisant leur voiture, les consommateurs conservent le contrôle de la situation, tandis qu'ils perdent ce contrôle s'ils sont passagers sur un avion. Cet élément de « contrôle » semble être important lorsqu'il est question de perception du risque.

- 30 Une controverse a surgi récemment au Canada et à l'étranger sur la question de la brevetabilité de la souris dite « génétique » (ou carcinosouris) de Harvard. Un brevet fut accordé à cette souris par le Bureau des brevets des États-Unis il y a plus de huit ans, mais le Commissaire des brevets au Canada a rejeté la demande de brevet pour la carcinosouris de Harvard pour des raisons techniques, dans un jugement rendu le 4 août 1995. Les requérants ont interjeté appel de cette décision devant la Cour fédérale, mais un jugement final sur cette question pourrait prendre plusieurs années. Pour plusieurs, cette décision et l'appel qui en est résulté soulignent la nécessité pour le gouvernement fédéral d'élaborer une politique globale sur le brevetage des formes de vie supérieures qui assure un équilibre entre les aspects d'ordre juridique, économique et éthique. À l'heure actuelle, le Canada n'accorde pas de brevet sur des formes de vie supérieures, mais une protection par brevet peut être obtenue pour la plupart des autres catégories d'innovation biotechnologique, y compris des inventions d'organismes unicellulaires.
- 31 Il s'agit d'un supplément hormonal – généralement appelé somatotropine bovine recombinante (STbr) ou, aux États-Unis, hormone de croissance bovine recombinante – qui est donné aux vaches pour accroître leur production de lait. Des commentateurs ont avancé qu'il était à la fois ironique et malheureux que l'un des premiers produits biotechnologiques pour lequel l'industrie a demandé une approbation réglementaire mettait en cause une denrée alimentaire de base consommée notamment par les enfants, tandis que le régime de gestion de l'offre empêchait apparemment le consommateur d'en retirer les bénéfices. Notre impression est que ce produit, même s'il a obtenu une approbation réglementaire aux États-Unis, n'a pas encore trouvé un véritable marché dans ce pays. La biotechnologie et ses promoteurs dans l'industrie et le secteur public auraient peut-être été mieux servis si les médias et l'attention du public avaient porté sur un produit différent avec un profil public plus favorable, des contraintes de marché moins nombreuses et une répartition mieux partagée des avantages et des risques entre l'industrie et le consommateur.
- 32 Pendant des décennies le Bureau de la concurrence a mis de l'avant des propositions visant à insuffler plus de concurrence et d'efficacité dans le régime de gestion de l'offre des denrées agricoles au Canada; la Commission Macdonald, il y a dix ans, et l'étude

canadienne du professeur Porter, il y a cinq ans, ont proposé des modifications semblables. À ce jour, on n'a pas donné suite à ces propositions de changement. De plus, les contestations soulevées par les États-Unis dans le cadre de l'ALENA au sujet des tarifs très élevés actuellement en place sur les produits laitiers, la volaille et d'autres produits protégés par le régime de gestion de l'offre – la résultante du processus de tarification adopté au moment de l'accord de l'Uruguay Round – n'avaient pas encore donné de résultats au moment de la rédaction de ces lignes (été de 1996).

33 Des recherches récentes sur les effets du risque et de l'ambiguïté sur les choix des consommateurs ont révélé que c'est le niveau de risque, et non uniquement l'existence du risque, qui influence les choix des consommateurs. Selon ces études, il y a cinq caractéristiques du risque qui se répercutent sur l'estimation faite par les consommateurs des risques et des avantages :

- risques volontaires – la mesure dans laquelle les consommateurs assument les risques volontairement ou non;
- crainte – les consommateurs redoutent-ils le résultat du risque ?
- contrôle – la mesure dans laquelle les consommateurs contrôlent le niveau ou l'étendue du risque;
- ambiguïté – la mesure dans laquelle les risques sont identifiables et quantifiables;
- sévérité – dans quelle mesure les conséquences sont-elles dangereuses ?

Ces cinq caractéristiques donnent à penser qu'une meilleure communication au sujet des risques s'imposent. Ainsi, la réaction fortement négative des consommateurs au désastre de la maladie de la vache folle au Royaume-Uni reflète en partie un sentiment de colère envers les autorités lorsque de nouveaux renseignements sont rendus publics après coup.

34 On admet que, poussée trop loin, cette approche peut entrer en conflit avec le paradigme traditionnel de l'efficacité économique de la législation sur la concurrence au Canada et à l'étranger. Nous ne prétendons pas que la protection du consommateur devrait faire partie intégrale de la législation sur la concurrence. Il s'agit de champs de politiques différents, bien qu'étroitement liés, qui ont des objectifs, des fondements et des clientèles distincts. Plus exactement, nous préconisons des analyses plus approfondies et moins mécaniques de l'optique du consommateur et des gains d'efficacité dynamiques et statiques dans le contexte des paradigmes de l'efficacité totale et du bien-être du consommateur employés actuellement par les responsables de la politique de concurrence. De plus, le bien-être du consommateur par opposition à l'efficacité totale continue de faire l'objet de débats parmi les spécialistes de la politique de concurrence – voir, par exemple, Donald McFetridge, « The Prospects for the Efficiency Defense », *Revue canadienne du droit du commerce*, avril 1996 –, mais la démarche proposée ici peut être encadrée par un paradigme d'efficacité totale ou de bien-être du consommateur.

Comme nous l'avons souligné plus haut, la Banque mondiale et d'autres groupes sont en voie d'étendre les modèles traditionnels d'analyse avantages-coûts pour mieux tenir compte des éléments d'incertitude, des gains d'efficacité dynamiques et des effets de répartition. Prenons un exemple hypothétique pour examiner la façon dont une approche mieux adaptée pourrait être appliquée : le fusionnement proposé de deux entreprises de fabrication de médicaments d'origine pourrait se traduire par des prix plus élevés à court ou à moyen terme mais, à plus long terme (au cours des 10

prochaines années), elle pourrait augmenter de (disons) 20 à 50 p. 100 la probabilité de découvrir un vaccin contre le SIDA (syndrome d'immuno-déficience acquise). Des calculs traditionnels et des comparaisons de pertes de bien-être du consommateur par rapport à la valeur attendue des gains d'efficience dynamiques – avec des facteurs de pondération égaux attribués aux répercussions sur tous les intervenants – pourraient se traduire par une contestation du projet de fusionnement par un organisme antitrust. Toutefois, le projet pourrait ne pas être contesté si un facteur de pondération suffisant était attribué aux avantages possibles à long terme que pourraient en retirer les victimes du SIDA. À tout le moins, cette autre façon de procéder pourrait faire l'objet d'une analyse de sensibilité par l'organisme ou d'une décision par une cour de justice ou un tribunal administratif.

Un autre exemple hypothétique présenté par l'auteur de cet exposé met en cause un projet de fusionnement anticoncurrentiel de deux fabricants de produits du tabac. L'auteur a soutenu qu'en permettant le fusionnement, le prix des cigarettes augmenterait, ce qui découragerait la consommation du produit, tout en engendrant d'importants avantages sur les plans économique, social et de la santé. Cet exemple fait ressortir les dangers de pousser trop loin une approche élargie. Dans cet exemple, toutefois, nous répondons que l'organisme chargé de surveiller la concurrence devrait contester le fusionnement pour des raisons anticoncurrentielles et que le gouvernement devrait employer des moyens plus efficaces pour hausser le prix des cigarettes (par exemple, en recourant à des taxes plus élevées) et décourager l'usage de la cigarette (par des programmes de sensibilisation du public aux effets néfastes du tabagisme sur la santé et les coûts qui en résultent pour le système de soins de santé canadien). En fait, il s'agit essentiellement des instruments utilisés par les gouvernements canadiens au cours des dernières années.

De plus, il pourrait être avantageux pour les responsables de la législation sur la concurrence et les organismes de protection du consommateur que des recherches conjointes soient entreprises, y compris une mise en commun de l'expérience acquise. Les synergies entre les domaines du droit et des politiques pourraient être mieux exploitées si les deux relevaient du même organisme, comme c'est le cas en Australie et aux États-Unis (avec la Federal Trade Commission – FTC). Puisque la Direction générale des biens de consommation relève maintenant de la responsabilité administrative du Directeur des enquêtes et recherches du Bureau de la concurrence, les responsables de la politique de concurrence au Canada pourraient envisager d'étudier l'expérience de l'Australie et de la FTC et d'en tirer les enseignements pertinents.

- 35 Mais, pas toujours, comme en témoignent les profondes différences qui séparent les fabricants de médicaments d'origine et les producteurs de médicaments génériques sur la question de l'octroi de licences obligatoires aux termes de la *Loi sur les brevets*. Ces différences portent sur la possibilité de former des alliances officielles et non officielles entre des groupes de consommateurs et des fabricants de médicaments génériques au Canada, par exemple.
- 36 Voir, par exemple, Les conseillers Optima, « Analyse de l'attitude des consommateurs face à la nouvelle industrie de la biotechnologie », Ottawa, novembre 1994. Comme on le souligne à la page 31, un objectif majeur de l'étude était d'obtenir des données sur les attitudes à l'égard du rôle attendu de l'État dans le domaine de la biotechnologie. La plupart des répondants ont accordé une valeur élevée au rôle de l'État dans les domaines de la sécurité et de l'information – notamment, en ce qui concerne la protection de la sécurité des travailleurs de la biotechnologie, l'évaluation de la sécurité

des produits biotechnologiques, l'application de la réglementation aux activités du secteur de la biotechnologie, la consultation de la population sur la réglementation des produits biotechnologiques et de leur utilisation, et la tenue de campagnes d'information publique sur la biotechnologie.

- 37 Tel est l'un des thèmes principaux du récent rapport de l'OCDE, *Technologie, productivité et création d'emplois*, OCDE, Paris, 1996. Ces questions sont aussi examinées par la Direction générale de la régie d'entreprise d'Industrie Canada dans ses travaux portant sur la politique canadienne en matière de propriété intellectuelle dans une économie mondiale axée sur le savoir. Ces travaux mettent en relief l'importance économique stratégique des droits de propriété intellectuelle pour le bien-être du consommateur, du producteur et pour la compétitivité internationale des travailleurs, des entreprises et des pays, à mesure que le savoir devient la ressource la plus importante dans l'économie mondiale. En utilisant la théorie de la croissance endogène comme cadre de référence, la nouvelle économie des DPI considère non seulement l'entreprise mais aussi l'économie nationale à l'intérieur d'un système commercial mondial. Selon cette théorie, les politiques de PI devraient non seulement tenir compte des effets des DPI sur le commerce, l'investissement et l'innovation, mais elles devraient aussi contribuer à faire mieux comprendre la nature des retombées de la connaissance tant dans l'économie nationale qu'à l'étranger.
- 38 Il peut sembler évident que des entreprises et des industries qui ignorent ces préoccupations plus générales de leurs clients verront diminuer leur part de marché et pourraient éventuellement disparaître. Toutefois, l'expérience récente indique que les entreprises et les industries canadiennes ont affiché une variance considérable dans leur capacité de s'adapter à ces problèmes plus généraux, ce qui a fait surgir des préoccupations stratégiques majeures et adopter des mesures visant à préserver les marchés, les emplois, les collectivités et les modes de vie. Ainsi, on pourrait soutenir que les industries canadiennes de la foresterie et de la fourrure ont réagi avec lenteur aux menaces et aux mesures de boycottage des consommateurs européens. De même, jusqu'à tout récemment, les industries des produits chimiques, du pétrole, des pâtes et papiers et d'autres secteurs industriels ont peut-être mis du temps à évaluer les répercussions des préoccupations écologiques sur leurs bilans financiers. En toute justice, ces questions représentaient des domaines nouveaux pour plusieurs de ces industries et leurs conséquences commerciales n'étaient peut-être pas évidentes au départ. Néanmoins, une certaine forme d'intervention sur le plan des politiques s'avérait nécessaire dans chacun de ces cas, notamment pour sauvegarder l'intérêt public et « protéger l'industrie contre elle-même » en essayant de préserver les marchés, les emplois, les collectivités ou les modes de vie. Cela veut dire que les gouvernements sont parfois soumis à des pressions de la part des médias, du grand public et même de l'industrie afin que l'on réagisse aux externalités négatives résultant de l'incapacité de l'industrie à composer avec ces nouvelles forces du marché. Les efforts déployés par les gouvernements courent le risque de détourner des ressources rares qui pourraient être consacrées à la réalisation d'autres objectifs économiques, aboutissant ainsi à des solutions de second ordre en ce qui concerne les marchés, les consommateurs et l'ensemble de l'économie, c'est-à-dire des solutions qui peuvent s'avérer difficiles à modifier en raison des rentes dont profitent certains intervenants.
- 39 À cet égard, le Canada s'écarte de plusieurs autres sphères législatives où la publicité trompeuse et d'autres pratiques de commercialisation relèvent des lois de protection du consommateur, notamment certaines provinces canadiennes.

- 40 Voir G. Hatfield, R. Howse et M. Trebilcock, « Rethinking Consumer Protection Policy », document présenté lors de la table ronde sur la politique de consommation tenue à l'Université de Toronto le 20 juin 1996.
- 41 Parmi les types de méfaits électroniques rendus possibles par l'Internet, on retrouve, d'une part, les activités des escrocs électroniques éphémères, qui sont en mesure de présenter leurs réclames frauduleuses et de promouvoir des produits de faible qualité ou dangereux un jour, fermer par la suite leur site Web, pour réapparaître plus tard à un nouveau site, en laissant à peu près aucune trace et, d'autre part, la possibilité que des escrocs falsifient les sites Web de vendeurs honnêtes.
- 42 Dans certains domaines de la législation-cadre, ces améliorations prendraient la forme d'un réglage de précision; toutefois, dans le cas de la législation sur la consommation – qui est une responsabilité partagée entre le gouvernement fédéral et les provinces –, ces améliorations nécessiteront peut-être des changements plus fondamentaux à la gestion et au droit de la consommation au Canada, probablement sous les auspices du Comité des mesures de consommation de l'Accord sur le commerce intérieur. La coopération au niveau de l'application et de l'harmonisation des règles sur le coût du crédit entre les diverses instances législatives canadiennes sont deux des projets actuels du Comité qui cadreraient avec les préoccupations soulevées lors la table ronde. Dans le cadre de travaux de recherche complémentaires, le Bureau de la consommation étudie la faisabilité d'employer davantage des modèles d'encadrement et des approches fondées sur les principes du droit de la consommation au Canada – des approches se rapprochant davantage de celles employées dans la législation sur la consommation au Canada et dans d'autres lois-cadres administrées par Industrie Canada.
- 43 Voir, par exemple, Sunil Gupta, directeur du projet HERMES à l'École de commerce de l'Université du Michigan, « The World Wide Web as a Source of Commercial Information and Vendor Evaluation », document présenté lors de la table ronde organisée par le Bureau de la consommation, le 29 mars 1996.
- 44 Au cours des six dernières années, des représentants des consommateurs ont collaboré étroitement avec des institutions financières et d'autres organismes à la mise au point réussie du système canadien de transfert électronique de fonds qui répond aux besoins tant de l'industrie que des consommateurs. En 1990, l'Association des consommateurs du Canada s'est d'abord intéressée à cette question, en entreprenant une analyse des questions d'intérêt pour les consommateurs, en publiant des articles et en sollicitant les réactions des consommateurs. Peu après, un groupe de travail composé de représentants du gouvernement, des consommateurs et de l'industrie fut créé et ses travaux ont abouti à la mise au point, en 1992, d'un code pratique sanctionné par le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux, les associations industrielles et la plupart des groupes de consommateurs. Le système canadien de transfert électronique de fonds serait supérieur à plusieurs systèmes mis en place dans d'autres pays industrialisés, à cause notamment de :
- la création d'un système facile à utiliser qui répond aux besoins des consommateurs sur le plan de la protection de la vie privée, de la procédure de recours et d'autres préoccupations connexes;
 - un dialogue plus soutenu entre l'industrie et les consommateurs, ainsi qu'une confiance et un respect plus grands;
 - la reconnaissance par les institutions financières canadiennes du fait que la prise en compte des intérêts des consommateurs au moment de la planification de nouveaux systèmes peut être mutuellement avantageuse.

- 45 Les réactions des utilisateurs et l'acceptation par les consommateurs jouent un rôle important dans les nouveaux modèles de croissance endogène, où la science et la technologie, la recherche-développement et l'innovation sont dictés par le marché et les consommateurs (et donc déterminés de façon endogène), et non de façon exogène au système économique comme dans les modèles de croissance traditionnels. Voir, par exemple, Donald G. McFetridge, « Sciences et technologie : perspectives sur les politiques publiques », Document hors-série no 9, Industrie Canada, juillet 1995. Dans le chapitre 5, l'auteur compare les modèles linéaires et de rétroaction de l'innovation et les répercussions de chacun sur les politiques. Il souligne que le modèle de rétroaction insiste sur le caractère cumulatif et interdépendant du processus d'innovation. Ces questions font l'objet d'un examen plus poussé dans *La croissance fondée sur le savoir et son incidence sur les politiques macroéconomiques*, publié sous la direction de Peter Howitt, University of Calgary Press, Calgary, 1996. À la page 3, on souligne, au sujet modèle de croissance endogène, que les rendements croissants, les externalités et la concurrence imparfaite qui caractérisent le processus d'innovation servent de fondement à l'intervention gouvernementale. Mais il ne faudrait pas pousser cet argument trop loin. Les modèles agrégés qui supposent des défaillances du marché ne tiennent pas suffisamment compte des défaillances du secteur public.
- 46 Le Réseau scolaire canadien, qui utilise l'Internet, est une initiative conjointe du gouvernement fédéral, des provinces, des territoires, du secteur universitaire et des milieux d'affaires, annoncée par le gouvernement fédéral en août 1993. Il vise à enrichir le contexte éducationnel dans les écoles primaires et secondaires partout au pays en leur offrant un lien électronique et en mettant à la disposition des professeurs et des élèves canadiens les ressources pédagogiques qui existent à l'échelle nationale et internationale. Industrie Canada s'est engagé à consacrer une somme de 1,6 million de dollars au projet sur une période de quatre ans qui a débuté en 1994-1995.
- 47 Les lieux de travail hautement performants se caractérisent par l'accent mis sur la clientèle, la participation, l'amélioration continue, l'enrichissement des tâches, l'autonomie des groupes de travail, la participation à la prise de décision, l'habilitation des employés, des politiques internes axées sur les employés, la collaboration entre les travailleurs et la direction, des régimes de rémunération innovateurs, l'apprentissage permanent, l'engagement envers la formation et des partenariats externes.
- 48 Dans une étude publiée en février 1996 par le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés, les auteurs ont indiqué que les prix de 86 p. 100 des médicaments brevetés les plus vendus n'avaient pas varié ou avaient baissé en 1994. L'étude a aussi permis de conclure que, depuis la création du Conseil en 1987, l'augmentation du prix des médicaments brevetés avait été inférieure à l'inflation et que les prix des médicaments brevetés au Canada étaient en baisse par rapport aux prix observés dans les autres pays industrialisés. De fait, les prix au Canada en 1994 étaient, en moyenne, inférieurs aux prix médians internationaux pour la première fois. Le niveau des prix des médicaments brevetés en 1994 était inférieur à ceux des États-Unis, de la Suisse et de l'Allemagne, mais supérieur à ceux du Royaume-Uni, de la Suède, de la France et de l'Italie.

Commentaire

Dennis A. Yao
Wharton School
Université de la Pennsylvanie

DEREK IRELAND NOUS A BROSSÉ UN TABLEAU TRÈS AMBITIEUX et exploratoire sur lequel réfléchir. Mes commentaires ne porteront que sur une partie très limitée de son exposé, en mettant surtout l'accent sur les aspects organisationnels et l'analyse des politiques, et moins sur les aspects économiques.

Je voudrais aborder dans mes commentaires la façon dont certains des problèmes de consommation soulevés par Derek Ireland dans son exposé peuvent être considérés dans le contexte de la politique de concurrence. Des questions me viennent à l'esprit mais j'ai peu de réponses à offrir, bien que vous pourrez probablement deviner les réponses à partir de la formulation de ces questions.

Ma première question concerne la nature du problème. Derek Ireland a énuméré un certain nombre de préoccupations que les consommateurs peuvent avoir, et je pense que certaines d'entre elles, en ce qui concerne les organismes responsables de la concurrence, découlent du fait que l'objectif d'efficacité n'est pas envisagé de façon tout à fait adéquate. L'arbitrage entre les effets statiques et dynamiques n'est peut-être pas approprié.

Un autre ensemble de problèmes est lié à la question de savoir si les objectifs des organismes responsables de la concurrence sont définis de façon trop étroite. Le commentaire du professeur Trebilcock – « nous ne voulons peut-être pas adopter une approche sociale intégrale dans nos réflexions sur ce que l'organisme responsable de la concurrence devrait faire » – repose implicitement sur la notion que les organismes chargés de la concurrence ne tiennent habituellement pas compte de l'éventail complet des objectifs sociaux. L'optique du consommateur pourrait notamment faire intervenir des questions de répartition; tout en faisant partie du domaine du bien-être, de telles questions sont aussi très éloignées de celles que les organismes chargés de la concurrence peuvent gérer avec compétence.

Il y a donc deux ensembles possibles de problèmes. Le premier a trait à la façon dont nous abordons actuellement les problèmes d'efficacité; le deuxième laisse croire qu'il manque peut-être certains objectifs.

Comme nous avons déjà consacré beaucoup de temps durant cette conférence au premier problème, je vais mettre l'accent sur le deuxième. Premièrement, je m'interroge sur l'importance de ce problème. Les marchés se chargeront probablement de résoudre la plupart des préoccupations non liées à la répartition que le consommateur entretient à l'égard de la biotechnologie, de l'autoroute de l'information et ainsi de suite. Lorsqu'il y a défaillance du marché, les préoccupations du consommateur pourraient-elles être prises en compte,

notamment, par d'autres institutions gouvernementales hors du champ de responsabilité de l'organisme chargé de surveiller la concurrence ? Ainsi, d'autres organismes gouvernementaux s'occupent des questions d'étiquetage, de la prestation d'information ou peut-être même de la mise au point de l'infrastructure grâce à laquelle un nouveau marché comme celui des transactions électroniques pourrait se développer rapidement. Il n'est pas évident que l'organisme responsable du maintien de la concurrence devrait s'intéresser à ces domaines. Si ces voies n'aboutissent pas à une solution, il y a peut-être alors une défaillance politique, ce qui au moins soulève à bon droit la question de savoir si des organismes existants – par exemple, le Bureau de la concurrence – pourraient être utilisés pour résoudre de tels problèmes.

Je pense qu'au point où nous en sommes, dans l'optique du programme de recherche proposé par Derek Ireland, nous ne savons pas très bien s'il serait possible d'aborder les problèmes avec succès hors de l'organisme chargé de la concurrence. Je suppose que nous pourrions dire qu'il nous faudrait entreprendre d'autres études. Un avocat de pratique professionnelle n'accepterait peut-être pas que je fasse des hypothèses, étant donné la pénurie de faits, mais, en tant qu'universitaire, je peux dire : « Oui, mais qu'arrive-t-il si nous pensons qu'il y a des problèmes résiduels ? Comment pourrions-nous les envisager dans le contexte de la politique de concurrence » ?

Soit dit en passant, la Federal Trade Commission (FTC) aux États-Unis se préoccupe tant de la concurrence que de la protection du consommateur. Les deux missions visent à ce que les marchés fonctionnent avec efficience. Par exemple, la politique antitrust cherche à maintenir des règles du jeu équitables; la protection du consommateur vise à faire en sorte que les consommateurs soient renseignés pour qu'ils puissent faire de bons choix sur le marché. Si les conditions sont telles que les marchés fonctionnent correctement, il est possible de soutenir que la poursuite conjointe de ces deux objectifs ne devrait pas soulever de problème.

Ceci étant dit, on trouve à la FTC un groupe de protection du consommateur et un groupe antimonopole, mais l'un ne sait pas nécessairement ce que fait l'autre. Il ne s'agit pas d'une situation idéale, mais cela n'a rien d'étonnant, compte tenu du grand nombre de questions urgentes dont la FTC doit s'occuper.

Pour en revenir à la question de savoir si un organisme chargé de la concurrence devrait s'intéresser à un ensemble d'objectifs plus vaste, considérons l'exemple suivant : supposons que deux compagnies de tabac veulent se fusionner. Les résultats d'une analyse de type classique indiquent que les prix dans l'industrie du tabac seraient appelés à augmenter si le fusionnement devait se faire. Par conséquent, en se fondant sur cette analyse, il faudrait bloquer le projet. N'est-ce pas ? Mais, peut-être que non. Il s'agit d'un type d'exemple où deux objectifs devraient être réconciliés si les responsables de la politique de concurrence devaient prendre en considération d'autres objectifs que celui de maintenir la concurrence.

Deux aspects me préoccupent dans ce contexte : l'organisme chargé de la concurrence peut-il traiter de ce genre de questions de façon efficace ou efficiente ? Et quels sont les coûts et les risques de se fixer des objectifs non liés à l'efficacité ? J'analyserai brièvement le type de problèmes auxquels un organisme chargé de la concurrence pourrait être confronté s'il devait se préoccuper d'un mandat plus vaste que celui avec lequel il doit normalement composer.

L'inclusion de critères non économiques dans le processus de prise de décision de l'organisme serait un très grand pas à franchir. Sur le plan de l'élaboration des politiques, s'il s'agit, par exemple, de la formulation de lignes directrices, il ne sera peut-être pas tellement difficile d'y parvenir; mais, au niveau de cas particuliers, il serait très difficile, voire presque impossible, de faire intervenir ces critères de façon cohérente.

Les responsables des organismes chargés du maintien de la concurrence comprennent le fonctionnement des marchés. Ces gens savent comment employer des principes axés sur l'efficacité. De façon générale, ils s'acquittent très bien de leur tâche. Mais savent-ils comment envisager des objectifs sociaux de plus vaste portée ? Il est déjà assez difficile de se préoccuper d'efficacité dynamique sans avoir à évaluer en plus des critères non économiques. Plus un organisme chargé de la concurrence s'éloigne des questions d'efficacité, moins il peut se fier à des principes économiques raisonnablement bien établis.

Le fait de demander à un organisme chargé de surveiller la concurrence de résoudre certaines de ces questions non économiques équivaldrait peut-être à placer un joueur de football comme dixième joueur dans une équipe de baseball. Bien entendu, vous pourriez peut-être rétorquer, mais qu'en est-il de Deion Sanders ? Il est tout à fait possible que le Bureau canadien de la concurrence possède un Deion Sanders. Mais il est tout probable qu'il serait néfaste sur le plan des politiques publiques d'être à la merci d'un décideur brillant (ou incroyablement arrogant).

Quels sont les coûts et les risques liés, disons, à l'extension du rôle d'un organisme chargé du maintien de la concurrence ? L'un des risques est que cette décision donne à l'organisme plus de latitude. De façon générale, le personnel de ces organismes est constitué de personnes non élues et nommées, et la marge manoeuvre en matière de politiques dont ces personnes devraient disposer n'est pas clairement définie. Une plus grande latitude signifie aussi un niveau de cohérence plus restreint. Il sera plus facile pour un décideur, s'il doit assurer un équilibre entre un grand nombre d'objectifs, de justifier une décision qui pourrait avoir un caractère arbitraire. Prévoir ce qui se passera constitue en soi un véritable problème. Par ailleurs, les consommateurs (les électeurs) se demanderont pour quelle raison l'organisme se comporte comme il le fait, et l'organisme lui-même perdra peut-être ainsi une partie de sa crédibilité.

Un autre problème susceptible de surgir au sein d'un organisme qui doit faire des compromis entre des objectifs difficiles à comparer est lié au fait que cette situation aura peut-être pour effet de réduire l'importance et le poids accordés à l'analyse économique et d'augmenter l'importance et le poids

accordés à des énoncés convaincants sur la façon dont on devrait pondérer, par exemple, les préoccupations en matière de santé par rapport aux questions économiques.

Enfin, je pense qu'un problème important qui pourrait survenir si un vaste ensemble d'objectifs était confié à un organisme est que ce dernier pourrait être exposé à plus de pressions politiques. Lorsque le sénateur Thurmond téléphone pour dire « j'ai 500 électeurs qui sont sur le point de perdre leur emploi à cause de votre intervention, veuillez y penser à deux fois », il est très utile pour l'organisme de pouvoir répondre « Monsieur, nous comprenons votre point de vue, mais l'objectif de notre organisme est de faire en sorte que la concurrence soit maintenue ». En invoquant un objectif unique (ou un ensemble restreint d'objectifs), les autorités responsables du maintien de la concurrence disposent d'un point de référence ou d'une boussole pour guider leurs décisions ou même résister aux pressions venant de l'extérieur. La boussole sera plus difficile à utiliser si les objectifs sont diversifiés. Les gens peuvent intervenir et essayer d'influencer davantage les décisions.

En terminant, j'accueille avec sympathie les préoccupations soulevées par Derek Ireland, d'autant plus qu'il m'a été donné d'oeuvrer du côté de la protection du consommateur. Mais je ne suis pas convaincu que la politique de concurrence soit l'instrument indiqué pour aborder ces problèmes.



Willard K. Tom
Bureau of Competition
Federal Trade Commission

et

Joshua A. Newberg¹
Federal Trade Commission et
Université du Texas, Austin

10

Stratégies d'application de la loi à l'interface de la politique de concurrence et de la propriété intellectuelle aux États-Unis

Parce que les brevets sont des privilèges qui ont un effet restrictif dans une économie libre, les droits que le Congrès leur a rattachés doivent être rigoureusement définis²[...]

Les lois sur la propriété intellectuelle et les lois sur la concurrence partagent l'objectif commun de promouvoir l'innovation et d'améliorer le bien-être des consommateurs. La législation sur la propriété intellectuelle fournit des stimulants à l'innovation ainsi qu'à sa diffusion et à sa commercialisation en établissant des droits de propriété exécutoires à l'intention des créateurs de produits nouveaux et utiles, de procédés plus efficaces et d'oeuvres comportant une expression originale [...] Les lois sur la concurrence favorisent l'innovation et le bien-être du consommateur en interdisant certaines activités qui peuvent entraver la concurrence à l'égard des façons actuelles ou nouvelles de servir les consommateurs³.

[Traduction]

AU COURS DU DEMI-SIÈCLE QUE RECOUVRE CET ÉPIGRAMME, la relation entre la propriété intellectuelle (PI) et la politique de concurrence a subi des changements importants qui ont été abondamment documentés⁴. Un aspect qui n'a pas été examiné de façon aussi approfondie est le contexte doctrinal et institutionnel dans lequel cette évolution s'est déroulée et les conséquences pratiques qui en découlent pour les décisions liées à l'application de la loi dans des cas particuliers. La présente étude est consacrée à un examen de ces questions. Dans les pages qui suivent, nous nous penchons sur le rapport qui existe entre la législation sur la concurrence et la politique d'application des mesures antitrust aux États-Unis en ce qui a trait aux restrictions propres aux licences de propriété intellectuelle. Notre objectif premier est de présenter un cadre d'interprétation des *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, publiées conjointement en 1995 par le Département de la Justice et la Federal Trade Commission (FTC) des États-Unis⁵.

L'étude se divise en cinq parties. Dans la première, nous présentons les principes de base qui ont défini le cadre d'interprétation de la relation entre la propriété intellectuelle et la politique de concurrence au cours de trois périodes : 1) les premières années qui ont suivi l'adoption de la *Sherman Act*, 2) la période allant de 1912 au milieu des années 70 et, notamment, la dernière partie de cette période, et 3) la période moderne, qui est représentée par les *lignes directrices de 1995*. Dans la seconde partie, nous examinons certaines des causes et des énoncés de politique de la seconde période et nous comparons la façon dont ils ont été envisagés à l'époque et comment ils seraient analysés à la lumière des *lignes directrices*. Nous consacrons la troisième partie à une analyse de la façon dont les deux approches s'intègrent à d'autres doctrines contemporaines que l'on retrouve dans la législation sur la concurrence et la propriété intellectuelle. Dans la quatrième partie, nous décrivons les coûts et les avantages propres à chacune de ces approches. Enfin, dans la cinquième partie, nous examinons certaines des questions les plus intéressantes dont traitent les *lignes directrices* et qui ressortent des mesures d'application de la loi prises par le Département de la Justice et la FTC au cours des années récentes.

CONTEXTE ET PRINCIPES FONDAMENTAUX

LES PREMIÈRES ANNÉES

AU COURS DES CINQUANTE PREMIÈRES ANNÉES qui ont suivi l'entrée en vigueur de la *Sherman Act* en 1890, la législation antimonopole n'arrivait pas à la cheville de la législation sur la propriété intellectuelle dans le conflit perçu entre ces deux doctrines du droit. Placés devant une contestation en vertu de la législation sur la concurrence à l'exercice de droits de propriété intellectuelle, les tribunaux avaient tendance à résoudre les différends en s'en remettant aux prérogatives du détenteur de la propriété intellectuelle⁶. Cette vision était essentiellement fondée sur la notion que les droits de propriété intellectuelle constituaient un bien privé à l'égard duquel le détenteur jouissait d'un pouvoir discrétionnaire pratiquement sans limite⁷. Ce pouvoir discrétionnaire des titulaires de la PI s'étendait, pour l'essentiel, aux restrictions en matière de licences qui, dans les rares cas où elles ont été contestées, ont habituellement bénéficié des protections étendues de la doctrine de la « liberté de contrat » qui avait cours à la fin du 19^e siècle et au début du 20^e siècle⁸.

LE « CONFLIT » ENTRE LES LÉGISLATIONS SUR LES BREVETS ET LA CONCURRENCE ET LE MODÈLE DES « SPHÈRES DISTINCTES »

À PARTIR DES CAUSES *BATHTUB*, DE 1912⁹, et *Motion Picture Patents*, de 1917¹⁰, la Cour suprême a expressément reconnu que les droits de propriété intel-

lectuelle sont assujettis au « droit général »¹¹, y compris les « interdictions positives » de la *Sherman Act*¹². Pour la plus grande partie de la période qui s'est écoulée jusqu'au milieu des années 70, il y avait une tension perceptible entre les deux formes de législation¹³. Cette tension s'est traduite dans deux notions juridiques connexes. La première était la présomption selon laquelle la propriété intellectuelle conférait à son titulaire un monopole. La seconde découlait d'une vision de la législation antimonopole et de la législation sur la propriété intellectuelle comme étant des sphères rigoureusement distinctes du droit.

La présomption de monopole

L'interprétation prépondérante du rapport existant entre la législation antimonopole et la législation sur la propriété intellectuelle durant la plus grande partie de la période intermédiaire était que la propriété intellectuelle conférait un monopole à son titulaire¹⁴. Le monopole associé à la PI n'est pas simplement toléré. Comme l'a affirmé la Cour suprême dans une cause portant sur les brevets et les pratiques antimonopoles au début de cette période, l'objet même de la législation sur les brevets est le monopole¹⁵. Dans cette optique à la fois simple et intuitivement séduisante, la propriété intellectuelle est une loi sur le monopole qui renvoie une image symétrique de la législation antimonopole représentée par la *Sherman Act*. Selon l'explication donnée par la Cour dans la cause *Motion Picture Patents*, la législation sur les brevets protège le monopole conféré à son titulaire pour ce qu'il a inventé et décrit dans sa demande de brevet¹⁶.

La législation antitrust et la législation sur la propriété intellectuelle en tant que sphères distinctes

Bien entendu, le monopole était limité de façon précise et assujetti à des conditions¹⁷. Mais il n'était pas limité selon une interprétation moderne que nous donnons au brevet, à savoir que celui-ci a un pouvoir de marché limité s'il est gêné par la présence de substituts¹⁸. Plutôt, il était limité dans un sens formel¹⁹ par la description technique du brevet délivré²⁰. Dans les limites de la portée du brevet octroyé par le Congrès, le droit du titulaire était presque absolu²¹. S'il outrepassait la limite définie aux termes du brevet, toutefois, le titulaire du brevet s'exposait à une responsabilité antimonopole²², à la perte d'applicabilité du brevet en raison de la doctrine de l'usage abusif du brevet²³, ou aux deux. Comme il est prévisible dans ce genre de régime juridique, les tribunaux ont consacré une énergie considérable à définir précisément quel comportement se situait dans les limites du brevet octroyé²⁴ et quel comportement outrepassait ces limites²⁵.

LE CADRE ISSU DES LIGNES DIRECTRICES

LE MODÈLE DES « SPHÈRES DISTINCTES » a été sensiblement ébranlé dans les années 70 par un certain nombre de chercheurs²⁶ dont les travaux ont profondément influencé la vision qui ressort des *lignes directrices* sur la propriété intellectuelle²⁷ de 1995 et des lignes directrices de 1988, appelées *International Guidelines*²⁸. Les travaux de ces chercheurs, notamment ceux du professeur Bowman, constituaient une attaque directe sur l'hypothèse la plus fondamentale de la théorie des « sphères distinctes » : la législation antitrust et la législation sur la propriété intellectuelle étaient en opposition. Bowman débute le premier chapitre de l'ouvrage qu'il consacre à la législation sur les brevets et à la législation antitrust par le passage suivant :

La législation antitrust et la législation sur les brevets sont souvent considérées comme étant diamétralement opposées. Comment peut-il y avoir compatibilité entre la législation antitrust, qui vise à promouvoir la concurrence, et la législation sur les brevets, qui favorise le monopole? Du point de vue des objectifs économiques recherchés, l'opposition présumée entre ces législations disparaît. Tant la législation antitrust que la législation sur les brevets ont le même objectif économique fondamental : *maximiser la richesse en produisant ce que les consommateurs veulent au moindre coût*²⁹.

[Traduction]

Cette réflexion a inspiré (avec le décalage habituel d'environ une décennie) les jugements rendus par les tribunaux au cours des années 80 et 90³⁰ et on la retrouve dans les *lignes directrices de 1995*, dans les trois principes directeurs qui en forment l'assise : 1) aux fins de la politique antitrust, la propriété intellectuelle est essentiellement comparable à toute autre forme de propriété³¹; 2) les organismes responsables de l'application de la loi antitrust ne présumeront pas de la simple possession d'un droit de propriété intellectuelle l'existence d'un pouvoir de marché³² et 3) les licences de propriété intellectuelle permettent aux entreprises de combiner des facteurs de production complémentaires et sont généralement favorables à la concurrence³³.

De fait, ces trois principes représentent une répudiation directe de l'ancienne théorie. Si la propriété intellectuelle est comparable à toute autre forme de propriété, alors il n'y a pas de ligne magique invisible qui, une fois franchie, entraînerait automatiquement l'imposition de peines en vertu de la législation antimonopole. Pour qu'il y ait infraction à cette dernière, il doit y avoir un effet anticoncurrentiel, déterminé en fonction des critères habituels du délit en soi (*per se*) ou, ce qui convient davantage dans le contexte de la propriété intellectuelle, de l'analyse fondée sur la règle de raison. Et, en vertu de la règle de raison, les restrictions qui se rattachent aux licences ne sont pas automatiquement interdites ou permises, parce que l'effet sur la concurrence d'une restric-

tion dépend du contexte économique dans lequel il se produit. Si l'on ne doit pas présumer d'un pouvoir de marché au sens de la législation antitrust, alors, comme pour toute autre forme de propriété, la présence d'un tel pouvoir doit être établie en évaluant la disponibilité de proches substituts. Si la licence de propriété intellectuelle suppose la combinaison d'éléments complémentaires, elle a alors un aspect vertical important, même dans des situations qui, à première vue, pourraient paraître horizontales, et qui auraient été traitées comme telles en vertu de l'ancienne approche.

Ce dernier point mérite une explication parce qu'il est au centre des *lignes directrices de 1995*³⁴. L'octroi d'une licence est une façon de réunir des intrants complémentaires tels que des installations de fabrication et de distribution, des effectifs et d'autres formes de propriété intellectuelle complémentaires ou apparentées³⁵; les transactions qui font intervenir des intrants complémentaires sont essentiellement de nature verticale³⁶. Considérons l'exemple de deux fabricants du produit X, où le fabricant A a accordé une licence pour la technologie de fabrication du produit X au fabricant B. Supposons que le fabricant A possède un brevet de portée suffisamment étendue pour englober le produit X et tout substitut probable, de sorte qu'à défaut d'une licence, le fabricant B ne pourrait légalement fabriquer le produit X. Dans ce cas, lorsque le fabricant B s'engage dans la fabrication du produit X uniquement avec la permission du fabricant A, est-il logique de traiter, disons, une restriction territoriale imposée dans la licence accordée par A à B de la même façon que l'on traiterait un partage du marché entre deux concurrents horizontaux? Manifestement non. Cette condition ressemble davantage à une restriction imposée par un fabricant à ses distributeurs. En l'absence d'une théorie quelconque sur la façon dont la restriction crée, maintient ou facilite l'exercice d'un pouvoir de marché, et en l'absence de faits sur lesquels appuyer la théorie, la restriction est légale en vertu des principes antitrust habituels. Il n'est pas nécessaire, dans ces cas, d'utiliser la législation sur les brevets comme « échappatoire » pour exempter le comportement du donneur de licence de l'application de la législation antitrust.

EXEMPLES TYPIQUES ET ÉNONCÉS DE POLITIQUES DE LA PÉRIODE D'INTERDICTION – UN NOUVEL EXAMEN

LE CONTRASTE ENTRE LE FORMALISME DU MODÈLE des « sphères distinctes » et l'instrumentalisme économique qui a inspiré l'approche suivie dans les *lignes directrices* ressort de certaines des causes marquantes et des énoncés de politiques de la période des « sphères distinctes » : *International Salt Co. Inc. v. United States*³⁷; *United States v. Line Material Co.*³⁸, les « neuf interdictions » énoncées par la Division antitrust du Département de la Justice au début des années 70³⁹, ainsi que les causes portant sur l'utilisation abusive de brevets⁴⁰.

INTERNATIONAL SALT

DANS LA CAUSE *INTERNATIONAL SALT*, le défendeur avait loué ses machines brevetées de traitement industriel du sel à des conditions qui imposaient aux preneurs d'acheter auprès du donneur à bail du sel et des pastilles de sel non brevetés – les principaux intrants dans le procédé de traitement du sel⁴¹. La Cour suprême a condamné cette exigence en indiquant qu'elle constituait un accord de vente liée illégal en soi. Le tribunal a fait le raisonnement que si la société *International Salt* avait le droit d'exercer le pouvoir de monopole que lui conféraient présumément ses brevets, elle avait outrepassé la sphère protégée en tentant d'étendre son pouvoir au sel et aux pastilles de sel :

Les brevets de la partie appelante confèrent un monopole limité pour l'invention qu'ils visent à rétribuer. Il en découle un droit, pour l'appelant, de restreindre les autres de fabriquer, de vendre ou d'utiliser les machines brevetées. Mais les brevets ne confèrent aucun droit de restreindre l'utilisation ou le commerce du sel non breveté. En passant des contrats visant à interdire le marché du sel à la concurrence, *International Salt* s'est engagée dans une pratique commerciale restrictive pour laquelle son brevet ne lui accorde aucune immunité à l'égard de la législation antitrust⁴².
[Traduction]

En vertu des *lignes directrices*, cette restriction aurait été analysée de façon passablement différente. Premièrement, le pouvoir de marché à l'égard du produit clé n'aurait pas été présumé de la simple présence du brevet⁴³. Deuxièmement, le fait que le comportement du défendeur soit associé à des biens non brevetés n'aurait pas suffi à prouver que cela avait nui à la concurrence sur un marché pertinent. Plutôt, l'organisme responsable de l'application de la loi aurait cherché à déterminer si l'entente a eu un effet défavorable sur la concurrence sur le marché pertinent du produit lié⁴⁴. Troisièmement, il aurait tenté de déterminer s'il y avait des justifications à cette pratique dans un contexte d'efficience⁴⁵. Plutôt que de tenter d'établir si le comportement du défendeur respectait ou outrepassait la portée étroite du brevet octroyé, l'approche préconisée par les *lignes directrices* est de s'attacher aux effets réels d'une pratique sur la concurrence.

LINE MATERIAL

DANS LA CAUSE *UNITED STATES V. LINE MATERIAL CO.*⁴⁶, la Cour suprême a examiné un accord d'octroi réciproque de licences entre deux titulaires de brevets, *Line Material Company* et *Southern States Equipment Corporation*. *Southern* détenait un brevet sur un fusible d'interruption comportant un mécanisme complexe et coûteux qui permettait de rompre les circuits électriques lorsque le courant devenait excessif⁴⁷. Même si *Line Material* avait

obtenu un brevet pour une version plus simple et moins coûteuse du mécanisme de déclenchement du fusible d'interruption, elle ne pouvait l'utiliser sans empiéter sur le brevet de Southern States Equipment⁴⁸. Pour résoudre le problème soulevé par ces brevets apparentés, les deux sociétés ont convenu d'un accord de licences réciproques, en acceptant en outre d'accorder des sous-licences pour leurs brevets conjoints à plusieurs tiers⁴⁹. Line, Southern et les autres parties aux accords de sous-licences ont convenu de niveaux de prix minimum pour la vente des produits fabriqués à l'aide des brevets pour lesquels les sociétés Line et Southern s'étaient accordées des licences réciproques⁵⁰.

Le tribunal a jugé que les parties s'étaient livrées à des pratiques de fixation des prix contraires à la *Sherman Act*. De l'avis de la Cour, en raison de l'accord intervenu entre les titulaires de brevets, le brevet dominant et les brevets auxiliaires ont été combinés en vue de fixer les prix⁵¹. La question revenait donc à déterminer si la législation sur les brevets fournissait aux défendeurs une immunité à l'égard de la législation antitrust⁵² car, en l'absence d'un brevet ou d'une autre autorisation légale, un contrat visant à fixer ou à maintenir les prix dans le commerce entre États est depuis longtemps reconnu comme étant illégal en soi, en vertu des dispositions de la *Sherman Act*⁵³. Le tribunal a conclu qu'il n'y avait pas d'immunité, en expliquant que la possession d'un brevet ou de brevets valide(s) n'accorde pas au titulaire une exemption à l'égard des dispositions de la *Sherman Act* au delà des limites du monopole conféré par le brevet⁵⁴.

Ainsi, le tribunal n'a pratiquement pas tenu compte du fait qu'en l'absence de l'accord de licences réciproques entre les sociétés Line et Southern, le caractère apparenté des brevets pertinents faisait qu'il était impossible pour le public ou les titulaires des brevets de jouir de la totalité des avantages de ces inventions sur le plan de l'efficacité et de l'économie⁵⁵ ou que les brevets cédés réciproquement par Line et Southern n'étaient pas « concurrentiels sur le plan commercial »⁵⁶. Plutôt, le tribunal a affirmé que la législation sur les brevets ne laissait pas entrevoir le pouvoir de recourir à une coalition avec d'autres titulaires de brevets pour fixer les prix sur des articles visés par les brevets en cause⁵⁷, une telle pratique outrepassait le monopole du brevet⁵⁸.

Mettons en contraste ce qui précède avec le traitement des licences réciproques et des modalités de regroupement des brevets en vertu des *lignes directrices* de 1995. Aux termes des *lignes directrices*, le problème posé par les brevets apparentés et complémentaires est explicitement reconnu :

Parfois, l'utilisation d'un élément de propriété intellectuelle nécessite l'accès à un autre [...] Un élément de propriété intellectuelle en « bloque » un autre lorsque le second ne peut être exploité sans utiliser le premier. À titre d'exemple, une amélioration apportée à une machine brevetée peut être bloquée en raison du brevet accordé sur la machine. Le droit de licences peut faciliter le développement coordonné de technologies apparentées⁵⁹.

[Traduction]

Les *lignes directrices* reconnaissent que les accords de licences réciproques et de mise en commun de brevets peuvent comporter des avantages sur le plan de la concurrence en intégrant des technologies complémentaires, en réduisant les coûts de transaction, en débloquent les situations où les brevets sont apparentés et en évitant de coûteux litiges en contrefaçon⁶⁰. Dans la terminologie des *lignes directrices*, tous ces cas représentent des relations verticales – par exemple, si deux parties possèdent chacune des brevets qui empêchent l'autre d'utiliser ses technologies et qu'il n'est pas possible pour l'une des parties de contourner, par une invention, la position de l'autre; dans ce cas, les parties ne seraient pas des concurrents réels ou éventuels sur le marché pertinent en l'absence de la licence⁶¹. Par ailleurs, si les parties sont des concurrents horizontaux – soit parce que leurs brevets représentent des technologies concurrentes (c'est-à-dire qu'elles peuvent être substituées l'une à l'autre), qu'ils sont invalides ou qu'ils auraient pu vraisemblablement être contournés par une invention, alors les restrictions visant les prix ou la production ou les restrictions territoriales figurant dans un accord d'octroi réciproque de licences ou de mise en commun de brevets peuvent être préjudiciables à la concurrence de la même façon que de telles restrictions entre concurrents peuvent l'être hors du champ de la propriété intellectuelle⁶². L'analyse s'éloigne donc de simple classification d'une restriction rattachée à une licence comme « respectant » ou « outrepassant » la portée du brevet octroyé, pour devenir une analyse des circonstances économiques réelles dans lesquelles une pratique donnée peut soit promouvoir soit entraver la concurrence.

LES NEUF INTERDICTIONS

EN 1970, LA DIVISION ANTITRUST DU DÉPARTEMENT DE LA JUSTICE a articulé ce que l'on a appelé par la suite les « neuf interdictions »⁶³. Il s'agit de pratiques liées aux licences de propriété intellectuelle qui déclencherait un examen de la part de la Division⁶⁴. Même si l'on ne s'entend pas sur le fait que chacune de ces interdictions ait été interprétée par la Division comme étant une infraction en soi (*per se*) à la législation antitrust⁶⁵, les pratiques en cause ont été décrites dans au moins une allocution prononcée par le sous-procureur général adjoint de l'époque, Bruce B. Wilson, comme étant des pratiques qui, dans presque tous les cas, soulèveront des problèmes dans l'optique de la législation antitrust en raison de leur incidence négative sur la concurrence⁶⁶. Ces pratiques, dont plusieurs ont des antécédents en jurisprudence⁶⁷ étaient :

- le fait de lier des fournitures non brevetées⁶⁸,
- les clauses de licences au retour obligatoires⁶⁹,
- les restrictions postérieures à la revente par des acheteurs de produits brevetés⁷⁰,
- les accords d'exclusivité⁷¹,

- le fait de donner au détenteur de la licence un droit de veto sur l'octroi subséquent d'autres licences par le titulaire du brevet⁷²,
- les modalités obligatoires de licences groupées⁷³,
- le paiement obligatoire, sous forme de redevances, de montants qui ne sont pas raisonnablement liés aux ventes du produit breveté⁷⁴,
- les restrictions visant les ventes de produits non brevetés fabriqués à l'aide d'un procédé breveté⁷⁵ et
- la fixation des prix que les détenteurs de licences peuvent exiger à la revente de produits visés par une licence⁷⁶.

À l'instar des causes *International Salt* et *Line Material*, ces neuf interdictions sont une illustration frappante de la vision traditionnelle de la législation sur la propriété intellectuelle et de la législation antitrust comme étant deux sphères distinctes. Dans son allocution, Wilson a d'ailleurs présenté la liste en ces termes :

Quelles pratiques en matière de licences le Département de la Justice considère-t-il comme étant clairement illégales? Je crois que je peux en décrire au moins neuf. Chacune d'elles a un effet sur la concurrence qui déborde les limites établies par la demande de brevet⁷⁷.

Ainsi, le fait de lier des fournitures non brevetées figure sur cette liste en raison du jugement rendu par la Cour suprême dans la cause *International Salt* qui, comme nous l'avons indiqué, a fondé sa condamnation sur la conviction qu'un tel lien étendait le monopole du brevet au delà de la portée prévue dans le brevet accordé par le Congrès⁷⁸. De même, le regroupement obligatoire de licences a été considéré comme un prolongement illégal du brevet⁷⁹.

Dans le cas des clauses de licences au retour obligatoires, le Département de la Justice et les tribunaux ne partageaient pas la même opinion quant au résultat mais les deux arguments se situaient bien à l'intérieur des limites du paradigme des « sphères distinctes ». Dans la cause *Transparent-Wrap Machine Corp. v. Stokes & Smith Co.*⁸⁰, la Cour suprême a jugé qu'une clause obligeant le détenteur de licence à céder tout brevet visant une amélioration au donneur de licence n'était pas, en soi, invalide⁸¹, en donnant l'explication suivante :

L'utilisation d'un brevet en vue d'en acquérir un autre ne constitue pas une extension du monopole de son brevet à des articles régis par la loi générale et à l'égard desquels ni les monopoles ni les pratiques de commerce restrictives ne sont sanctionnés. Il s'agit, de fait, de l'utilisation d'un monopole légalisé aux fins d'acquérir un autre monopole légalisé⁸².

[Traduction]

Le Département de la Justice avait une opinion contraire :

Le Département considère qu'il est illégal pour le titulaire d'un brevet d'exiger du détenteur de licence qu'il lui cède tout brevet qui pourrait lui être

accordé après l'exécution de l'accord de licence. Il est assez clair que le souhait légitime du titulaire du brevet de pouvoir exploiter les formes commerciales de son invention mises au point par la suite et qui pourraient faire l'objet d'une demande de brevet de la part du détenteur de licence peut être satisfait adéquatement en exigeant de ce dernier qu'il accorde une licence au retour non exclusive à l'égard de tout brevet visant une amélioration subséquente. En outre, la conséquence logique d'une telle clause d'octroi de licence au retour est d'entraver toute innovation de la part du détenteur de licence⁸³.

[Traduction]

Dans ces deux dernières phrases, nous voyons déjà poindre l'approche moderne. Même si l'accent est toujours mis sur le fait que le comportement respecte ou outrepassa la portée du brevet accordé, le Département de la Justice indique qu'il s'intéresse à la façon dont les souhaits légitimes du titulaire du brevet peuvent être satisfaits, ainsi qu'à l'effet que la disposition peut avoir sur l'incitation à innover de la part du détenteur de licence. Ce qui manque encore est l'attention accordée à la possibilité qu'une interdiction de clause exclusive de licences au retour puisse entraver l'innovation de la part du titulaire du brevet et à l'importance relative des deux effets dans des circonstances données.

L'approche suivie dans les *lignes directrices de 1995* contraste avec celle des « neuf interdictions » de la même façon qu'elle contraste avec la jurisprudence inspirée de la doctrine des « sphères distinctes ». Les accords de vente liée (y compris les clauses obligatoires de licences groupées) sont examinés sous l'angle de leurs effets anticoncurrentiels réels et des justifications qu'on pourrait leur donner sur le plan de la concurrence⁸⁴. Les clauses d'octroi obligatoire de licences au retour sont examinées en vertu de la règle de raison; les organismes chargés de l'application de la loi reconnaissent qu'une telle clause peut être nécessaire pour faire en sorte que le donneur de licence ne se retrouve dans l'incapacité de soutenir la concurrence sur le marché parce qu'il ne peut avoir accès aux améliorations mises au point à l'aide de sa propre technologie⁸⁵, que même lorsqu'une disposition d'octroi de licence au retour réduit l'incitation que peuvent avoir les détenteurs de licences à améliorer la technologie en cause, une telle clause peut avoir, en contrepartie, des effets favorables à la concurrence⁸⁶ et que le fait de permettre le recours à de telles clauses peut accroître l'incitation à innover des donneurs de licences⁸⁷. Les licences exclusives (que l'on présume inclure leur version moins restrictive – la licence accordant au détenteur de licence un droit de veto sur l'octroi de licences subséquentes par le titulaire du brevet⁸⁸) – reçoivent un traitement assez généreux dans les *lignes directrices*, qui précisent que, de façon générale, une licence exclusive peut soulever des préoccupations dans le contexte de la législation antitrust uniquement si les licences elles-mêmes, ou si le donneur et le preneur de licence, ont un lien horizontal⁸⁹. Le paiement obligatoire, sous forme de redevances, de montants qui ne sont pas raisonnablement liés aux ventes du produit breveté⁹⁰ peut faire l'objet d'une

contestation, comme ce fut le cas dans la cause *United States v. Microsoft Corp.*⁹¹, mais seulement dans le cadre d'une analyse fondée sur la règle de raison montrant que les restrictions entravent de façon anticoncurrentielle l'accès à des intrants importants ou haussent les coûts d'obtention de ces intrants pour des concurrents, ou encore facilitent la coordination en vue de hausser les prix ou de réduire la production, et que ces effets surpassent les effets favorables à la concurrence⁹². Ainsi, contrastant avec les « neuf interdictions », la doctrine qui inspire les *lignes directrices* met l'accent sur l'effet réel d'une pratique dans des conditions de marché particulières, plutôt que de tenter de déduire des règles générales de la nature présumée d'une pratique d'octroi de licence donnée et de notions relatives aux liens inhérents entre une pratique et la propriété intellectuelle visée par la licence.

UTILISATION ABUSIVE D'UN BREVET

HORS DU DOMAINE DE LA LÉGISLATION ANTITRUST, on retrouve la doctrine connexe de l'utilisation abusive d'un brevet, dans le domaine de la propriété intellectuelle, qui fait ressortir la même vision des « sphères distinctes » que celle qui émanait de la législation antimonopole. L'utilisation abusive d'un brevet est une doctrine fondée sur l'équité, en vertu de laquelle le titulaire d'un brevet qui en fait une utilisation abusive en prolongeant sa portée au delà de celle prévue dans le brevet accordé ou qui utilise le brevet pour commettre une infraction à la législation antitrust est présumé avoir les « mains sales », ce qui le rend inapte (jusqu'à ce que l'utilisation abusive cesse) à demander l'aide d'un tribunal d'équité pour faire respecter son droit de brevet⁹³. Si les aspects économiques des transactions portant sur l'octroi de licences avaient été plus développés à l'époque, l'utilisation abusive d'un brevet comme doctrine en équité plutôt que doctrine juridique aurait pu être particulièrement bien adaptée pour tenir compte des éléments de justification favorables à la concurrence des restrictions rattachées à la licence à l'origine de la plainte déposée pour utilisation abusive d'un brevet. Cependant, l'instrument dont on disposait pour déterminer si le titulaire du brevet s'était comporté de façon inéquitable était l'approche fondée sur la description technique du brevet accordé, dont nous avons déjà traité⁹⁴. Ainsi, dans la cause *Morton Salt*⁹⁵, on a jugé que le titulaire du brevet sur une machine servant à déposer des pastilles de sel dans des boîtes de conserve d'aliments s'était rendu coupable d'utilisation abusive du brevet en assujettissant la location de la machine à l'utilisation, par le preneur à bail, des pastilles de sel fabriquées par les filiales du titulaire du brevet⁹⁶. La Cour suprême a fait le raisonnement que le titulaire du brevet avait tenté d'étendre son monopole aux pastilles de sel non brevetées en allant au delà de la portée du brevet qui lui avait été octroyé. De même, dans les causes *Mercoid Corp. v. Minneapolis-Honeywell Regulator Co.*⁹⁷ et *Mercoid Corp. v. Mid-Continent*

*Investment Co.*⁹⁸, le tribunal a jugé que le titulaire du brevet en avait fait une utilisation abusive en accordant des licences à l'égard de systèmes brevetés uniquement à la condition qu'un élément non breveté (conçu pour être utilisé avec le système breveté et qui ne pouvait servir à d'autre fin) soit acheté auprès du titulaire du brevet. De nombreux autres jugements se sont inspirés de la même approche⁹⁹. Les *lignes directrices* ne traitent pas de la doctrine de l'utilisation abusive, mais un certain nombre de causes récentes¹⁰⁰ et certains textes de loi récents¹⁰¹ ont abouti à des résultats, sur la question de l'utilisation abusive d'un brevet, à peu près analogues aux positions exprimées dans les *lignes directrices*.

FONDEMENT DOCTRINAL DE CHAQUE APPROCHE

L'ANALYSE CLASSIQUE DE LA RELATION entre la législation antitrust et les restrictions en matière de propriété intellectuelle ne se situait pas dans un contexte abstrait. Elle était étroitement liée à deux autres doctrines familières de la législation antitrust classique : la règle de l'infraction en soi (*per se*) et la notion des « exemptions expresses et implicites » à la législation antitrust. Premièrement, ces deux doctrines, à l'instar du modèle des « sphères distinctes », s'appuient sur une logique et une catégorisation formalistes qui font contrastes avec l'instrumentalisme d'inspiration économique qui ressort des *lignes directrices*. Deuxièmement, on pourrait faire valoir que, sauf pour l'application très étendue de règles *per se* fondamentales, il n'aurait pas été nécessaire de traiter les causes où se juxtaposaient brevets et pratiques antimonopoles comme si elles appartenaient à une « sphère distincte » exemptée de l'application normale de la législation antitrust. Par la même occasion, l'approche suivie dans les *lignes directrices* à l'égard de l'interface de la législation en matière de propriété intellectuelle et de la législation antitrust devrait être interprétée dans le contexte plus large de l'évolution du cadre analytique de la politique de concurrence, qui en est venu à accorder plus d'importance aux considérations d'efficacité, à restreindre l'application des règles *per se* et a rendu inutile l'approche axée sur les exemptions dans les causes faisant intervenir simultanément brevets et pratiques antimonopoles.

LA RÈGLE PER SE ET LA RÈGLE DE RAISON

LA PLUPART DES RESTRICTIONS À LA CONCURRENCE sont analysées en vertu de la règle de raison¹⁰². En appliquant cette règle, le tribunal examine tous les faits pertinents, la nature de la restriction et le contexte concurrentiel pour déterminer si la restriction imposée est de nature à simplement réglementer et, peut-être même de ce fait, à promouvoir la concurrence, ou si elle est de nature à supprimer ou même à détruire la concurrence¹⁰³. Cependant, il y a certaines

ententes ou pratiques qui, en raison de leur effet pernicieux sur la concurrence et de l'absence de tout effet compensateur, sont automatiquement présumées non raisonnables et, par conséquent, illégales, sans enquête élaborée quant aux dommages précis qu'elles peuvent causer ou aux motifs commerciaux qui pourraient justifier leur utilisation¹⁰⁴. Les infractions *per se* englobent les ententes entre concurrents en vue de fixer les prix, de répartir les marchés, de réduire la production ou, dans certaines circonstances, de boycotter collectivement des concurrents actuels ou éventuels¹⁰⁵. Pour de telles ententes, les plaignants dans les causes antitrust n'ont pas à démontrer leur caractère déraisonnable ni leurs effets anticoncurrentiels¹⁰⁶. Pour que le tribunal considère une restriction comme étant illégale en soi, tout ce que l'on doit établir est l'existence de cette restriction. Ainsi, tout comme la nature de la restriction rattachée à une licence détermine son traitement en regard des « neuf restrictions » sans tenir compte des circonstances pertinentes ou des effets possibles sur la concurrence, une règle de fond *per se* procède d'une démarche formaliste où l'accent est mis sur la nature intrinsèque de certaines restrictions, évitant ainsi toute enquête sur les effets de ces restrictions sur la concurrence.

EXEMPTIONS IMPLICITES POUR LES INDUSTRIES RÉGLEMENTÉES

LE MODÈLE DES SPHÈRES DISTINCTES appliqué à l'interface de la propriété intellectuelle et de la législation antitrust se retrouve aussi, sous une forme analogue, dans l'analyse classique du comportement des industries réglementées sous l'angle de la concurrence. Divers aspects des secteurs de l'assurance¹⁰⁷ et de l'expédition¹⁰⁸, par exemple, sont exemptés des lois antimonopoles¹⁰⁹. Dans d'autres secteurs, les tribunaux ont déduit de la nature du cadre de réglementation des « exemptions implicites »¹¹⁰. Dans les deux cas, la Cour suprême a suivi des cheminements semblables. En ce qui a trait aux exemptions légiférées, le tribunal a indiqué que les exemptions à la législation antitrust étaient définies de façon rigoureuse¹¹¹. En ce qui a trait aux exemptions implicites, le tribunal a affirmé que la dérogation à la législation antitrust devrait être considérée comme implicite uniquement si elle est nécessaire au fonctionnement du cadre de réglementation et, encore là, seulement dans la mesure requise. C'est le principe qui guide le rapprochement des deux modèles de législation¹¹². Les causes entendues à l'époque des « sphères distinctes » emploient une terminologie remarquablement semblable en ce qui a trait au rapprochement des deux régimes juridiques – celui de la propriété intellectuelle et celui des pratiques antimonopoles. Comme l'a indiqué le tribunal dans la cause *Masonite*, puisque les brevets sont des privilèges qui restreignent la liberté économique, les droits que le Congrès leur a rattachés doivent faire l'objet d'une interprétation rigoureuse¹¹³.

L'UTILITÉ DU MODÈLE DES « SPHÈRES DISTINCTES »
 EN PRÉSENCE D'UN RECOURS ÉTENDU AUX RÈGLES *PER SE*
 ET D'UNE TOLÉRANCE LIMITÉE ENVERS LES MONOPOLES LÉGITIMES

À DIVERS MOMENTS DE L'HISTOIRE DE LA LÉGISLATION ANTITRUST, des règles *per se* ont été appliquées à des pratiques dont le caractère « manifestement anti-concurrentiel »¹¹⁴ pourrait être sérieusement remis en question. L'exemple le plus connu est la réprobation des restrictions verticales visant les territoires et les clients dans la cause *United States c. Arnold, Schwinn & Co.*¹¹⁵. La société Schwinn avait attribué des territoires précis à chacun de ses distributeurs-grossistes et exigeait qu'ils ne vendent qu'à des clients franchisés de Schwinn sur leur territoire respectif. La Cour de district a jugé que la restriction territoriale était illégale en soi, un jugement qui n'a pas été porté en appel, mais elle a aussi considéré valide l'exigence faite aux distributeurs de ne vendre qu'aux franchisés. La Cour suprême a renversé ce jugement en concluant que les deux restrictions étaient des restrictions applicables au moment de la cession que le fabricant n'avait pas le pouvoir d'imposer à ses vendeurs et, puisque la nature de la transaction comportait un accord, une coalition ou une entente, elles enfreignaient l'article 1 de la *Sherman Act*¹¹⁶.

Nous ne voulons pas laisser penser que la cause *Schwinn* a donné l'impulsion requise pour que l'on reconnaisse le besoin d'accorder à la propriété intellectuelle une exemption à l'égard de la législation antitrust : ce jugement est survenu bien après que s'établisse la jurisprudence fondée sur les « sphères distinctes » et constituait, en soi, une anomalie qui venait renverser un jugement antérieur traitant les restrictions territoriales verticales en vertu de la règle de raison¹¹⁷. Pourtant, l'utilité d'une formule d'exemption à l'égard de la législation antitrust apparaît rapidement lorsque la règle issue du jugement *Schwinn* est juxtaposée à une loi qui accorde expressément au titulaire du brevet le droit de céder un droit exclusif en vertu du brevet pour l'ensemble ou une partie déterminée des États-Unis¹¹⁸. Si la règle antitrust *per se* permet de condamner toute répartition territoriale, peu importe qu'elle soit horizontale ou verticale, alors les deux régimes sont vraiment entrés en collision, ce qui signifie que la dérogation aux dispositions de la législation antitrust était nécessaire pour assurer le fonctionnement du cadre de réglementation mais, en vertu de la doctrine classique, uniquement dans la mesure minimale requise¹¹⁹.

Une telle approche axée sur les exemptions était aussi une réaction logique à l'analyse classique des monopoles dans le contexte de la législation antitrust. Même s'il est depuis longtemps établi que le simple fait de détenir un pouvoir de monopole n'est pas illégal¹²⁰, on était alors convaincu que le monopole constituait un mal en soi¹²¹, et qu'un monopole acquis grâce à une compétence supérieure et à une forte rivalité était toléré mais non prisé¹²². Selon la notion (erronée) que les brevets, de par leur nature même, confèrent des monopoles¹²³, on en arrivait à la conclusion que les deux régimes juridiques étaient fonda-

mentalement opposés, ce qui rendait encore plus attrayant le modèle de l'« exemption à l'égard de la législation antitrust » pour résoudre le conflit perçu.

L'AVÈNEMENT DES LIGNES DIRECTRICES

LA VISION LARGEMENT RÉPANDUE QUI AVAIT DONNÉ UNE LÉGITIMITÉ au modèle des « sphères distinctes » a été sensiblement remise en question entre la fin des années 70 et le début des années 90 par une série de jugements de la Cour fédérale, des modifications législatives¹²⁴ et des tendances nouvelles dans l'application des principes économiques à l'analyse faite dans le cadre de la législation antitrust¹²⁵. Ces événements ont profondément influencé les *lignes directrices* de 1995 et la philosophie qui les sous-tend.

Plusieurs causes entendues par la Cour suprême, notamment *Sylvania*¹²⁶ et *BMI*¹²⁷, ont fait entrer en scène d'importants éléments analytiques tirés des *lignes directrices*, dont : 1) l'extension de l'analyse fondée sur le principe de la règle de raison et l'érosion concomitante des catégories de restrictions considérées illégales en soi et 2) une plus grande disposition à regarder au delà de la forme et de la caractérisation juridique des restrictions pour faire porter l'examen sur les aspects économiques fondamentaux, c'est-à-dire les effets réels ou probables d'arrangements particuliers sur la concurrence.

La cause *Sylvania*

Dans la cause *Sylvania*, la Cour suprême a examiné une plainte déposée en vertu de la législation antitrust où l'on contestait une restriction territoriale figurant dans une entente de franchisage. Aux termes du contrat dénoncé, la société Continental – le franchisé – acceptait de vendre les produits électroniques de marque *Sylvania* mais était assujéti à la restriction que les produits *Sylvania* ne pouvaient être vendus que dans lieux géographiques précis, expressément approuvés par *Sylvania* – le franchiseur. Lorsque Continental a donné avis qu'elle avait l'intention de vendre des produits *Sylvania* à un emplacement non autorisé, *Sylvania* a retiré la franchise accordée à Continental. Continental a pris action contre *Sylvania*, en faisant valoir que la restriction territoriale contenue dans l'accord de distribution conclu entre *Sylvania* et Continental constituait une infraction en soi (*per se*) à l'article 1 de la *Sherman Act*.

En vertu du précédent établi dans la cause *United States v. Arnold, Schwinn & Co.* qui avait alors prépondérance¹²⁸, une restriction territoriale imposée par le franchiseur sur la distribution d'un produit était illégale en soi si le fabricant cédait son droit de propriété sur le produit avant que celui-ci soit vendu par le distributeur. Cependant, la même restriction territoriale aurait été examinée en vertu du principe de la règle de raison si le fabricant avait conservé les titres de propriété tout au long de la chaîne de distribution jusqu'à l'acheteur

final¹²⁹. En examinant la distinction établie dans le jugement *Schwinn*, le tribunal qui a entendu la cause *Sylvania* a noté que l'impact sur le marché des restrictions verticales est complexe parce qu'elles peuvent à la fois entraîner une réduction de la concurrence intra-marque tout en stimulant la concurrence inter-marque¹³⁰ et que la forme de la transaction dans laquelle un fabricant cède ses produits aux détaillants ne touche pas les effets concurrentiels d'une restriction qui réduit la rivalité intra-marque¹³¹. Reconnaisant les effets habituellement favorables à la concurrence des restrictions verticales parce qu'elles permettent de surmonter les problèmes d'opportunisme et d'autres obstacles à une distribution efficiente¹³², le tribunal a aussi noté que les économistes avaient décrit divers moyens que les fabricants peuvent employer (restrictions verticales visant des aspects autres que le prix) pour concurrencer plus efficacement d'autres fabricants¹³³. Le maintien de la règle découlant du jugement *Schwinn* aurait alors pour effet – dans les cas où les ententes de distribution prévoient que la propriété des produits destinés à la vente au détail passe du fabricant au distributeur – de priver arbitrairement les consommateurs des avantages nets découlant du fait que les restrictions verticales autres que sur les prix favorisent la concurrence inter-marque¹³⁴. Le tribunal a donc infirmé le jugement *Schwinn* en affirmant que la légalité des restrictions verticales autres que sur les prix doit être déterminée par une analyse fondée sur la règle de raison en examinant les effets économiques réels de la restriction contestée¹³⁵.

La cause BMI

Dans la cause *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System*¹³⁶, la Cour suprême s'est prononcée sur une contestation en vertu de la législation antitrust visant une licence « générale » de droits d'auteur sur des oeuvres musicales. Broadcast Music, Inc. (BMI) et l'American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP) agissent à titre de société de gestion des licences pour des milliers de compositeurs, et elles surveillent l'utilisation, intentent des poursuites dans les cas de contrefaçon et perçoivent et distribuent les revenus provenant des redevances¹³⁷. En vertu du genre de licence générale contestée dans la cause BMI, les utilisateurs licenciés tels que le réseau de télévision CBS achètent des droits de radiodiffusion pour l'ensemble des oeuvres qui figurent dans les répertoires de BMI ou de l'ASCAP, pour une période de temps limitée, sans égard au nombre de compositions qui seront réellement utilisées ou de la fréquence avec laquelle les oeuvres seront radiodiffusées. En vertu des licences générales de radiodiffusion en litige dans la cause BMI, les redevances payées par CBS à titre de détenteur d'une licence générale n'étaient pas fondées sur des redevances pour des utilisations particulières de compositions données. Plutôt, en échange du droit de radiodiffuser toute composition gérée par l'ASCAP et (en vertu d'une licence négociée séparément) toute composition gérée par BMI en tout temps au cours de la durée d'application des licences générales, CBS

acceptait de verser à l'ASCAP et à BMI un pourcentage fixe des recettes publicitaires du réseau de télévision¹³⁸. Même si CBS et les compositeurs dont les oeuvres étaient radiodiffusées par le détenteur de la licence générale étaient libres de conclure des accords de licence individuels pour chaque exécution, CBS a fait valoir que l'accord de licence générale de BMI et de l'ASCAP représentait une fixation de prix illégale en soi qui était contraire aux dispositions de la *Sherman Act*¹³⁹. Plus précisément, CBS prétendait que BMI et l'ASCAP utilisaient le pouvoir inhérent à leurs portefeuilles de droits d'auteur pour exiger que les détenteurs de licences générales versent des redevances selon une formule n'ayant aucun rapport avec la quantité d'oeuvres musicales radiodiffusées¹⁴⁰.

Même si la cause BMI n'a pas été amenée devant les tribunaux par le gouvernement, la théorie invoquée par CBS était passablement conforme aux « neuf interdictions » et aux modèles traditionnels de l'analyse des licences de propriété intellectuelle dans le contexte de la législation antitrust¹⁴¹. Essentiellement, CBS accusait BMI et l'ASCAP d'enfreindre l'interdiction numéro 6 (licences groupées obligatoires)¹⁴² et l'interdiction numéro 7 (versement obligatoire de redevances dont le montant n'est pas raisonnablement liée aux ventes du produit [visé par le droit d'auteur])¹⁴³. La Cour d'appel de second circuit des États-Unis, en exprimant l'opinion que les accords de licence de la BMI enfreignaient l'article 1 de la *Sherman Act*, a fait une analogie entre les licences générales de radiodiffusion et les ententes de mise en commun de brevets qui avaient été réprouvées en tant que pratique de fixation des prix illégale en soi dans la cause *United States v. Line Material, Inc.*¹⁴⁴.

Regardant au delà de la forme de l'entente et refusant d'accepter la notion de fixation des prix comme base de rejet des licences de radiodiffusion générales, la Cour suprême a renversé le jugement du Tribunal du deuxième circuit en affirmant que la légalité de l'accord de licence devait être déterminée en appliquant la règle de raison. Le tribunal fit observer que l'ASCAP (et BMI) et la licence générale sont le fruit des circonstances pratiques du marché¹⁴⁵, où les coûts de transaction que suppose la négociation distincte des droits sur chaque composition musicale sont très élevés, même pour les clients les plus importants¹⁴⁶. L'examen fait par le tribunal des conditions réelles du marché et des effets sur la concurrence n'a fait ressortir aucune preuve montrant que la concurrence qui aurait existé en l'absence des licences générales, le cas échéant, a été limitée de façon sensible. En outre, rien n'empêchait les clients d'obtenir des licences individuelles directement auprès des compositeurs ou par l'entremise d'autres agents, sur une base non exclusive¹⁴⁷. L'effet réel de l'octroi de licences générales par l'intermédiaire de l'ASCAP et de BMI était, plutôt, de susciter une concurrence qui, autrement, aurait été entravée en raison de coûts de transaction excessivement élevés¹⁴⁸.

Le contraste entre l'analyse faite dans la cause BMI et le rejet de l'entente de mise en commun de brevets dans la cause *Line Material* est frappant. Devant les éléments de preuve et l'argument présentés dans la première cause pour

démontrer qu'une entente de mise en commun de brevets aurait pu résoudre une impasse et, ainsi, permettre la diffusion d'un produit supérieur à un prix moins élevé, le tribunal qui a jugé la cause *Line Material* a assujéti l'entente à une interdiction en soi (*per se*) et s'est ainsi abstenu de faire tout examen sérieux pour déterminer si la restriction aurait pu favoriser la concurrence, dans l'ensemble¹⁴⁹. Comme l'a noté le tribunal qui a entendu la cause *BMI*, une approche littérale à l'application des règles *per se* est trop simpliste et a souvent une portée trop grande¹⁵⁰.

L'impact des causes *Sylvania* et *BMI* sur les lignes directrices

Tant dans la cause *Sylvania* que dans la cause *BMI*, on a mis l'accent sur les questions de fond, c'est-à-dire l'incidence réelle sur la concurrence, de préférence à la forme, tout en élargissant la portée de la règle de raison. Des notions économiques telles que les « coûts de transaction » et les problèmes d'« opportunisme » ont éventuellement pris une signification déterminante dans l'analyse qu'a fait le tribunal des restrictions rattachées aux licences. Avec l'évolution de la doctrine antitrust signalée dans la cause *BMI*, les tribunaux pouvaient, pour l'essentiel, cesser de tenter de préciser si une pratique donnée se situait à l'intérieur ou à l'extérieur des limites du brevet ou du droit d'auteur accordé, pour s'attacher plutôt à déterminer si la pratique favorisait ou entraînait l'innovation et le bien-être des consommateurs.

L'influence de la cause *BMI* et de celles qui l'ont suivie sur les lignes directrices de 1995 ressort de façon particulièrement claire de la façon dont a été articulé le cadre général appliqué par les autorités pour évaluer les restrictions en matière de licences¹⁵¹. Tout en affirmant l'applicabilité des interdictions *per se* à une catégorie relativement étroite de restrictions propres aux licences de propriété intellectuelle¹⁵², les lignes directrices adoptent l'approche fondamentale qui ressort de la cause *BMI* en vue d'établir si l'on peut prévoir que la restriction en cause contribue à une intégration de l'activité économique favorable à l'efficacité¹⁵³. Étant donné que l'on peut prévoir que les licences de propriété intellectuelle contribuent, dans la plupart des cas, à une intégration de l'activité économique favorable à l'efficacité, la règle de raison se présente comme le modèle normal d'analyse, dans le contexte de la législation antimonopole, des restrictions qui se rattachent aux licences de propriété intellectuelle :

Dans la grande majorité des cas, les restrictions énoncées dans les accords de licence de propriété intellectuelle sont évaluées selon la règle de raison. La démarche générale des autorités en vue d'analyser une restriction liée à une licence, en vertu de la règle de raison, est de se demander si cette restriction est raisonnablement nécessaire pour engendrer des avantages favorables à la concurrence supérieurs aux effets anticoncurrentiels¹⁵⁴.

[Traduction]

De même, l'influence de la démarche empruntée dans la cause *Sylvania* à l'égard des restrictions verticales imprègne les *lignes directrices*. En effet, celles-ci traitent les accords de licence de propriété intellectuelle comme s'ils comportaient une importante dimension verticale. Le troisième principe des *lignes directrices* reconnaît la complémentarité et, partant, le caractère vertical de la plupart des transactions portant sur des licences de propriété intellectuelle¹⁵⁵. Compte tenu du caractère vertical de la transaction, la reconnaissance, dans le jugement *Sylvania*, des préoccupations que peut avoir un fabricant quant au risque qu'un distributeur profite indûment des efforts des autres et, par conséquent, mette en péril l'ensemble du système de distribution, prend une pertinence singulière. Pour ne donner qu'un exemple, l'article 2.3 des *lignes directrices* précise que :

Les limites énoncées dans les licences de propriété intellectuelle quant au champ d'exploitation, au territoire et à d'autres aspects peuvent servir la concurrence en permettant au donneur de licence d'exploiter son bien de façon aussi efficiente et efficace que possible. Ces diverses formes d'exclusivité peuvent être employées pour inciter le détenteur de licence à investir dans la commercialisation et la distribution des produits intégrant la propriété intellectuelle visée par la licence [...]. À titre d'exemple, les restrictions peuvent protéger le détenteur de licence contre le parasitage de ses investissements par d'autres détenteurs de licences ou par le donneur de licence lui-même.

[Traduction]

COÛTS ET AVANTAGES DE CHAQUE APPROCHE

AVANTAGES DE L'APPROCHE DES « SPHÈRES DISTINCTES » ET COÛTS DE L'APPROCHE DES LIGNES DIRECTRICES

LES AVANTAGES QUE NOUS POURRIONS ATTENDRE de l'approche des « sphères distinctes » pour l'examen, dans le contexte de la législation antitrust, des restrictions liées à la propriété intellectuelle sont ceux que l'on associe à un système de règles bien articulées : administration efficiente, prévisibilité et transparence¹⁵⁶. Comme l'a noté la Cour suprême, les règles *per se* ont tendance à orienter la démarche des milieux d'affaires et à réduire au minimum le fardeau imposé aux parties en litige et au système judiciaire par les causes jugées selon le principe plus complexe de la règle de raison¹⁵⁷. L'examen classique en fonction des « sphères distinctes », à savoir qu'un accord se situe à l'intérieur ou à l'extérieur du « monopole » accordé au détenteur de la propriété intellectuelle, est conceptuellement simple et transparent, du moins à première vue. Et les « neuf interdictions » vont encore plus loin pour faciliter l'administration, la prévisibilité et la transparence. Elles ont un caractère concret, spécifique et,

(encore une fois) à première vue, inflexible¹⁵⁸ – ce qui les rend donc parfaitement prévisibles.

Un système d'interdictions explicites où l'on applique généralement des règles *per se* suppose deux jugements connexes en ce qui a trait à l'interface de la propriété intellectuelle et de la législation antitrust : premièrement, que la plupart ou la totalité des déterminations peuvent se faire en fonction de règles de décision préétablies et spécifiques et, deuxièmement, que le coût marginal de l'acquisition et du traitement de l'information au delà de celle intégrée à ces règles de décision dépasse l'avantage marginal de tenir compte de renseignements supplémentaires au moment de juger ces causes. Si ces hypothèses s'avèrent, le modèle des « sphères distinctes » présenterait beaucoup d'intérêt, tandis que le modèle des *lignes directrices* laisserait vraisemblablement à désirer. Hormis tout au plus quelques règles explicites assujettissant de larges catégories de restrictions à une infraction en soi, et en rejetant la présomption d'un pouvoir de marché à partir de la simple détention d'un brevet ou d'un droit d'auteur, l'analyse fondée sur des *lignes directrices* impose généralement aux organismes chargés d'appliquer la loi le fardeau de déterminer, dans les faits, les conditions du marché et les effets anticoncurrentiels. Il s'ensuit donc que l'analyse axée sur les *lignes directrices* demande du temps, qu'elle consomme beaucoup de ressources, qu'elle est moins prévisible, a un moins grand effet de dissuasion et pourrait être excessivement vulnérable à ce que les statisticiens appellent « l'erreur de type 2 »¹⁵⁹. Autrement dit, les contraintes de ressources au niveau de l'application de la loi, conjuguées à la portée considérablement élargie des arguments pouvant justifier l'imposition de restrictions dans le cadre de licences, pourraient signifier qu'un plus grand nombre de cas de comportement anticoncurrentiel échappent à toute enquête ou, qu'après enquête, ils soient classés par erreur dans la catégorie des comportements favorables à la concurrence ou n'ayant que peu d'effet sur celle-ci.

COÛTS DE L'APPROCHE DES « SPHÈRES DISTINCTES » ET AVANTAGES DE L'APPROCHE DES LIGNES DIRECTRICES

L'AUTRE CÔTÉ DU BILAN COÛTS-AVANTAGES laisse entrevoir un résultat différent. Ainsi, il n'est pas du tout évident que le modèle des « sphères distinctes » est plus efficient sur le plan administratif que celui des *lignes directrices*¹⁶⁰. Mais ce qui importe davantage, l'efficience d'un régime juridique doit être mesurée en fonction non seulement de ses coûts administratifs, mais de son effet net sur l'efficience dans l'ensemble de l'économie¹⁶¹. Nonobstant la présence possible d'éléments d'efficience sur le plan administratif, le modèle des « sphères distinctes » et l'analyse axée sur les « neuf interdictions » faussent presque certainement l'application de la législation antimonopole et de la législation en matière de propriété intellectuelle vers un trop grand effet de dissuasion des comportements efficients et des erreurs de type 1, en dénonçant des accords de

licence favorables à la concurrence. Parce que les règles de décision tranchées, définies au préalable, ne permettent pas toujours de prévoir et de prendre en considération toutes les circonstances possibles, la portée de ces règles sera vraisemblablement trop restreinte¹⁶². Les comportements qui se situent hors du champ du monopole du brevet, par exemple, pourraient être efficaces dans certains cas et, dans l'ensemble, favorables à la concurrence. On pourrait dire la même chose de certains accords qui constituent un délit en soi dans le contexte des « sphères distinctes ». Le rejet par la Cour suprême d'une entente de mise en commun de brevets, que ces brevets soient apparentés, complémentaires ou substituables, est un bon exemple à cet égard¹⁶³. L'interdiction expresse des modalités d'octroi de licences au retour et de la vente liée de fournitures non brevetées, peu importe les conditions du marché et les effets sur la concurrence, en sont deux autres¹⁶⁴. Par définition, un effet de dissuasion excessif et l'interdiction par la loi de comportements efficaces en matière d'octroi de licences réduisent l'efficacité de la répartition des ressources. En outre, même si l'on ne peut dire avec certitude qu'un accord de licence donné favorisera ou non l'innovation, une dissuasion excessive des transactions efficaces visant des licences aura presque toujours pour effet d'entraver certaines transactions qui auraient favorisé l'innovation. Ainsi, le modèle des « sphères distinctes » réduira probablement les gains d'efficacité dynamique liés à l'innovation, qui jouent un rôle crucial en vue de stimuler la croissance économique et hausser le niveau de vie.

Les lignes directrices de 1995 abordent sur le fond le problème de la propension du modèle des « sphères distinctes » à produire des erreurs de type 1 et à engendrer une dissuasion excessive 1) en reconnaissant que les licences de propriété intellectuelle sont généralement favorables à la concurrence, 2) en rejetant, à quelques exceptions près, les interdictions explicites et la réprobation automatique de catégories entières de restrictions et 3) en adoptant une analyse fondée sur la règle de raison qui privilégie non pas une caractérisation formelle de la restriction mais ses effets sur la concurrence.

UNE TROISIÈME VOIE – LA LÉGALITÉ *PER SE*

UNE AUTRE FAÇON D'EN ARRIVER À LA CERTITUDE et à la prévisibilité et, simultanément, d'éviter une dissuasion excessive de comportements efficaces consisterait tout simplement à reconnaître comme légaux, en soi (*per se*), tous les comportements associés à la propriété intellectuelle autres que les transactions fictives. Un tel traitement serait analogue à celui que le juge Posner a préconisé dans le cas des restrictions verticales¹⁶⁵ et, en autant que les transactions portant sur des licences de propriété intellectuelle – même entre concurrents – sont considérées, dans une large mesure, comme étant de nature verticale¹⁶⁶, des arguments semblables s'appliquent.

Cette solution serait particulièrement attrayante si, comme le veut la vision classique, la législation antitrust favorise l'efficacité statique de la

répartition des ressources (la répartition optimale des ressources actuelles) aux dépens de l'efficacité dynamique (la maximisation de la production à long terme grâce à des investissements optimaux dans des biens productifs et la R-D)¹⁶⁷. Bien que la légalité, en soi, porterait au maximum les erreurs de type 2 (faux négatifs), elle réduirait au minimum les erreurs de type 1 (faux positifs). Étant donné que le préjudice à l'efficacité dynamique est considérablement plus important sur le plan du bien-être social que le préjudice à l'efficacité statique¹⁶⁸, la légalité en soi pourrait être préférable si les faux positifs nuisaient souvent à la première tandis que les faux négatifs ne nuisaient qu'à la dernière.

Malheureusement, la formulation d'une politique éclairée ne semble pas être une tâche aussi simple. Tout comme l'approche *posnérienne* en matière de restrictions verticales n'a pas résisté à l'évolution de la théorie économique qui montre comment, dans certaines conditions, des restrictions verticales peuvent servir à obtenir ou à exploiter un pouvoir de marché¹⁶⁹, il y a des raisons de penser que les restrictions à la concurrence peuvent, elles-mêmes, gêner l'innovation. Les arguments et les preuves à cet effet entrent dans deux grandes catégories : 1) que les entreprises dominantes ont réduit les incitations à innover et 2) que les entreprises qui sont incitées à innover peuvent être empêchées de le faire par des pratiques anticoncurrentielles qui les privent des éléments d'actif complémentaires requis pour transformer de nouvelles idées en produits commercialement viables. Les deux catégories sont liées, parce que si elle peut empêcher d'éventuels innovateurs de devenir des concurrents de fait, une entreprise dominante peut ressentir une moins grande pression concurrentielle à innover, tandis qu'en l'absence d'une telle exclusion, elle pourrait être forcée d'innover simplement pour consolider sa position.

Le débat sur l'hypothèse selon laquelle le monopole ou la concurrence serait généralement favorable à l'innovation a débuté avec Joseph Schumpeter, qui a soutenu que le monopole encourageait l'innovation parce que, entre autres raisons, le monopoleur est mieux placé pour s'approprier la valeur de ses innovations¹⁷⁰. Autrement dit, sur un marché concurrentiel, une innovation peut être imitée par les rivaux de l'innovateur qui, par conséquent, peuvent s'approprier une bonne partie de la valeur de l'innovation. Par contre, le monopoleur peut retirer tous les bénéfices découlant de son invention s'il n'y a aucun rival et que les barrières à l'entrée sur le marché sont élevées. Quelques décennies plus tard, Kenneth Arrow a démontré que, dans certaines conditions, un monopoleur peut être moins incité à innover qu'une entreprise évoluant sur un marché concurrentiel parce que le monopoleur qui lance un produit nouveau ou supérieur peut tout simplement cannibaliser ses propres marchés, c'est-à-dire enlever des ventes à des produits sur lesquels il obtient déjà un bénéfice monopolistique¹⁷¹. Les preuves empiriques à cet égard ont été partagées et difficiles à interpréter¹⁷². Si les premières études laissent penser que les dépenses de R-D augmentent à mesure que les industries passent d'un contexte peu concentré à un contexte modérément concentré, pour ensuite retomber à mesure que la concentration se poursuit, le rapport disparaît essentiellement lorsque les

chercheurs tentent de neutraliser les effets propres à l'entreprise et au secteur, par exemple le degré d'*appropriabilité* de l'innovation d'une industrie à l'autre¹⁷³.

Mais même si l'on ne peut faire de grandes généralisations au sujet de la structure industrielle qui convient le mieux à l'innovation, des arguments et des données plus ciblés corroborent la vision selon laquelle on générerait l'innovation en laissant libre cours aux comportements anticoncurrentiels. Dans un article qui a suscité beaucoup d'intérêt, Jonathan Baker a tenté d'expliquer pourquoi, dans certains secteurs, ce sont les chefs de file qui innovent le plus, tandis que dans d'autres secteurs, ce rôle échoit aux producteurs marginaux¹⁷⁴. Utilisant l'exemple de l'industrie de l'automobile aux États-Unis, Baker fait valoir quatre grands principes pour expliquer pourquoi les trois grands constructeurs de voitures ont choisi de permettre à des entreprises japonaises d'importance marginale de devenir les firmes les plus innovatrices plutôt que de décourager activement l'innovation à la marge en faisant elles-mêmes d'importants investissements en R-D.

- Si l'innovation au sein d'une entreprise qui occupe une place dominante lui impose des coûts supérieurs aux coûts engendrés par l'innovation dans une entreprise marginale, la première aura plutôt tendance à s'en accommoder qu'à chercher à dissuader sa concurrente.
- Si la capacité d'expansion des entreprises évoluant à la marge est limitée, il sera préférable pour l'entreprise dominante de s'accorder de cette dernière plutôt que de tenter de la dissuader.
- L'aversion pour le risque pourrait faire en sorte que l'accommodation est une solution préférable à la dissuasion.
- Si les entreprises dominantes sont en mesure de pratiquer une certaine interaction coordonnée entre elles, encore une fois, l'accommodation pourrait être une solution plus intéressante que la dissuasion¹⁷⁵.

Les conditions de la concurrence sur les marchés peuvent, de deux façons principales, influencer sur ces quatre facteurs. Premièrement, s'il est possible d'empêcher les entreprises innovatrices potentielles, qui évoluent à la marge, d'avoir accès à des éléments d'actif complémentaires importants (que ces éléments d'actif se situent au niveau de la distribution, de la fabrication ou de la technologie) ou si le coût d'accès à ces éléments d'actif peut être relevé sensiblement, leur capacité d'expansion peut alors se trouver entravée (le second facteur de Baker). En retour, leur impact sur les entreprises dominantes sera moins grand et leurs innovations auront vraisemblablement moins d'effet sur ces entreprises qu'une innovation provenant de l'une des entreprises dominantes (le premier facteur de Baker)¹⁷⁶. En outre, l'aversion pour le risque (troisième facteur de Baker) peut être une stratégie plus viable lorsque de tels obstacles à l'innovation par d'autres entreprises sont importants, parce qu'en l'absence de ces barrières,

une entreprise dominante pourrait se retrouver devant la perspective que si elle ne continue pas sur sa lancée, elle sera éventuellement déclassée¹⁷⁷. Deuxièmement, des conditions de coordination oligopolistique (quatrième facteur de Baker) peuvent être créées grâce à des fusions, au contrôle d'un marché ou des pratiques facilitatrices.

Bien que Baker se soit intéressé principalement aux facteurs qui déterminent si l'innovation dans un secteur provient principalement des chefs de file de l'industrie ou d'entreprises marginales, plutôt que de préciser comment en serait touché le niveau global d'innovation, on peut voir immédiatement que le fait de priver des entreprises innovatrices évoluant à la marge de l'accès à des éléments d'actif complémentaires importants peut avoir un effet négatif sur les deux sources d'innovation – en réduisant la capacité d'innovation des entreprises marginales et l'incitation à innover des entreprises dominantes¹⁷⁸.

Les données sur ces effets sont généralement de nature anecdotique, étant donné qu'il est plus difficile de quantifier les restrictions à l'accès à ces éléments d'actif complémentaires que de mesurer la concentration (et, comme il a été souligné, les données sur le rapport entre la concentration et l'innovation ont été extrêmement difficiles à interpréter)¹⁷⁹. Pourtant, il existe quelques exemples où l'innovation semble avoir profité d'une certaine dose de concurrence. La société Corning, Inc., après qu'elle eut inventé la fibre optique en 1970, constitue un bon exemple à cet égard.

Une fois la percée réalisée, la partie commerciale a débuté [...] AT&T, qui possédait la plupart des lignes téléphoniques en Amérique à l'époque, déclara qu'il s'écoulerait trente ans avant que son système téléphonique soit prêt à intégrer la fibre optique. Et, le moment venu, AT&T envisagerait de fabriquer la fibre dont elle aurait besoin. Après tout, il s'agissait d'un monopole verticalement intégré [...] Enfin, en 1982, après la signature du MFJ, la percée commerciale est survenue. La société MCI a pris le risque en commandant 100 000 kilomètres de fibre de nouvelle génération, la fibre unimodale. Nous avons accepté la commande de MCI, construit une usine de pleine dimension et amorcé une révolution technologique¹⁸⁰.
[Traduction]

Quelle que soit la version de AT&T au sujet de cet épisode, ses représentants reconnaissent que le démantèlement de la société et le fait d'avoir départagé subséquentement le monopole local des éléments concurrentiels du secteur des services téléphoniques ont eu un effet favorable sur l'innovation. Lors des audiences de la FTC sur la concurrence globale en 1995, un représentant d'AT&T a décrit le démantèlement de la société comme étant l'une des mesures correctives en matière de législation antitrust les mieux réussies, en signalant que l'innovation avait proliféré en raison du décret¹⁸¹. D'autres témoins des milieux d'affaires entendus lors de ces audiences, tout en n'évoquant pas de cas particuliers où l'on aurait eu recours à l'intégration verticale ou à des restrictions verticales pour priver des concurrents éventuels de marchés ou d'autres

éléments complémentaires nécessaires à la production d'innovations commercialisables, ont reconnu que la concurrence était un stimulant important à l'innovation. Un représentant de la société Eastman Kodak a affirmé que la concurrence avait incité son entreprise à dépenser trois milliards de dollars au cours des quinze dernières années en R-D dans le domaine de l'imagerie électronique¹⁸². D'autres témoins ont parlé d'une relation semblable entre la concurrence et l'innovation dans les secteurs de l'automobile, de l'acier, des services financiers et des produits alimentaires¹⁸³.

Lorsque nous considérons ces observations générales simultanément aux circonstances qui prévalaient lors de certaines initiatives particulières d'application de la loi (dont nous faisons état ci-dessous), la légalité en soi des transactions portant sur la propriété intellectuelle ne semble pas une option viable. En dépit de la facilité administrative, de la prévisibilité et de la transparence d'un système de règles explicites, ni l'hostilité simple à l'égard du modèle des « sphères distinctes » ni le simple caractère permissif du principe de la légalité *per se* semble le mieux convenir pour favoriser l'innovation ou le bien-être des consommateurs à long terme, du moins dans le contexte des données dont nous disposons actuellement. Il nous reste donc le grand principe qui transcende les *lignes directrices*, à savoir que le régime antimonopole qui s'applique aux autres formes de propriété convient à la propriété intellectuelle.

L'APPROCHE DES LIGNES DIRECTRICES APPLIQUÉE À CERTAINES QUESTIONS ANTITRUST

LES LIGNES DIRECTRICES VONT AU DELÀ DES PRINCIPES GÉNÉRAUX pour traiter de l'application de la loi à certaines pratiques¹⁸⁴. Une bonne partie de l'exposé est relativement simple et ne nécessite pas une exégèse fouillée. Nous centrons notre analyse ici sur cinq questions qui présentent, selon nous, un intérêt particulier : 1) la distinction entre restrictions horizontales et verticales, 2) le traitement des ventes liées et des accords d'exclusivité, 3) l'octroi réciproque et la mise en commun de licences, 4) les accords de licence qui devraient être analysés comme des acquisitions et 5) les marchés de l'innovation.

RESTRICTIONS HORIZONTALES ET VERTICALES

SELON LE TROISIÈME PRINCIPLE DES LIGNES DIRECTRICES, les licences de propriété intellectuelle constituent une façon de réunir des intrants complémentaires, tels que des installations de fabrication et de distribution, de la main-d'œuvre et des éléments de propriété intellectuelle apparentés ou complémentaires¹⁸⁵. Ce principe signifie implicitement que les transactions visant des licences de propriété intellectuelle comportent habituellement un important volet vertical parce que les transactions mettant en cause des intrants complémentaires sont

essentiellement des transactions verticales¹⁸⁶. Comme il est bien établi aujourd'hui, les restrictions verticales peuvent avoir de nombreuses caractéristiques favorables à l'efficacité et les limites imposées à la liberté d'action de l'une des parties en conséquence de la restriction ne signifient pas en soi qu'il y a suppression de toute concurrence¹⁸⁷. Plutôt, une restriction verticale est préjudiciable si elle facilite la collusion entre des concurrents horizontaux¹⁸⁸ ou qu'elle confère à l'une des parties un pouvoir sur les prix en haussant les coûts de ses concurrents¹⁸⁹.

Un exemple d'entente qui facilite la collusion est un accord de licence fictif. L'exemple 7 des *lignes directrices* appartient à cette catégorie. Un fabricant accorde une licence à l'égard d'une technologie de fabrication du produit X à tous ses concurrents. Le donneur de licence et chacun des détenteurs de licences conviennent respecter les territoires attribués, non seulement pour le produit X fabriqué grâce à la technologie cédée sous licence, mais pour tout produit X, quel que soit son mode de fabrication. La technologie elle-même ne représente pas une percée par rapport aux technologies existantes et, de fait, aucun des détenteurs de licences ne l'utilise réellement. Dans des circonstances extrêmes, il est facile de voir qu'il s'agit d'un accord de licence fictif, conçu uniquement en vue de dissimuler une répartition du marché entre des concurrents horizontaux. Dans ce cas, on pourrait soit ignorer la verticalité manifeste et simplement envisager l'accord comme un partage horizontal du marché soit traiter l'accord comme étant une série d'ententes verticales visant à faciliter la collusion entre des concurrents horizontaux. Dans les deux cas, l'effet anticoncurrentiel est manifeste, comme l'est l'absence de toute valeur de contrepartie.

Un exemple d'accord qui a pour effet d'interdire le marché à des rivaux ou à hausser leurs coûts nous est fourni par la cause *Microsoft* (examinée dans la prochaine partie)¹⁹⁰, où un fournisseur dominant de systèmes d'exploitation d'ordinateurs a employé ce qui constituait en définitive des contrats d'exclusivité afin de rendre difficile pour les autres fournisseurs de systèmes d'exploitation l'accès aux fabricants d'ordinateurs, par l'intermédiaire desquels les systèmes d'exploitation sont principalement distribués.

Dans ces deux situations, les *lignes directrices* ont aidé à définir la nature de la concurrence faisant l'objet d'une restriction en permettant de déterminer si les parties avaient une relation horizontale à certains égards ou si la restriction influait sur une quelconque relation horizontale. Aux termes des *lignes directrices*, une relation horizontale est définie comme étant une relation dans laquelle les parties auraient été des concurrents réels ou éventuels probables sur le marché pertinent en l'absence de la licence¹⁹¹. Cela signifie, par exemple, que deux fabricants d'un produit donné ne sont pas traités comme ayant une relation horizontale si l'un d'eux est en affaires uniquement grâce au bon vouloir de l'autre – comme dans le cas où, par exemple, l'un des fabricants détient un brevet de portée suffisamment étendue pour qu'il englobe le produit et tout substitut probable. Dans un tel cas, le donneur de licence serait libre d'imposer des restrictions territoriales ou des restrictions quant au champ d'application

sans crainte de voir une telle restriction traitée comme une répartition horizontale du marché, illégale en soi. Une autre façon de décrire cette situation est de dire que la législation antitrust n'exige pas du détenteur de la propriété intellectuelle qu'il crée un contexte concurrentiel pour sa propre technologie¹⁹².

Les exemples 5 et 6 des *lignes directrices* illustrent les circonstances dans lesquelles diverses relations peuvent être considérées comme étant de nature horizontale ou verticale. Comme on peut s'y attendre dans le contexte de lignes directrices, ces exemples traitent de cas manifestes afin de bien faire ressortir un point conceptuel. Les cas plus difficiles se présentent dans des conditions d'incertitude et, notamment, lorsqu'il y a asymétrie d'information entre les responsables de l'application de la loi (ou les tribunaux) et les parties en cause. (Cet aspect est examiné plus en détail ci-dessous, dans la partie intitulée *Licences réciproques et mise en commun de licences*.)

L'importance de bien reconnaître les rapports horizontaux et verticaux ressort de la cause *Pilkington*¹⁹³, intentée par le Département de la Justice. Dans les années 30, la société britannique Pilkington avait mis au point un procédé de fabrication du verre plat en faisant flotter du verre fondu sur un lit de métal en fusion. Il s'agissait d'un procédé révolutionnaire qui, éventuellement, est devenu la technologie de production dominante. Pilkington a cédé sa technologie sous licence en attribuant aux détenteurs de licences des territoires exclusifs où ils étaient seuls autorisés à vendre. Soixante ans plus tard, les brevets de base de Pilkington étaient depuis longtemps expirés, mais les territoires exclusifs persistaient. Même si Pilkington a fait valoir qu'elle possédait toujours des secrets commerciaux, la plus grande partie du savoir-faire était entrée dans le domaine public, de sorte que Pilkington ne possédait pas, en réalité, de droits de propriété intellectuelle d'une valeur significative. L'entente était partiellement verticale, dans la mesure où la licence originale transférait une technologie brevetée et le savoir-faire connexe aux détenteurs de licences, dont les principaux éléments d'actif étaient complémentaires et non substitués (c'est-à-dire que même si les détenteurs des licences étaient présents dans le domaine de la fabrication du verre, ils ne fournissaient que des éléments d'actif complémentaires, par exemple une capacité de fabrication, et non des technologies de substitution capables de concurrencer celles de Pilkington). Si la relation avait été entièrement verticale, c'est-à-dire que si les concurrents n'avaient pu évoluer dans le secteur de la fabrication du verre en l'absence d'une licence de Pilkington, il aurait été difficile de préciser quelle concurrence était ainsi restreinte; à défaut de licence, il n'y aurait eu aucune concurrence. Mais, dans ce cas, l'accord était aussi partiellement horizontal parce que même en l'absence d'une licence, il y aurait eu probablement une certaine concurrence entre certaines ou l'ensemble de ces entreprises, qui auraient utilisé leur propre technologie de fabrication du verre ou une technologie faisant partie du domaine public. Les restrictions territoriales dont étaient assorties les licences restreignaient sensiblement cette forme de concurrence parce que Pilkington tentait vigoureusement de les faire respecter à l'égard de toutes les activités de

fabrication du verre de ses concurrents, même si elles ne semblaient pas empiéter sur des droits de propriété intellectuelle existants. Bien entendu, la présence d'un élément horizontal et, par conséquent, d'une concurrence qui peut être assujettie à des restrictions, ne signifie pas nécessairement que la restriction de la concurrence est forcément illégale. Une restriction peut se justifier si elle est raisonnablement nécessaire pour permettre de réaliser des éléments d'efficience¹⁹⁴. Mais dans l'affaire *Pilkington*, il ne semblait y avoir aucun besoin légitime d'imposer des restrictions territoriales se prolongeant indéfiniment après l'expiration des brevets et après que les secrets commerciaux soient entrés dans le domaine public.

VENTES LIÉES ET ACCORDS D'EXCLUSIVITÉ

LES ARTICLES 5.3 ET 5.4 DES *LIGNES DIRECTRICES* traitent des ventes liées et des accords d'exclusivité. Ces deux catégories de restrictions reçoivent à prime abord un traitement très différent en vertu de la législation antitrust aux États-Unis; la première est considérée comme une infraction *per se*, tandis que la seconde est analysée en fonction de la règle de raison. Néanmoins, tant à cause de la façon dont a évolué la loi à l'égard des ventes liées devant les tribunaux et de la façon dont les autorités ont décrit, dans les *lignes directrices*, comment elles entendent exercer leur pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, l'analyse de ces catégories de restrictions peut être très rapprochée et, de fait, l'une et l'autre peuvent constituer des moyens de rechange pour atteindre les mêmes fins anticoncurrentielles dans des circonstances données.

Accord d'exclusivité ou vente liée par une entreprise dominante en vue de maintenir ou d'étendre son pouvoir de marché

La cause *United States v. Microsoft Corp.*¹⁹⁵ constitue un bon exemple de ce dernier point. En l'occurrence, Microsoft avait eu recours à diverses pratiques qui forçaient les fabricants de matériel à traiter avec elle en les décourageant d'utiliser des systèmes d'exploitation concurrents, par exemple le système OS/2 de la société IBM et le système DR-DOS de la société Novell. Plus précisément, Microsoft utilisait une formule de licence par processeur, en vertu de laquelle elle imposait des redevances aux fabricants d'ordinateurs (les fabricants de matériel d'origine) pour chaque ordinateur expédié, peu importe qu'on y ait installé le système MS-DOS, un autre système d'exploitation ou même aucun système. Cela compliquait la tâche des autres fournisseurs de systèmes d'exploitation parce que le fabricant de matériel et, partant, le consommateur final, auraient eu à payer deux fois : une fois pour le système de Microsoft et une fois pour celui du concurrent. En d'autres termes, la licence par processeur agissait à la manière d'une pénalité lorsque le fabricant voulait faire affaires avec un

autre fournisseur que Microsoft, c'est-à-dire qu'il s'agissait d'une forme d'accord d'exclusivité. L'effet sur la concurrence d'un accord d'exclusivité dépend, entre autres choses, du pouvoir de marché de la partie qui impose l'accord, du degré d'interdiction du marché et de la durée de l'accord¹⁹⁶. Dans ce cas, Microsoft était une entreprise fortement dominante et les contrats avaient souvent pour effet de lier les fabricants de matériel pour des périodes de cinq ans ou plus – ce qui dépassait de beaucoup le cycle de vie des produits de la plupart des systèmes d'exploitation d'ordinateur personnel. Dans certains cas, les contrats laissaient aux fabricants de matériel des soldes inutilisés sur leurs engagements minimaux, soldes dont Microsoft permettait l'utilisation si le contrat était prolongé mais qui étaient confisqués si le fabricant de matériel ne reconduisait pas le contrat. Cela avait pour effet de prolonger encore davantage la durée effective de l'accord. De telles restrictions peuvent priver des rivaux de débouchés suffisants pour l'exploitation de leur technologie et elles peuvent ainsi avoir un caractère anticoncurrentiel. (Cet effet est souvent appelé l'« exclusion de la clientèle ».) En outre, Microsoft avait recours à des accords de non-divulgaration excessivement restrictifs qui auraient empêché les entreprises de conception de logiciels d'application de travailler sur des produits destinés à être utilisés avec des systèmes d'exploitation concurrents, pour une période de temps exagérément longue. Ces accords de non-divulgaration empêchaient ainsi les producteurs de systèmes d'exploitation concurrents d'avoir accès aux produits complémentaires qui auraient pu donner une plus grande valeur à leurs systèmes. (Cet effet est souvent appelé l'« exclusion des intrants ».)

Le règlement intervenu entre le Département de la Justice et la société Microsoft englobe tant les pratiques contestées que d'autres pratiques que Microsoft pourrait employer pour obtenir le même effet, par exemple des redevances forfaitaires et des accords de vente liée¹⁹⁷. Comme il ressort du *Competitive Impact Statement*, en l'absence d'une interdiction sur les accords de vente liée (en particulier les accords qui lient la vente d'un produit à la promesse faite par l'acheteur de ne pas acheter le produit d'un concurrent), Microsoft aurait pu obtenir le même effet qu'un accord d'exclusivité en accordant des licences à l'égard de son système d'exploitation aux fabricants de matériel uniquement à la condition que ces derniers ne participent pas à une licence, vendent ou distribuent un système d'exploitation concurrent¹⁹⁸.

Plusieurs éléments de la cause *Microsoft* méritent d'être soulignés. Premièrement, on s'est intéressé à l'effet sur la concurrence entre Microsoft et les autres fournisseurs de systèmes d'exploitation – une concurrence horizontale qui ne dépendait pas d'un accord de licence entre des concurrents. Deuxièmement, les restrictions devaient faire intervenir un nombre suffisant de fabricants de matériel et l'entrée sur le marché de la fabrication des ordinateurs devait être suffisamment difficile que les fournisseurs concurrents de systèmes d'exploitation en subissaient un désavantage réel¹⁹⁹. Troisièmement, Microsoft devait être une entreprise suffisamment dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour à la fois imposer l'exclusion et en tirer profit²⁰⁰.

Application discrétionnaire par les autorités de la règle de raison aux accords de vente liée

Nous avons déjà indiqué qu'en dépit de la règle *per se* qui s'applique expressément aux ventes liées, les jugements des tribunaux ont déjà fait évoluer considérablement la législation à cet égard vers l'analyse fondée sur la règle de raison²⁰¹. Ainsi, les tribunaux ont exigé que l'on démontre la présence d'un pouvoir de marché pour établir une infraction en vertu de la règle *per se*²⁰² et ils ont accepté de tenir compte de justifications présentées en défense d'un accord de vente liée²⁰³. Un certain nombre de tribunaux inférieurs, ainsi que les responsables de l'application de la loi dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites (du moins en ce qui a trait à la propriété intellectuelle), ont prolongé l'analyse en direction de la règle de raison en exigeant une preuve de l'effet anticoncurrentiel sur le marché lié²⁰⁴ et en refusant d'inférer un pouvoir de marché de la simple détention d'un droit de propriété intellectuelle²⁰⁵.

Dans les causes antérieures inspirées de la règle *per se*, les ventes liées étaient considérées comme préjudiciables parce que le vendeur obtenait un avantage sur le deuxième marché, sans lien avec le prix ou la qualité du second produit²⁰⁶. Cette vision a éventuellement fait l'objet de vives critiques de la part des chercheurs, qui ont fait valoir que, de façon générale, le vendeur ne peut profiter que d'une seule rente de monopole et qu'un accord de vente liée ne peut accroître le prix que l'acheteur est disposé à payer pour le second produit sans réduire d'un montant correspondant la rente que l'acheteur est disposé à verser sur le premier produit²⁰⁷. Des travaux plus récents présentent diverses circonstances où cette critique ne s'appliquerait pas²⁰⁸. Ce serait notamment le cas lorsque les produits sont complémentaires, lorsqu'il y a des économies d'échelle sur le second marché, lorsqu'un accord de vente liée sert à obtenir une part si importante des ventes sur ce marché que les concurrents ne peuvent atteindre l'échelle d'efficacité minimale, que le vendeur obtient un monopole sur le second marché et que les acheteurs évoluant sur ce marché ne sont pas les mêmes que les acheteurs évoluant sur le premier marché (c'est-à-dire qu'il y a une autre utilisation pour le produit lié qui ne requiert pas l'utilisation simultanée du produit clé)²⁰⁹. Les tribunaux qui ont rejeté le modèle plus rigide de la règle *per se* ont reconnu cette situation en indiquant qu'un accord de vente liée pouvait être illégal s'il y avait un risque substantiel que le vendeur du produit clé obtienne un pouvoir de marché à l'égard du produit lié²¹⁰.

Si le second marché se trouve dans une industrie de réseaux, il peut être plus facile de recourir à cette stratégie à cause de la présence d'externalités de réseau. Il y a externalités de réseau lorsque la valeur d'un produit pour un acheteur augmente avec le nombre d'acheteurs du produit²¹¹. L'exemple le plus connu est le réseau téléphonique, dont la valeur pour un utilisateur est nulle si personne n'est rattaché au réseau et dont la valeur augmente à mesure que d'autres utilisateurs se raccordent au réseau et, ainsi, peuvent être rejoints. De telles externalités de réseau peuvent être vues comme des économies d'échelle

du côté de la demande²¹². Comme nous l'avons indiqué précédemment, les économies d'échelle sont l'une des conditions d'un préjudice anticoncurrentiel (décrit précédemment) où la partie qui impose la vente liée est en mesure d'acquérir un pouvoir de monopole sur le deuxième marché²¹³. Bien entendu, si ces économies d'échelle sont importantes et qu'elles ne sont pas entièrement réalisées sur l'intervalle pertinent de la demande, le marché sera alors un monopole naturel sans qu'il soit nécessaire de recourir à la vente liée. Mais dans bien des cas, ces économies d'échelle, même si elles pointent en direction d'un monopole naturel, ne peuvent justifier entièrement un monopole naturel ou le statut d'installations essentielles²¹⁴. Dans de tels cas, l'effet d'avantages très limités, par exemple ceux que confère un accord de vente liée, peut être multiplié en raison des effets de réseau et, ainsi, causer un préjudice important²¹⁵.

Le même effet anticoncurrentiel peut survenir lorsque le « second marché » n'existe que dans un sens temporel plutôt qu'au sens qu'on lui donne dans *Jefferson Parish*²¹⁶. Si un nombre suffisant de participants au marché conviennent d'acheter seulement auprès de A pour une période de dix ans suivant l'expiration du brevet, il peut alors être impossible à un nouvel entrant, B, de pénétrer le marché même après l'expiration du brevet parce qu'il est incapable d'atteindre l'échelle d'efficacité minimale. Une telle pratique a généralement été jugée anticoncurrentielle parce qu'elle prolongeait le brevet au delà de sa durée prescrite²¹⁷. Cependant, il n'a pas toujours été facile de distinguer la prolongation anticoncurrentielle d'un droit de brevet d'une initiative ayant très peu d'effet défavorable ou même un effet favorable sur la concurrence et pouvant ressembler à une telle prolongation, par exemple l'étalement des versements de redevances sur une période plus longue que la durée restante du brevet²¹⁸. Mais quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir des autres pratiques pouvant être considérées comme une extension du droit accordé dans le cadre du brevet, un accord de vente liée qui maintient un pouvoir de monopole empêchant des concurrents par ailleurs efficaces d'atteindre l'échelle de production nécessaire pour opérer sur le marché devrait attirer l'attention des responsables de la législation antitrust.

Un accord de vente liée peut aussi entraver la concurrence sur le marché d'un intrant ou d'un élément d'actif complémentaire. À titre d'exemple, on peut imaginer deux machines qui, combinées à divers procédés brevetés, peuvent l'une et l'autre être utilisées pour fournir deux services distincts (par exemple des analyses chimiques), X et Y. Supposons qu'il n'y a qu'un seul procédé, que détient A, pouvant être utilisé par ces machines en vue de produire le service X, mais qu'il y a deux procédés, détenus par A et B, pour produire le service Y : le procédé de A utilisé avec la machine de A et le procédé de B utilisé avec la machine de B. Par un accord de vente liée, A pourrait forcer les clients qui souhaitent offrir les deux services à utiliser son procédé et la machine complémentaire en vue de produire le service Y. Si cette pratique a pour effet de réduire l'utilisation des machines complémentaires au procédé de

B sous le niveau de l'échelle efficiente minimale, le procédé de B pourrait se voir exclu du marché même s'il est supérieur sur le plan technologique.

L'analyse qui précède s'intéressait aux cas où un accord de vente liée pourrait être utilisé pour monopoliser le marché du produit lié ou d'un bien complémentaire au produit lié. Il y a aussi des cas où un accord de vente liée peut servir à maintenir ou à accroître le pouvoir exercé sur le marché du produit clé. Dans la cause *United States v. Electronic Payment Services (EPS)*, le Département de la Justice a contesté un tel arrangement²¹⁹. La société EPS détenait le réseau MAC-ATM, principal fournisseur de services d'accès au réseau de guichets électroniques dans plusieurs États. Elle s'était servie de son pouvoir pour forcer les banques qui voulaient obtenir des services d'accès au réseau à confier le traitement des transactions faites par guichet automatique, qui constituaient un service distinct, à la société EPS également. Selon la plainte et l'énoncé d'impact sur la concurrence, un tel contrôle sur le traitement des transactions effectuées par guichet automatique conférait à la société EPS un avantage supplémentaire d'importance capitale. L'entreprise qui fournit des services de traitement des transactions faites par guichet automatique à une banque se trouve à contrôler l'accès de cette banque aux réseaux de guichets automatiques. Une banque qui utilisait les services de traitement des transactions faites par guichet automatique de la société EPS ne pouvait se raccorder à un autre réseau que si EPS acceptait d'établir la connexion. Le Département de la Justice a fait valoir que EPS n'avait généralement pas accepté d'assurer le raccordement aux réseaux de guichets automatiques de ses concurrents les plus importants. L'accord de vente liée servait donc à maintenir le monopole de la société EPS à l'égard du produit clé, l'accès au réseau²²⁰.

Une cause analogue, même si l'analogie n'est peut-être pas évidente à première vue²²¹ est celle de *Dell Computer Corp.*²²². La cause EPS portait sur un arrangement en vertu duquel les fournisseurs concurrents d'accès aux réseaux de guichets automatiques se voyaient refuser l'accès à un intrant complémentaire essentiel, le traitement des transactions faites par guichet automatique. L'acceptation des banques était obtenu grâce à l'utilisation du pouvoir de marché que détenait la société EPS à l'égard du produit clé, l'accès aux réseaux, ce qui a motivé l'accusation de vente liée. La société EPS avait obtenu une certaine mesure de contrôle sur l'accès à un bien complémentaire important grâce à la pratique de la vente liée. Mais le contrôle sur l'accès aux intrants complémentaires peut être obtenu également par d'autres moyens.

En 1992, la Video Electronics Standards Association (VESA) a entrepris d'élaborer une norme pour un bus local (un mécanisme permettant de transférer des instructions entre l'unité de traitement centrale d'un ordinateur et des périphériques tels qu'un moniteur vidéo). Comme c'est souvent le cas lors de l'élaboration d'une norme, l'adoption du bus local standard laissait entrevoir des gains d'efficience importants. Les fabricants de périphériques sauraient que leurs produits seraient compatibles avec tout ordinateur utilisant la norme VL-bus. Les fabricants d'ordinateurs verraient un plus grand nombre de fabricants

de périphériques concevoir des produits compatibles avec leurs machines, accroissant ainsi sensiblement la taille de leur marché potentiel. Les consommateurs profiteraient de la suppression de dédoublements inutiles et auraient accès à une plus grande variété de périphériques compatibles avec l'ordinateur qu'ils avaient acheté. En d'autres termes, la norme facilitait l'accès de chaque participant aux produits complémentaires. En retour, chacun des participants, sachant que les autres auraient perçu ces éléments d'efficacité, jugerait difficile et coûteux de s'éloigner de la norme; ainsi, le contrôle exercé sur la norme pouvait conférer un pouvoir de marché substantiel.

Lorsque le comité de la VESA chargé d'élaborer la norme du bus local a complété ses travaux et approuvé la norme, tous les représentants qui y siégeaient, y compris celui de la société Dell, ont attesté par écrit qu'au meilleur de leur connaissance, cette proposition n'empiétait pas sur les marques de commerce, les droits d'auteur ou les brevets²²³ détenus par leur entreprise. Peu de temps après, dans le cadre du processus d'adoption de la nouvelle norme par l'ensemble des membres de la VESA, Dell a produit une attestation à cet effet au même titre que tous les autres membres.

La norme de conception VL-bus a connu beaucoup de succès et a été installée dans 1,4 million d'ordinateurs en seulement huit mois. À ce stade, Dell a informé certains fabricants d'ordinateurs membres de la VESA qu'elle avait obtenu un brevet en juillet 1991 qui lui conférait des droits exclusifs à l'égard de la configuration de la fiche mécanique utilisée sur les cartes mères pour recevoir la carte VL-bus²²⁴. Dell exigeait des redevances des fabricants d'ordinateurs qui se servaient de son brevet. Dell avait réussi à se placer dans une situation où elle contrôlait la norme et, ainsi, obtenait une mesure de contrôle sur l'accès aux biens complémentaires.

Bien entendu, il n'y aurait rien de mal à cela si la norme avait été adoptée en pleine connaissance de la propriété intellectuelle des participants, tout comme on n'aurait pu reprocher à une entreprise d'avoir obtenu la collaboration de tous les distributeurs en offrant un meilleur produit ou des prix inférieurs (mais non abusifs). Dans un tel cas, on pourrait supposer que l'innovation protégée par le brevet était suffisamment précieuse pour que les concepteurs de la norme aient conclu qu'il était économiquement sensé de verser une rente au détenteur du brevet. Lorsqu'une telle norme est adoptée parce que la propriété intellectuelle a été intentionnellement dissimulée ou non divulguée en dépit d'une exigence explicite de divulgation adoptée par l'organisme établissant la norme, aucune présomption semblable ne peut être maintenue et l'obtention d'un pouvoir de marché de cette façon peut constituer une infraction aux lois antitrust.

Les actions de Dell pouvaient nuire à la concurrence principalement de deux façons. Si la société venait à forcer les autres fabricants à verser des redevances pour avoir accès à une norme qui, autrement, aurait été accessible sans frais, cela aurait haussé leurs coûts et leurs prix et donné à Dell la possibilité de relever ses prix. Si, par ailleurs, certains fabricants délaissaient la norme VL-bus

pour recourir à une autre solution, ils auraient engagé des coûts de substitution, donnant encore une fois à Dell la possibilité de hausser ses prix²²⁵. Le décret de consentement rendu contre Dell interdisait à cette dernière d'invoquer son brevet dans toute requête en contrefaçon fondée sur l'utilisation de la norme VL-bus.

LICENCES RÉCIPROQUES ET MISE EN COMMUN DE BREVETS

LES LIGNES DIRECTRICES RECONNAISSAIENT que les accords de licences réciproques et de mise en commun de brevets peuvent comporter des avantages sur le plan de la concurrence en permettant l'intégration de technologies complémentaires, en réduisant les coûts de transaction, en permettant le déblocage de brevets apparentés et en évitant de coûteux litiges en contrefaçon²²⁶. Selon la terminologie des *lignes directrices*, toutes ces relations sont de nature verticale. Dans le cas le plus pur, le rapport serait entièrement vertical si les deux parties possédaient chacune des brevets empêchant l'autre d'utiliser ses technologies et qu'il était impossible pour l'une ou l'autre des parties de contourner les brevets détenus par l'autre ou de contester leur validité ou leur portée. Dans un tel cas, les parties n'auraient pas été des concurrents réels ou éventuels sur le marché pertinent en l'absence d'une licence²²⁷. À l'opposé, les parties seraient des concurrents purement horizontaux si leur propriété intellectuelle était des substituts purs et que la relation complémentaire avec les éléments d'actif de l'autre partie était triviale. Dans ce cas, les restrictions au niveau des prix, de la production ou des territoires en rapport avec l'accord d'octroi réciproque de licences et de mise en commun de brevets pourraient nuire à la concurrence de la même façon que pourraient le faire de telles restrictions entre concurrents hors du contexte de la propriété intellectuelle²²⁸.

Au niveau du principe plus général, ou dans un monde où l'information serait parfaite, ces préceptes ne portent pas à controverse. Si la relation entre les parties est manifestement complémentaire ou engendre une obstruction réciproque, les parties ne sont pas dans une relation horizontale et les théories horizontales en matière de préjudice ne peuvent s'appliquer. Si les articles visés par la propriété intellectuelle sont clairement des substituts, alors les restrictions découlant de l'accord de mise en commun des brevets sont de nature horizontale et doivent être examinées attentivement. La situation se complique toutefois dans un monde caractérisé par l'incertitude et des rapports plus complexes qui sont en partie complémentaires et en partie horizontaux.

Supposons, par exemple, qu'il y ait une asymétrie d'information entre les parties et les responsables de l'application de la loi ou les tribunaux. Dans le scénario extrême, chacune des parties détient des brevets qu'elles sait être des substituts purs. Néanmoins, chacune fait valoir que les brevets sont apparentés, elle intente une poursuite en contrefaçon et convient d'un règlement dont les

conditions prévoient des paiements de redevances élevés pour l'utilisation des brevets mis en commun, établit le prix ou le niveau de production du bien en aval ou répartit les clients ou les territoires. Peut-être que les conseillers juridiques de ces entreprises les ont avisées que leurs revendications n'avaient aucun fondement, mais lorsque les organismes chargés de l'application de la loi ont fait enquête, les parties ont invoqué le privilège de confidentialité de la relation avocat-client. Il est possible d'envisager des scénarios moins extrêmes dans lesquels, même si les requêtes en contrefaçon ne sont pas entièrement de nature frivole, les parties ont de sérieux doutes quant au mérite de leur requête mais, en définitive, en font peu de cas parce qu'elles souhaitent s'entendre sur des conditions d'exploitation conjointe qui maximiseront leurs bénéfices. La façon dont la politique d'application de la loi devrait aborder ces situations est loin d'être claire. Pourrait-on recourir utilement à certaines présomptions ou imposer certains fardeaux relatifs à la production de données ou à la persuasion ? Notre approche devrait-elle être influencée par le caractère raisonnable des restrictions ou la mesure dans laquelle elles haussent les prix ? Ces questions méritent un examen plus approfondi dans les milieux tant universitaires que professionnels.

Une question connexe est celle du portefeuille de brevets destructeur, constitué par l'acquisition ou la mise en commun de brevets. De par leur forme, les brevets sont complémentaires. Quel préjudice peut entraîner leur mise en commun ? Un tel regroupement n'a-t-il pas pour effet de réduire les coûts de transaction et d'éviter le problème de « double marginalisation »²²⁹ ? Dans un monde caractérisé par l'incertitude, les effets ne sont pas forcément aussi bénins. Pour prendre un exemple simple, supposons qu'avant un fusionnement, tant la technologie visée par les brevets de A que la technologie visée par les brevets de B sont requises pour produire un bien commercialisable. Mais chaque ensemble de brevets est également associé à une certaine probabilité que l'autre détenteur de brevet ou un tiers pourra contourner les brevets ou réussira à faire déclarer invalides les revendications connexes. Ainsi, même sans acquisition, mise en commun ou licences réciproques, les deux parties pourraient être des concurrents horizontaux et il est possible qu'un tiers puisse entrer sur le marché en obtenant une licence auprès de l'une des parties et en contournant ou en contestant les brevets de l'autre. Les prix des licences traduiront les probabilités perçues. Après l'acquisition ou la mise en commun, la probabilité de concurrence se trouve grandement réduite. Un entrant éventuel devra contourner ou faire invalider un éventail beaucoup plus étendu de brevets. Cela peut avoir des effets nuisibles sur la concurrence, de la même façon que le problème de l'entrée à deux niveaux a des propriétés anticoncurrentielles en vertu de l'article 4.21 des lignes directrices de 1984 sur les fusionnements (*Merger Guidelines*)²³⁰.

ACQUISITIONS

L'ARTICLE 5.7 DES LIGNES DIRECTRICES applique l'analyse propre aux fusions à certains transferts, y compris les ventes et les licences exclusives – de droits de propriété intellectuelle. Un exemple de faits où un tel traitement serait approprié est celui que présente la cause *United States v. S.C. Johnsons & Son*²³¹. Dans cette cause, la société Miles Inc., une filiale américaine de la société Bayer A.G., avait élaboré une nouvelle gamme d'insecticides ménagers renfermant un nouvel ingrédient actif puissant, la cyfluthrine, mis au point et breveté par Bayer. Mais à près que Miles ait sensiblement complété ses préparatifs pour entrer sur le marché, Bayer a annulé le projet. Plutôt, elle a conclu de vendre la recherche relative à ce produit et l'emballage qu'elle avait conçu et d'accorder une licence à l'égard de la cyfluthrine sur une base *de facto* exclusive à la société S.C. Johnson, le principal fabricant d'insecticides ménagers aux États-Unis. La conséquence de cet arrangement était que Johnson maintenait sa domination du marché hautement concentré des insecticides ménagers. Le Département de la Justice a contesté l'arrangement et obtenu un décret de consentement qui, entre autres choses, enjoignait les parties de ne pas conclure l'accord de licence exclusif entre elles à moins qu'il ne soit approuvé par le Département, et obligeait Bayer à accorder des licences à l'égard de la cyfluthrine à des conditions raisonnables, à toute personne qui en ferait la demande.

Les faits dans la cause *S.C. Johnson*, tels que présentés dans la plainte et l'énoncé d'impact sur la concurrence, constituent un cas assez clair en vertu de la doctrine de la concurrence potentielle. Le marché était concentré, l'entrée était difficile et Bayer disposait d'un avantage considérable quant à l'entrée sur ce marché en raison du fait qu'elle possédait la cyfluthrine²³². En outre, à la lumière des préparatifs importants que Bayer avait déjà faits pour entrer sur ce marché, les preuves relatives à une entrée probable étaient particulièrement fortes²³³. Cette cause ne permet cependant pas d'affirmer qu'un détenteur de propriété intellectuelle placé devant le choix de fabriquer ou d'acheter (dans ce cas, la décision de mettre au point et d'utiliser lui-même la propriété intellectuelle ou de la céder sous licence à quelqu'un d'autre) ne peut jamais accorder de licence à l'égard de sa propriété au fabricant dominant. Une telle règle serait improductive car, dans de nombreux cas, le principal fabricant peut être aussi le développeur et l'utilisateur le plus efficace d'une innovation. Plutôt, cette cause représente l'application du premier principe des *lignes directrices*, à savoir que les instruments analytiques fondamentaux employés dans les causes antitrust en ce qui a trait aux autres formes de propriété – ici, la doctrine de la concurrence éventuelle – peuvent être appliqués à la propriété intellectuelle.

Une approche semblable peut être adoptée en ce qui a trait aux acquisitions ou aux accords de licence exclusifs qui n'ont pas l'élément d'horizontalité

présent dans la cause *S.C. Johnson*. En l'absence d'horizontalité, on pourrait examiner si les théories verticales classiques du préjudice s'appliquent, c'est-à-dire si une acquisition verticale soit facilite la collusion horizontale soit hausse les coûts des rivaux de manière à conférer un pouvoir sur les prix²³⁴. Les cas où les conditions permettant de vérifier ces théories du préjudice sont plutôt rares. Dans *Kobe, Inc. v. Dempsey Pump Co.*²³⁵, par exemple, le tribunal a jugé que le défendeur avait acquis tous les brevets importants dans le domaine non pas pour les utiliser mais simplement pour supprimer la concurrence²³⁶. Étant donné que le défendeur n'a pas utilisé les brevets, ces acquisitions ne visaient pas à réduire ses propres coûts mais simplement à hausser les coûts des concurrents éventuels et, ainsi, les exclure du marché.

MARCHÉS DE L'INNOVATION

DANS LES INDUSTRIES DE HAUTE TECHNOLOGIE en évolution rapide, la dimension la plus importante de la concurrence n'est souvent pas le prix des biens et services actuels mais le prix et, plus important encore, la qualité des biens et services qui pourraient voir le jour. À titre d'exemple, les fabricants d'ordinateurs peuvent être en concurrence pour fournir des machines plus puissantes dotées de processeurs plus rapides et d'une plus grande capacité de mémoire. Les sociétés pharmaceutiques peuvent rivaliser en vue de mettre au point de nouveaux produits et traitements pour des maladies particulières. Les entreprises de communications peuvent chercher à offrir de nouveaux produits multimédias innovateurs aux ménages. Les entreprises du secteur de la défense peuvent rivaliser en vue de produire des avions militaires plus aptes à éviter les radars.

Les *lignes directrices* décrivent deux façons d'analyser ces effets : en tant qu'effets distincts sur la concurrence sur les marchés des biens ou des technologies pertinents, ou encore en tant qu'effets sur la concurrence sur un marché de l'innovation distinct²³⁷. La notion de marché de l'innovation a donné lieu à un débat considérable²³⁸, dont une partie tourne autour de la question de savoir si les effets en cause peuvent être analysés aussi bien avec, peut-être, un risque moindre de malentendu, en vertu de la doctrine de la concurrence éventuelle²³⁹.

La FTC a intenté un certain nombre de poursuites où la doctrine de la concurrence éventuelle, avec quelques rajustements, pourrait être employée pour modéliser les effets et en arriver à des résultats semblables à ceux qui découleraient d'une analyse des effets sur les transactions actuelles d'un marché de l'innovation. Ainsi, dans la cause *Glaxo plc*²⁴⁰, l'entreprise ayant fait l'acquisition, la société Glaxo, vendait un produit destiné au traitement des attaques de migraine qui avait été approuvé par la Federal Drug Administration (FDA) uniquement sous forme injectable. Mais tant Glaxo que Wellcome, la société acquise, possédaient des produits en cours d'approbation auprès de la FDA qui étaient destinés à traiter les migraines par voie orale. Pratiquement aucune autre entreprise n'était engagée dans des travaux de recherche et de

développement pour mettre au point de tels médicaments et les barrières à l'entrée étaient élevées. La Commission a contesté cet aspect de l'acquisition parce qu'il aurait supprimé à la fois la concurrence au niveau de la mise au point de ces médicaments et la concurrence entre ces médicaments une fois mis au point et approuvés. Il en est résulté une ordonnance sur consentement permettant que la transaction globale aille de l'avant, mais en rétablissant la concurrence dans cette catégorie de médicaments. De la même façon, dans la cause *American Home Products*²⁴¹, la Commission a fait valoir que l'acquisition de la société *American Cyanamid* par *American Home Products* réduirait la concurrence sur un certain nombre de marchés. Les deux entreprises, ainsi qu'une autre, menaient activement des travaux de R-D en vue de mettre au point un vaccin à rotavirus. Les deux entreprises possédaient des produits rendus à une étape avancée du processus d'approbation de la FDA. Le fusionnement supprimait la probabilité qu'au terme du processus d'approbation de la FDA, les deux produits soient en concurrence. En outre, le fusionnement permettait et incitait même la société *American Home Products* à interrompre les efforts de développement d'*American Cyanamid*, réduisant la probabilité que les deux produits voient éventuellement le jour. Les causes *Upjohn Co.*²⁴² et *Hoechst*²⁴³ présentent des faits similaires.

Dans chacun de ces cas, le processus d'approbation établi en vertu de la *Food, Drug, and Cosmetics Act*²⁴⁴ fournissait une mesure claire du moment et de la probabilité de l'entrée sur le marché d'un médicament donné. Aucun nouveau médicament ne peut être vendu aux États-Unis sans avoir été approuvé par la FDA; le processus demande beaucoup de temps et est hautement visible. En outre, le processus lui-même donne souvent à la FTC une indication de l'importance d'un médicament sur le plan de la concurrence. Si les essais de la FDA engendrent un doute important quant à la sécurité ou à l'efficacité d'un médicament, la FTC accordera moins d'importance à l'impact éventuel du produit. De la même façon, plus un médicament est près d'obtenir l'approbation finale plus la FTC est sûre de son évaluation de l'importance du produit sur le plan de la concurrence. Dans de tels cas, lorsque les paramètres du produit sont clairs et que les concurrents potentiels peuvent être identifiés avec précision, il est possible d'étendre la doctrine de la concurrence éventuelle pour évaluer l'entrée potentielle sur le marché des futurs produits et, ainsi, évaluer les effets au niveau des prix de la concurrence entre ces produits. On pourrait envisager d'autres rajustements pour capter les effets de l'innovation sur ces marchés (la suppression de la concurrence dans la mise au point des médicaments et non uniquement de la concurrence entre les médicaments une fois qu'ils ont été élaborés et approuvés), mais la notion de marché de l'innovation n'est pas nécessaire à cette fin.

Les cas portant sur la concurrence en vue de fabriquer le produit de prochaine génération, où les paramètres du produit ne sont pas tout à fait précisés, sont plus difficiles à analyser si l'on ne fait pas appel à la notion de marché de l'innovation. La FTC a eu à faire face à une telle situation dans la cause

*Sensormatic*²⁴⁵, dans laquelle la Commission a allégué qu'il y avait eu réduction de la concurrence au niveau de la recherche et du développement de la prochaine génération de systèmes électroniques de surveillance des articles dans les magasins de détail. Tant *Sensormatic* que l'entreprise dont les éléments d'actif avaient été acquis, *Knogo*, fabriquaient des systèmes de surveillance électronique des articles. Ces systèmes comportaient des étiquettes électroniques que les détaillants devaient fixer aux articles; le produit de prochaine génération aurait permis aux fabricants de fixer le marqueur avant l'expédition du produit aux détaillants. Seules quelques sociétés étaient en mesure d'effectuer de la recherche sur ce produit de prochaine génération. Ainsi, ce qui se trouvait supprimé était non seulement la concurrence entre deux produits dans quelques années, mais l'incitation même à mener des travaux de recherche qui auraient pu déboucher sur la mise au point d'un produit. Il est possible qu'une seule des deux pistes de recherche ait donné de bons résultats, de sorte l'on ne peut dire avec assurance qu'il y avait risque de suppression de la concurrence sur le marché des produits futurs. Par contre, l'effet immédiat sur la recherche et le développement semble beaucoup plus clair.

Le Département de la Justice a dû faire face à une situation semblable quant il s'est opposé à l'acquisition proposée de la Division Allison de General Motors par la société ZF Friedrichshafen, qui aurait eu pour effet de fusionner les activités de fabrication de boîtes de vitesses automatiques pour les autobus et les camions des deux entreprises. Ces deux sociétés étaient en concurrence sur certains marchés de produits et marchés géographiques restreints, et l'on aurait pu fonder la cause sur l'impact qu'aurait eu la transaction sur le nombre relativement restreint de consommateurs sur ces marchés. Cependant, on risquait ainsi de passer à côté de l'essentiel. Telle qu'exprimée dans la requête, la principale préoccupation du Département de la Justice était que l'entreprise fusionnée aurait contrôlé la plus grande partie des éléments d'actif, à l'échelle mondiale, nécessaires à l'innovation sur le marché des boîtes de vitesses automatiques pour les camions lourds et les autobus²⁴⁶. Dans cette industrie, la capacité de mener des activités de R-D était étroitement associée à la possession d'éléments d'actif spécialisés pour la production. L'innovation exigeait une rétroaction constante entre les idées novatrices et l'expérience au niveau de la production. Seules ces deux entreprises possédaient la capacité de production requise à cette fin. Le cheminement historique de l'industrie démontrait une rivalité constante, dans laquelle ces deux sociétés se dépassaient à tour de rôle en apportant des améliorations à leurs produits. Ainsi, l'innovation aurait été entravée par le projet de fusionnement. Les consommateurs à l'échelle mondiale en auraient été affectés, même sur les marchés des biens où les deux entreprises ne rivalisaient pas directement, parce qu'après avoir adopté une nouvelle technologie ou créé un nouveau produit destiné aux marchés où elles étaient en concurrence, elles auraient normalement adopté le changement à l'échelle mondiale. Dans sa requête, le Département de la Justice faisait valoir l'effet anticoncurrentiel non seulement sur certains marchés de produits spécifiques,

qui avaient donné lieu à une concurrence directe au niveau des ventes dans le passé, mais sur un marché de l'innovation²⁴⁷.

Les *lignes directrices* insistent sur le fait que la notion de marché de l'innovation ne sera employée que lorsque la capacité de mener des travaux de recherche-développement pertinents peut être associée à des éléments d'actifs spécialisés ou à des caractéristiques de certaines entreprises²⁴⁸.

CONCLUSION

LES LIGNES DIRECTRICES TRADUISENT UN ÉLOIGNEMENT par rapport au modèle des « sphères distinctes » qui a prévalu du début du présent siècle jusqu'au milieu des années 70, pour se rapprocher d'un modèle où la propriété intellectuelle est essentiellement semblable aux autres formes de propriété. L'approche adoptée dans les *lignes directrices* entraîne une certaine perte de simplicité au niveau de l'application, mais elle permet d'éviter les effets préjudiciables d'une hostilité excessive à l'égard de la propriété intellectuelle ou d'un laxisme excessif à l'égard des actes posés par les détenteurs de propriété intellectuelle qui risquent d'exclure d'autres innovateurs et d'entraver l'efficacité. Même si une compréhension approfondie de certaines des conséquences pratiques de cette approche ne sera possible qu'après que les organismes chargés de l'application de la loi auront pu accumuler plus d'expérience dans tous les contextes pratiques, tant les *lignes directrices* que les interventions récentes de ces organismes ont permis de faire ressortir divers moyens par lesquels les restrictions en matière de licence et d'autres comportements peuvent faciliter la collusion, créer ou maintenir un pouvoir de marché en haussant les coûts de concurrents, ou encore promouvoir l'efficacité. Les *lignes directrices* auront accompli leur mission si elles aident les organismes chargés de l'application de la loi à départager ces différents effets.

NOTES

- 1 Willard K. Tom est directeur adjoint de la Politique et de l'évaluation, du Bureau de la concurrence, à la Federal Trade Commission. Joshua A. Newberg est professeur associé d'études juridiques, invité à l'Université du Texas à Austin, en congé de la Federal Trade Commission, où il occupait le poste de procureur-conseiller auprès du commissaire Roscoe B. Starek, III.
- 2 *United States v. Masonite Corp.*, 316 U.S. 265, 280 (1942).
- 3 U.S. Department of Justice et Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, 6 avril 1995, réimprimé dans 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,132 (ci-après « *lignes directrices* », « *lignes directrices* en matière de PI » ou « *lignes directrices* de 1995 »).

- 4 Voir, par exemple, James B. Kobak, Jr., « Running the Gauntlet: Antitrust and Intellectual Property Pitfalls on the Two Sides of the Atlantic », *Antitrust Law Journal*, vol. 64, 1996, p. 341, 342-352; Norman F. Rosen, « Intellectual Property and the Antitrust Pendulum », *Antitrust Law Journal*, vol. 62, 1994, p. 669; Stephen A. Stack, Jr., « Recent and Impending Developments in Copyright and Antitrust », *Antitrust Law Journal*, vol. 61, 1993, p. 331; Charles F. Rule, « Patent-Antitrust Policy: Looking Back and Ahead », *Antitrust Law Journal*, vol. 59, 1991, p. 729; Gerald Sobel, « The Antitrust Interface with Patents and Innovation », *Antitrust Law Journal*, vol. 53, 1984, p. 681; Stephen M. Hudspeth, « Recent Developments In The Patent/Antitrust Interface – Response To A New Reality », *Journal of Law & Commerce*, vol. 3, 1983, p. 1; Joseph P. Griffin, « Special Considerations Concerning International Patent and Know-How Licensing, and Joint Research and Development Activities: Problems Raised by Various Types of Restrictive Clauses », *Antitrust Law Journal*, vol. 50, 1981, p. 499.
- 5 *Supra* note 3. Les lignes directrices de 1995 remplaçaient, pour les parties concernées, un ensemble antérieur de lignes directrices en matière d'application de la loi produit par le Département de la Justice des États-Unis sans la participation de la FTC, document qui traitait de l'application de la législation antitrust à la propriété intellectuelle. Division antitrust, Département de la Justice, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1988), § 3.6, réimprimé dans 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,109 (« lignes directrices de 1988 »).
- 6 Voir, par exemple, *E. Bement & Sons v. National Harrow Co.*, 186 U.S. 70 (1902); *National Folding-Box & Paper Co. v. Robertson et al.*, 99 F. 985 (C.C.D.Conn. 1900). Voir Hans B. Thorelli, *The Federal Antitrust Policy*, 1955, p. 47 (« Les antécédents en common law [régissant les restrictions du commerce] pouvaient être de peu d'utilité lorsque les tribunaux devaient tracer une ligne de démarcation raisonnable entre la portée du monopole conférée par le brevet, d'une part, et la portée de la législation antitrust, de l'autre »).[Traduction]
- 7 Voir, par exemple, *Heaton-Peninsular Button-Fastener Co. v. Eureka Specialty Co.*, 77 F. 288 (6th Cir. 1896) (« *The Button Fastener Case* »); *Bement*, 186 U.S. 70; *Henry v. A. B. Dick Co.*, 224 U.S. 1 (1912); voir également Mark S. Massel, « Antitrust and Patent Laws: Effects on Innovation », *American Economic Review*, vol. 56, 1966, p. 284 et 285 (« l'octroi d'un droit de brevet était considéré simplement comme un prolongement logique des droits habituels de propriété industrielle »).[Traduction]
- 8 Sur la question de la portée étendue et de la signification des droits de propriété et la liberté de contrat au cours de cette période, voir, par exemple, *The Political Economy of the Sherman Act*, publié sous la direction de E. Thomas Sullivan, 1991; Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, 1977, p. 31-62, 161-210; Arnold M. Paul, *Conservative Crisis and the Rule of Law: Attitudes of the Bar and Bench, 1887-1895*, 1976; Lawrence M. Friedman, *A History of American Law*, 1973; James Willard Hurst, *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-Century United States*, 1956; Herbert Hovenkamp, « The Political Economy of Substantive Due Process », *Stanford Law Review*, vol. 40, 1988, p. 379.
- 9 *United States v. Standard Sanitary Mfg. Co.*, 226 U.S. 20 (1912).
- 10 *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co.*, 243 U.S. 502, 513 (1917).
- 11 *Ibidem.*
- 12 226 U.S., p. 49.

- 13 La tension entre la législation antitrust et la législation en matière de propriété intellectuelle ne se limite pas aux anciennes opinions judiciaires. Dans un jugement relativement récent de la Cour de deuxième circuit, on peut lire ce qui suit :

Si les lois antitrust interdisent les restrictions non raisonnables de la concurrence, les lois sur les brevets récompensent l'inventeur en lui accordant un monopole temporaire qui l'isole de l'exploitation, par des concurrents, de son oeuvre brevetée[...] lorsque [...] le produit breveté obtient un succès tel qu'il engendre son propre marché économique, [...] la législation sur les brevets et la législation antitrust viennent forcément en conflit.

[Traduction]

- SCM Corp. v. Xerox Corp., 645 F.2d 1195, 1203 (2d. Cir. 1981), requête rejetée, 455 U.S. 1016 (1982); voir aussi *Crucible, Inc. v. Stora Kopparbergs Bergslags AB*, 701 F. Supp. 1157, 1160 (W.D. Pa. 1988) (suite à l'analyse, dans le cadre de la cause SCM, de l'article 7 de la Clayton Act et de l'article 2 de la Sherman Act).
- 14 Voir, par exemple, *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, 395 U.S. 100, 135 (1969) (désignant un brevet comme étant un « monopole légal »); *Crown Dye & Tool Co. v. Nye Tool & Mach. Works*, 261 U.S. 24, 35-36 (1923) (« Un brevet confère un monopole »)[Traduction]; *Continental Paper Bag Co. v. Eastern Paper Bag Co.*, 210 U.S. 405, 424 (1908) (*Ibidem*). Voir également *United States v. Dubilier Condenser Corp.*, dans laquelle on fait une distinction entre la propriété intellectuelle et un monopole :

Le terme « monopole » désigne l'octroi d'un privilège exclusif portant sur l'achat, la vente, l'exploitation ou l'utilisation d'une chose dont le public pouvait librement bénéficier avant l'octroi. Ainsi, un « monopole » enlève quelque chose aux gens. Un inventeur prive le public de rien dont il n'ait bénéficié avant sa découverte, mais il fait don à la collectivité d'une chose qui a de la valeur en ajoutant à la somme des connaissances humaines.

[Traduction]

- 289 U.S. 178, 186 (1933) (citations omises).
- 15 *Bement*, 186 U.S., p. 91.
- 16 *Motion Picture Patents*, 243 U.S., p. 510.
- 17 Voir, par exemple, *United States v. Univis Lens Co.*, 316 U.S. 243, 250 (1942) (« [un brevet confère] à l'inventeur un monopole restreint dont l'exercice lui permet de toucher une rétribution financière pour son invention »)[Traduction]; *Masonite*, 316 U.S., p. 277 (où un brevet est désigné comme étant un « monopole restreint »); *Ethyl Gasoline Corp. v. United States*, 309 U.S. 436 (1940) (« Le droit des brevets confère un monopole restreint »)[Traduction]. Le même argument est avancé dans certaines causes plus récentes. Voir, par exemple, *Int'l Wood Processors v. Power Dry, Inc.*, 792 F.2d 416, 426 (4th Cir. 1986) (où l'on note que les tribunaux désignent souvent les droits des titulaires de brevet « comme étant soit un monopole restreint soit un monopole de brevet »)[Traduction]; *Glen Mfg., Inc. v. Perfect Fit Indus., Inc.*, 324 F. SUPP. 1133 (S.D.N.Y. 1971); 299 F. SUPP. 278, 282 (S.D.N.Y. 1969) (« Pour promouvoir les innovations scientifiques et l'invention, le droit des brevets accorde un monopole au titulaire du brevet pour un temps limité, sous réserve de limites strictes quant à la portée du brevet »).[Traduction]
- 18 Voir, de façon générale, U.S. Department of Justice et Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines* §0.1 (2 avril 1992) (« Le pouvoir de marché conféré aux vendeurs et la capacité de maintenir, à profit, les prix au-dessus des niveaux que

- dicterait la concurrence pour une période de temps significative »)[Traduction]; voir aussi Warren G. Lavey, « Patents, Copyrights, and Trademarks as Sources of Market Power in Antitrust Cases », *Antitrust Bulletin*, vol. 27, 1982, p. 433, 435 : (« Dans la théorie économique de la politique de concurrence, une entreprise possède un pouvoir de marché si elle peut, à profit, établir un prix pour ses produits au-dessus du niveau que dicterait la concurrence »)[Traduction], citant Robert Landes et Richard A. Posner, « Market Power in Antitrust Cases », *Harvard Law Review*, vol. 94, 1981, p. 937; Philip Areeda et Donald Turner, *Antitrust Law*, 1978, p. 322.
- 19 Nous utilisons le terme « formaliste » pour désigner un jugement automatique, statique, théoriquement fermé, dans lequel une règle ou une doctrine établie peut avoir préséance sur des faits concrets, où ces faits pourraient par ailleurs évoquer l'utilité de réexaminer la règle applicable de façon putative. Sur le formalisme juridique, voir, de façon générale, Richard A. Posner, « Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution », *Case Western Reserve Law Review*, vol. 37, 1987, p. 179, 180 : (« "Formaliste" peut vouloir dire droit, conservateur, hypocrite, réfractaire au changement, casuiste, inexact sur le plan descriptif [...], renfermé dans une tour d'ivoire, fallacieux, insensible, autoritaire — mais aussi rigoureux, modeste, raisonné, fidèle, frugal et retenu »)[Traduction]; Steven M. Quevedo, Commentaire, « Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory », *California Law Review*, vol. 73, 1985, p. 119; Thomas C. Grey, « Langdell's Orthodoxy », *University of Pittsburg Law Review*, vol. 45, 1983, p. 1; Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law: 1780-1860*, 1977, p. 254-255 : (représentant le formalisme juridique comme étant « non utilitaire » et donnant aux « règles de common law l'apparence d'un système complet en soi, apolitique et inexorable »)[Traduction]; Grant Gilmore, *The Ages of American Law*, 1974, p. 62, 70, 108-110 : (le formalisme juridique traite la loi comme s'il s'agissait d'un système logique fermé de « formules théoriques sensées avoir une validité universelle » dans lequel « le jugement devient un processus mécanique où il est interdit de regarder au delà de la lettre de la loi et du raisonnement de la dernière cause »)[Traduction]; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 1961, p. 249 : (le « formalisme » est presque synonyme de jurisprudence « mécanique » ou « automatique »).
- 20 L'analogie entre la portée des droits du détenteur de la propriété intellectuelle et les paramètres physiques qui définissent les limites d'un bien immobilier a depuis longtemps été reconnue :

La portée de chaque brevet est limitée à l'invention décrite dans la demande qui le concerne [...] Celle-ci indique où le progrès est revendiqué par le brevet qui débute et où il se termine pour que l'on puisse les apparenter à la description contenue dans un acte qui définit les limites de la concession qu'il renferme.
[Traduction]

Motion Picture Patents, 243 U.S., p. 510; jugement favorable à *Ethyl Gasoline*, 309 U.S., p. 456; voir également *T.C. Weyandt v. Van Emden*, 40 F.2d 938, 939 (S.D. N.Y. 1930) (« Bien que la forme la plus immatérielle de bien [le droit du brevet] demeure, sous de nombreuses caractéristiques, plus près des biens immobiliers que des biens personnels »).[Traduction] Dans le modèle des « sphères distinctes », toutefois, ces paramètres deviennent des limites, non pas du droit de propriété, mais de la responsabilité en vertu de la législation antitrust : toute tentative de la part du titulaire du brevet en vue de restreindre le comportement du détenteur de licence d'une façon qui

déborde les limites du brevet octroyé devient, *ipso facto*, une infraction à la législation antitrust.

- 21 Voir, par exemple, *E. Bement & Sons v. National Harrow Co.*, 186 U.S., p. 91 (« la règle générale est la liberté absolue dans l'utilisation ou la vente des droits en vertu de la législation sur les brevets aux États-Unis »).[Traduction]
- 22 Voir les parties intitulées « *International Salt* » et « Les neuf interdictions », dans ce chapitre.
- 23 Voir la partie intitulée « Utilisation abusive d'un brevet », dans ce chapitre.
- 24 Voir, par exemple, *United States v. Line Material Co.*, 333 U.S. 287, 309-310 (1948); *Ethyl*, 309 U.S., p. 452; *United States v. Univis Lens Co.*, 316 U.S. 241(1942).
- 25 Voir, par exemple, *Q-Tips, Inc. v. Johnson & Johnson*, 109 F. SUPP. 657, 661 (D.N.J. 1951), modifiée par, 207 F.2d 509 (3rd Cir. 1953), requête rejetée, 347 U.S. 935 (1954).
- 26 Voir, par exemple, Ward S. Bowman, Jr., *Patent & Antitrust Law: A Legal & Economic Appraisal*, 1973; William F. Baxter, « Legal Restrictions on Exploitation of the Patent Monopoly: An Economic Analysis », *Yale Law Journal*, vol. 76, 1966, p. 267.
- 27 Voir *supra*, note 3.
- 28 1988 *Guidelines*, *supra*, note 5, p. 167.
- 29 Bowman, *supra*, note 26, p. 1 (accentué dans l'original).
- 30 Voir, par exemple, *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.*, 897 F.2d 1572, 1576 (Fed. Cir. 1990) (« Les buts et objectifs de la législation sur les brevets et de la législation antitrust peuvent sembler, à première vue, entièrement opposés. Cependant, les deux séries de lois sont en réalité complémentaires étant donné que l'une et l'autre visent à encourager l'innovation, l'industrie et la concurrence ».) [Traduction]
- 31 Cela ne devrait pas être compris au sens où il n'y a aucune différence entre la propriété intellectuelle et les autres formes de propriété. Tout d'abord, la propriété intellectuelle se prête beaucoup plus facilement à une appropriation illicite qu'un bien matériel habituel. Le propriétaire d'une usine peut empêcher les autres d'utiliser ses installations, non seulement en faisant intervenir le système judiciaire, comme peut le faire le détenteur de la propriété intellectuelle, mais aussi en érigeant des clôtures, en installant des verrous et en embauchant des gardes de sécurité. En outre, le propriétaire de l'usine peut difficilement ne pas constater une effraction. À l'opposé, le détenteur de la propriété intellectuelle peut ignorer qu'il a été volé jusqu'à ce que ses ventes commencent à baisser. En outre, les coûts fixes élevés et les coûts marginaux pratiquement nuls de la propriété intellectuelle signifient qu'il peut être essentiel de recourir à une forme de discrimination au niveau des prix (c'est-à-dire un système d'établissement des prix de Ramsey) pour en arriver à un résultat efficace. Voir, de façon générale, F. M. Scherer et David Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 1990, 3^e édition, p. 496-498. Le principe selon lequel la propriété intellectuelle ressemble aux autres formes de propriété aux fins de la législation antitrust signifie uniquement que les principes habituels de la règle de raison tiennent déjà compte de ces différences dans l'évaluation des avantages et des inconvénients, sur le plan de la concurrence, d'une pratique dans un contexte de marché particulier.
- 32 Comparez les lignes directrices de 1995 (*supra*, note 3, art. 2.2) avec la cause *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 16 (1984) : (où, dans une remarque incidente, il est dit qu'un produit breveté possède présument un pouvoir de marché).
- 33 Les principes sont définis à l'article 2.0 des lignes directrices de 1995.

- 34 *Ibidem*, art. 2.3, 3.1, 3.3, 4.1.
- 35 *Ibidem*, art. 2.0, 2.3.
- 36 *Lignes directrices* de 1995, *supra*, note 3, art. 3.3; voir Thomas G. Krattenmaker et Steven C. Salop, « Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs To Achieve Power Over Price », *Yale Law Journal*, vol. 96, 1986, p. 209, 226 : (en notant qu'il est quelque peu arbitraire de traiter le produit d'un fabricant soit comme un intrant dans le système de distribution en aval soit, au contraire, comme un intrant dans le processus général par lequel le manufacturier fabrique le produit et le fait parvenir au consommateur final).
- 37 332 U.S. 392 (1947).
- 38 333 U.S. 287 (1948).
- 39 Bruce B. Wilson, « Patent and Know-how Licence Agreements: Field of Use, Territorial, Price and Quantity Restrictions », allocution prononcée à la *Fourth New England Antitrust Conference*, 6 novembre 1970, (ci-après « les neuf interdictions de Wilson »). Même si les « neuf interdictions » n'ont été rendues publiques qu'en 1970, l'époque où ces interdictions ont été en vigueur s'étend de 1968 à 1981, c'est-à-dire la période durant laquelle la politique d'application de la loi de la Division antitrust a été guidée par le modèle des « neuf interdictions » à l'interface de la politique de concurrence et de la législation antimonopole.
- 40 Voir la partie intitulée « Utilisation abusive d'un brevet » dans ce chapitre.
- 41 *International Salt*, 332 U.S., p. 394.
- 42 *Ibidem*, p. 395-396.
- 43 *Lignes directrices* de 1995, *supra*, note 3, art. 2.2, 5.3.
- 44 *Ibidem*, art. 5.3.
- 45 *Ibidem*.
- 46 333 U.S. 287 (1948).
- 47 *Line Material*, 333 U.S., p. 290, note 4.
- 48 Au terme d'une procédure en revendication de priorité d'invention, le *Patent Office* avait accordé les revendications dominantes à la société *Southern* et les revendications subordonnées à la société *Line*. *Ibidem*, p. 291, note 5 (« Seulement lorsque les deux brevets peuvent être utilisés légalement par un fabricant unique, le public ou les titulaires du brevet peuvent-ils toucher la totalité des avantages que comportent les inventions sur le plan de l'efficience et de l'économie »).[Traduction]
- 49 *Ibidem*, p. 292-293, 297.
- 50 *Ibidem*, p. 293-297.
- 51 *Ibidem*, p. 307.
- 52 *Ibidem*, p. 309 (citant *Bement*, 186 U.S., p. 92) (« La *Sherman Act* a été adoptée en vue de prévenir les restrictions au commerce, mais l'interprétation qu'on lui a donnée reconnaît que les brevets constituent une exception »).[Traduction]
- 53 *Ibidem*, p. 307 (notes de bas de page omises).
- 54 *Ibidem*, p. 308 (accentuation ajoutée).
- 55 *Ibidem*, p. 291, 297. Voir également George L. Priest, « Cartels and Patent Licence Arrangements », *Journal of Law and Economics*, vol. 20, 1977, p. 309, 356-358 : (où l'on discute de la cause *Line Material* et des aspects favorables à la concurrence des octrois réciproques de licences complémentaires et des brevets apparentés).
- 56 *Line Material*, p. 311.
- 57 *Ibidem*, p. 312.
- 58 *Ibidem*.

- 59 *Lignes directrices de 1995, supra*, note 3, art. 2.3.
- 60 *Ibidem*, art. 5.5.
- 61 *Lignes directrices de 1995, supra*, note 3, art. 3.3.
- 62 *Ibidem*, art. 5.5.
- 63 Voir Wilson, *Nine No-No's, supra*, note 39.
- 64 *Ibidem*, p. 3.
- 65 Voir, par exemple, Charles F. Rule, « Patent-Antitrust Policy: Looking Back and Ahead », *Antitrust Law Journal*, vol. 59, 1991, p. 729, 732 : (« La Division antitrust a adopté la position, au début des années 70, que les neuf pratiques [interdites] étaient illégales en soi »)[Traduction]; Griffin, *Antitrust Law Journal*, vol. 50, p. 508, note 38 (*Ibidem*). Selon l'opinion émise par un responsable de la Division vers la fin de la période des « neuf interdictions », le Département de la Justice évaluait habituellement les restrictions liées aux licences de PI en vertu de la règle de raison. Ky P. Ewing, Jr., « Antitrust Enforcement and the Patent Laws: It Is As Craftsman That We Get Our Satisfactions And Our Pay », allocution prononcée devant la *San Francisco Patent Law Association*, publiée dans Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 50,398 à 55,886 (5 mai 1979). Dans le même discours, M. Ewing laissait supposer que les principales interdictions étaient les numéros 1, 4, 6, 7 et 8. *Ibidem*, à la section 55, p. 887; voir également Richard H. Stern, « What Ever Happened to the Nine No-No's », allocution prononcée devant la Section du droit des brevets, des marques de commerce et du droit d'auteur de l'American Bar Association, 10 août 1993, p. 1-2, 5-6 : (« soutenant que la Division ne traitait pas la plupart de ces pratiques comme étant forcément illégales mais, plutôt, considérait que les neuf interdictions constituaient une piste de vérification des pratiques qui, si elles se présentaient, inciteraient le procureur à envisager d'approfondir l'enquête »)[Traduction]; Bruce B. Wilson, « Myth or Reality? Or Straight Talk from 'Alice in Wonderland' », remarques prononcées devant l'American Patent Association, 21 janvier 1975, p. 11 (ci-après, « Wilson, *Alice in Wonderland* ») (« Même certaines des "neuf interdictions", [...] ne se prêtent pas tout à fait à une application rigide »).[Traduction]
- 66 Voir Wilson, *Alice in Wonderland, supra*, note 65.
- 67 Voir *infra*, notes 68-76.
- 68 Voir Wilson, *Nine No-No's, supra*, note 39, p. 3 (citant la cause *International Salt Co., Inc. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947); voir également *Rex Chainbelt, Inc. v. Harco Products, Inc.*, 512 F.2d 993 (9th Cir.), requête rejetée, 423 U.S. 831 (1975).
- 69 Voir Wilson, *Nine No-No's, supra*, note 39, p. 4-5. Mais voir aussi *Transwrap Corp. v. Stokes Co.*, 329 U.S. 637, 644 (1947) : (les clauses obligatoires de licences au retour exclusives sont considérées comme une utilisation légale d'un monopole légalisé en vue d'acquiescer un autre monopole légalisé [...] et non un prolongement illégal du monopole du titulaire du brevet) (accentuation dans l'original).
- 70 Voir Wilson, *supra*, note 39, p. 5 (« le Département est d'avis qu'il est illégal de tenter d'imposer à l'acheteur d'un produit breveté des restrictions quant à la revente de ce produit »)[Traduction]; voir *United States v. CIBA GEIGY Corp.*, 508 F. Supp. 1118 (D. N.J. 1976), jugement final, 1980-81 Trade Cases (CCH) ¶ 63,813 (D.N.J. 1981) (à moins qu'elles ne soient approuvées par le vendeur, les licences qui imposent aux acheteurs de médicaments en vrac des restrictions quant à la revente du produit sous forme posologique finale constituent une infraction en soi à l'article 1 de la *Sherman Act*); *Hensley Equip. Co. v. Esco Corp.*, 383 F.2d 252, 262-64 (5th Cir.) (les dispositions des licences qui restreignent l'utilisation et la vente de pièces brevetées achetées

- après du donneur de licence constituent une infraction *per se* à l'article 1 de la *Sherman Act*), modifié par le tribunal, 386 F.2d 442 (5th Cir. 1967).
- 71 Voir Wilson, *supra*, note 39, p. 5 (« un titulaire de brevet ne peut restreindre la liberté qu'a le détenteur de licence de faire le commerce de produits ou de services qui déborde la portée du brevet »).[Traduction] Si A affirme : je consens à vous [B] accorder une licence à l'égard de mon produit si vous acceptez de ne pas vendre de produits concurrents, A propose un accord de vente liée à B. Voir, par exemple, *McCullough v. Kammerer Corp.*, 166 F.2d 759, 761 (9th Cir. 1948) (où le détenteur de la licence a convenu « de ne pas fabriquer, utiliser ou louer tout appareil [...] en concurrence avec [...] les appareils visés par l'accord de licence », le Tribunal du neuvième circuit a jugé « qu'il n'y avait aucune différence en principe entre l'extension du monopole du brevet en supprimant la fabrication ou l'utilisation d'appareils concurrents, qu'ils soient brevetés ou non » et les autres pratiques considérées antérieurement comme une utilisation abusive d'un brevet)[Traduction]; requête rejetée, 335 U.S. 813 (1948); voir aussi *Stewart v. Motrim, Inc.*, 1975-2 Trade Cases (CCH) ¶ 60,531 (S.D. Ohio Sept. 11, 1975) (les dispositions de vente liée qui figurent dans un accord de licence constituent une utilisation abusive d'un brevet). Selon un commentateur, même au Département de la Justice vers le milieu des années 70, il y avait peu d'appui pour cette interdiction. Voir Griffin, *supra*, note 4, p. 511, n. 55.
- 72 Voir Wilson, *supra*, note 39, p. 6 (« le Département est d'avis qu'il est illégal qu'un titulaire de brevet convienne avec un détenteur de licence qu'il n'accordera pas, sans le consentement de ce dernier, d'autres licences à toute autre personne »).[Traduction] Voir, par exemple, *United States v. Krasnov*, 143 F. SUPP. 184, 199 (E.D. Pa. 1956), requête accueillie par la Cour, 355 U.S. 5 (1957). Dans la cause *Krasnov*, deux entreprises, qui représentaient ensemble 62 p. 100 du marché des housses de meubles pré-fabriqués aux États-Unis, ont conclu un accord de licences réciproques dans lequel ils ont convenu, entre autres choses, de s'abstenir d'accorder des licences à d'autres sans leur consentement mutuel. Constatant des infractions aux articles 1 et 2 de la *Sherman Act*, le tribunal de district a conclu que les modalités de l'accord de licences réciproques allaient au delà de la protection conférée par les brevets et que leur effet conjugué était d'entraver la concurrence. *Ibidem*, p. 199; voir également *United States v. Ciba Corp. & CPC International, Inc.*, 1978-1 Trade Cases (CCH) ¶ 62,123 (D.N.J. 1978) (décret de consentement interdisant à deux fabricants de médicaments de conclure des accords de licence en vue de la fabrication, de l'utilisation ou de la vente de médicaments lorsque l'octroi d'une licence par le titulaire du brevet nécessite l'approbation préalable d'un tiers autre que le détenteur éventuel de la licence).
- 73 Voir Wilson, *supra*, note 39, p. 6 (« le Département est d'avis que les modalités obligatoires de licences groupées constituent un prolongement illégal de la portée du brevet octroyé »).[Traduction]
- 74 Voir Wilson, *supra*, note 39, p. 6 (« le Département est d'avis qu'il est illégal pour un titulaire de brevet d'exiger, comme condition d'attribution de la licence, que les détenteurs de licences versent des redevances dont le montant n'est pas raisonnablement lié à leurs ventes des produits visés par le brevet [c'est-à-dire des redevances calculées sur les ventes combinées des produits brevetés et non brevetés] »)[Traduction]; voir *Glen Mfg., Inc. v. Perfect Fit Indus., Inc.*, 324 F. Supp. 1133 (S.D.N.Y. 1971); 299 F. Supp. 278 (S.D.N.Y. 1969). Dans *Glen Manufacturing*, 299 F. Supp. 278 (S.D.N.Y. 1969), la Cour de district a conclu qu'il y avait eu utilisation abusive du brevet parce que les redevances étaient versées par le détenteur de la licence au titulaire du brevet

pour des couvercles de cuve de toilette qui n'entraient pas dans la portée du brevet détenu par ce dernier. Dénouçant l'accord de licence exigeant le versement de redevances sur tous les couvercles de cuve de toilette fabriqués ou vendus par le détenteur de la licence, nonobstant que les couvercles entrent dans la portée du brevet détenu par le donneur de licence, le tribunal a précisé que « lorsque le titulaire du brevet cherche à utiliser le monopole conféré par le brevet pour supprimer la fabrication et la vente d'articles concurrents non brevetés par tous les moyens autres que la libre concurrence, les tribunaux ont l'obligation de protéger l'intérêt public et de contraindre le titulaire du brevet ». [Traduction] *Ibidem*, p. 282. Voir également *La Peyre v. FTC*, 366 F.2d 117 (5th Cir. 1966) (redevances discriminatoires considérées comme étant en infraction à l'article 5 de la *Federal Trade Commission Act*).

- 75 Voir Wilson, *supra*, note 39, p. 7 (« il est assez manifestement illégal que le titulaire d'un brevet de procédé tente d'imposer des restrictions au détenteur de la licence pour les ventes de produits fabriqués à l'aide du procédé breveté ») [Traduction] (citant *Cummer-Graham Co. v. Straight Side Basket Corp.*, 142 F.2d 646, 647 (5th Cir.), requête rejetée, 323 U.S. 726 (1944)).
- 76 Voir Wilson, *supra*, note 39, p. 7 (« le Département de la Justice considère qu'il est illégal pour le titulaire d'un brevet d'exiger du détenteur de la licence qu'il respecte un prix minimum ou un prix spécifié en ce qui a trait à ses ventes de produits visés par la licence »). [Traduction] L'adjoint spécial de Wilson a articulé en ces termes l'interprétation de cette pratique en matière de licences, dans la perspective des « neuf interdictions » :

Je ne crois pas que l'on ait démontré que le redoutable pouvoir de contrôler le prix auquel le détenteur d'une licence peut vendre un produit *doive être ajouté* aux avantages d'un brevet dans le but d'assurer une incitation adéquate à l'invention, à la divulgation ou à l'octroi d'une licence. Le titulaire du brevet obtient la pleine valeur de son brevet lorsqu'il perçoit le niveau de redevances le plus élevé possible ou lorsqu'il exerce son privilège d'être le seul fabricant ou vendeur du produit. Les redevances, ou les bénéfices tirés de l'exploitation exclusive, sont les façons impersonnelles du marché d'évaluer la valeur d'une invention. Bien sûr, le titulaire du brevet pourrait obtenir des avantages encore plus importants s'il pouvait établir les prix qu'exigeront les détenteurs de licences. Cependant, ces avantages supplémentaires ne traduiraient pas la valeur de l'invention elle-même mais, plutôt, la valeur de la fixation des prix.

[Traduction]

Ibidem, p. 8-9 (accentuation dans l'original).

- 77 *Ibidem*, p. 3 (accentuation ajoutée).
- 78 Voir *supra*, notes 41-42 et le texte d'accompagnement.
- 79 Wilson, *Nine No-No's*, *supra*, note 39, p. 6. La distinction entre regroupement « obligatoire » et volontaire de licences suivait en parallèle les points de vue opposés de la Cour suprême dans les causes *Automatic Radio Mfg. Co., Inc. v. Hazeltine Research, Inc.*, 339 U.S. 827, 834 (1950), et *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, 395 U.S. 100, 135, 139-40 (1969). Dans le premier cas, le tribunal a rejeté la requête du détenteur de licence qui contestait un accord de licences groupées englobant des centaines de brevets visant des technologies de transmission radio détenues par HRI, en faisant le raisonnement que le regroupement des licences était pratique pour les parties et ne créait pas un nouveau monopole. (339 U.S., p. 833). Dans la seconde cause,

le tribunal a dénoncé l'accord de regroupement obligatoire de licences comme étant une utilisation abusive de brevets, en concluant que le fait d'assujettir l'octroi d'une licence à l'égard d'un brevet au versement de redevances sur des produits qui ne bénéficient pas de l'information visée par le brevet représente une utilisation abusive du brevet. 395 U.S., p. 135 (accentuation ajoutée). Voir *American Security Co. v. Shatterproof Glass Corp.*, 268 F.2d 769, 777 (3d Cir.), requête rejetée, 361 U.S. 902 (1959) (en précisant que « le regroupement obligatoire de licences n'est rien d'autre que l'exercice du pouvoir engendré par le monopole que confère un brevet particulier en vue d'assujettir l'octroi de licences pour un brevet à l'acceptation d'un autre brevet [...] La protection, ou le monopole, accordée dans le cadre du premier brevet cesse là où le monopole du second débute »). [Traduction]

80 329 U.S. 637 (1947).

81 *Ibidem*, p. 639.

82 *Ibidem*, p. 644 (accentuation ajoutée). Dans une requête semblable d'un détenteur de licence quelque trente années plus tard, le Tribunal de neuvième circuit s'est inspiré du même raisonnement que celui que l'on retrouve dans le jugement *Transwrap*, cité précédemment, pour confirmer l'accord de licence au retour contesté. Voir *Santa Fe-Pomeroy, Inc., v. P. & Z Co., Inc.*, 569 F.2d 1084, 1100-11 (9th Cir. 1978) (« les brevets portant sur des améliorations doivent être considérés simplement comme une forme de propriété cédée en contrepartie du droit d'utiliser le brevet de base »). [Traduction] Certains tribunaux inférieurs, appliquant l'analyse du jugement *Transwrap* aux dispositions relatives à l'octroi de licences au retour, ont jugé que les facteurs tels que la durée de la licence, la portée de l'obligation d'accorder des licences au retour et ses effets sur la concurrence au moment d'évaluer la légalité d'une clause obligatoire d'octroi de licences au retour. Voir, par exemple, *Santa Fe-Pomeroy*, p. 1101; *Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc.*, 444 F. Supp. 648, 671 (D. S.C. 1977), confirmée en partie et rejetée en partie, 594 F.2d 979 (4th Cir. 1979), requête rejetée, 444 U.S. 1015 (1980). Créant une exception définie avec plus de précision à la règle *Transwrap*, quelques tribunaux inférieurs ont aussi conclu que les dispositions obligatoires d'octroi de licences au retour pourraient enfreindre la *Sherman Act* lorsque « ces accords qui imposent une restriction au commerce ou créent des monopoles ont été conçus à cette fin ». [Traduction] *Kobe, Inc. v. Dempsey Pump Co.*, 198 F.2d 416, 422 (10th Cir.), requête rejetée, 344 U.S. 837 (1952); *United States v. Associated Patents, Inc.*, 134 F. Supp. 74 (E.D.Mich. 1955), requête accueillie par la Cour, 350 U.S. 960 (1956).

83 Wilson, *Nine No-No's*, *supra*, note 39, p. 4, n. 7 (citant la cause *Transparent Wrap* comme fondement opposé).

84 Voir *Lignes directrices de 1995*, *supra*, note 3, art. 5.3.

85 *Ibidem*, art. 5.6.

86 *Ibidem*.

87 *Ibidem*.

88 Art. 5 de la liste des interdictions. Voir *supra*, note 72.

89 *Lignes directrices de 1995*, *supra*, note 3, art. 4.1.2.

90 Art. 7 de la liste des interdictions. Voir *supra*, note 74 et le texte d'accompagnement. 159 F.R.D. 318 (D.D.C. 1995), jugement infirmé, 56 F.3d 1448 (D.C. Cir. 1995).

92 Voir *Lignes directrices de 1995*, *supra*, note 3, art. 4.1.2.

93 Voir James B. Kobak, Jr., « The Misuse Doctrine: An Introduction », allocution présentée devant l'Intellectual Property Committee 1-2, Section Antitrust de

l'American Bar Association, 28 mars 1996 (transcription disponible auprès de la Section Antitrust de l'American Bar Association).

94 Voir *supra*, notes 17-25 et le texte d'accompagnement.

95 *Morton Salt Co. v. Suppiger*, 314 U.S. 488 (1942).

96 *Ibidem*, p. 494.

97 320 U.S. 680 (1944).

98 320 U.S. 661 (1944).

99 Voir, par exemple, *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, 395 U.S. 100, 135 (1969) (on a conclu que le « fait d'assujettir l'octroi d'une licence de brevet au versement de redevances sur des produits qui ne profitaient pas de l'information visée par le brevet représentait une utilisation abusive du brevet »)[Traduction]; *B.B. Chemicals Co. v. Ellis*, 314 U.S. 495, 497 (1942) (faisant suite à *Morton Salt*, 314 U.S. 488, pour établir l'utilisation abusive); *American Security Co. v. Shatterproof Glass Corp.*, 268 F.2d 769, 777 (3d Cir.), requête rejetée, 361 U.S. 902 (1959) (interdiction imposée au titulaire de plusieurs brevets de faire valoir qu'il y a contrefaçon après avoir refusé d'accorder une licence à l'égard de tout brevet, sauf dans le cadre d'un groupe de brevets).

100 Voir, par exemple, *Mallinckrodt v. Medipart, Inc.*, 976 F.2d 700, 708 (Fed. Cir. 1992) (« Les titulaires de brevets ne devraient pas être en position inférieure, en raison du droit d'exclusion rattaché au brevet, à celles des détenteurs d'autres formes de propriété utilisées dans le commerce »)[Traduction]; *Windsurfing Int'l, Inc. v. AMF, Inc.*, 782 F.2d 995, 1001-02 (Fed. Cir.), requête rejetée, 477 U.S. 905 (1986) (la défense fondée sur l'utilisation abusive du brevet ne pourra prévaloir en l'absence « d'une détermination factuelle [...] que l'effet global d'une licence a tendance à restreindre la concurrence illégalement sur le marché pertinent défini de façon appropriée »)[Traduction]; *USM Corp. v. SPS Technologies, Inc.*, 694 F.2d 505, 511-14 (7th Cir. 1982), requête rejetée, 462 U.S. 1107 (1983) (affirmant le rejet de la requête en utilisation abusive après avoir évalué cette requête en vertu des principes antitrust et constaté qu'il n'y avait pas d'effet anticoncurrentiel attribuable à l'utilisation abusive présumée).

101 Voir, par exemple, *Patent Misuse Reform Act of 1988*, Pub. L. 100-703, 102 Stat. 4676 (codifiée à 35 U.S.C. § 271(d)(5) (1994) (l'allégation de l'utilisation abusive ne sera pas retenue contre le titulaire du brevet qui « a assorti l'octroi de la licence à l'égard de tout droit d'utilisation du brevet ou de vente du produit breveté à l'acquisition d'une licence pour les droits qui se rattachent à un autre brevet ou à l'achat d'un produit distinct à moins [...] que le titulaire du brevet ne dispose d'un pouvoir de marché sur le marché pertinent du brevet ou du produit breveté visé par la condition à laquelle se rattache la licence ou la vente »)[Traduction] (accentuation ajoutée).

102 *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717, 723, 726 (1988) (« Ordinairement, peu importe que les actes concertés en cause qui violent l'article 1 de la *Sherman Act* soient déterminés par l'application au cas par cas de ce que l'on appelle la règle de raison [...], il y a présomption en faveur du principe de la règle de raison »)[Traduction]; *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 49 (1977) (« Depuis le début du présent siècle, l'interprétation judiciaire de la lettre de la loi a établi la règle de raison comme critère prédominant d'analyse »).[Traduction]

103 *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231, 238 (1918).

104 *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958).

- 105 Voir, de façon générale, *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253, 259-60 (1962) (énumérant les formes d'entente commerciale considérées illégales en soi).
- 106 Voir, de façon générale, *Heattransfer Corp. v. Volkswagenwerk, A.G.*, 553 F.2d 964, 977 (5th Cir. 1977), requête rejetée, 434 U.S. 1087 (1978).
- 107 Voir la *McCarran-Ferguson Act*, 59 Stat. 34, 15 U.S.C. § 1012 (1993) (immunité à l'égard de la législation antitrust accordée au « commerce de l'assurance » lorsque celui-ci est réglementé en vertu de la loi d'un État).
- 108 98 Stat. 72, 46 U.S.C. app. § 1706(a) (1994).
- 109 Un certain nombre d'autres secteurs ont déjà bénéficié de telles exemptions. Voir, par exemple, la *Reed-Bulwinkle Act of 1948*, 49 U.S.C. § 5b(9) (1976), partiellement abrogée par Pub. L. No. 95-473, § 4(b), (c), 92 Stat. 1377, 1466-70 (1978) (codifiée telle que modifiée à 49 U.S.C. § 10706 (b) (1988)) (camionnage); la *Federal Aviation Act of 1958*, 49 U.S.C. § 1394 (1976), partiellement abrogée par la *Airline Deregulation Act of 1978*, Pub. L. No. 95-504, 92 Stat. 1705 (1978) (codifiée à 49 U.S.C. § 1551 (1988)).
- 110 Voir, par exemple, *Brown v. Pro Football, Inc.*, 116 S. Ct. 2116 (1996) (exemption non statutaire à l'égard des travailleurs); *Gordon v. New York Stock Exchange*, 422 U.S. 659 (1975) (valeurs mobilières).
- 111 *FMC v. Seatrain Lines*, 411 U.S. 726, 733 (1973).
- 112 *Silver v. New York Stock Exch.*, 373 U.S. 341, 357 (1963); voir également *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366, 372 (1973).
- 113 316 U.S. 265, 280 (1942).
- 114 *Ibidem*, p. 50.
- 115 388 U.S. 365 (1967).
- 116 *Ibidem*, p. 377.
- 117 *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253 (1963).
- 118 35 U.S.C. § 261 (1994).
- 119 Voir *Silver v. New York Stock Exch.*, 373 U.S. 341, 357 (1963) (énonçant une norme pour l'abrogation implicite des lois antitrust).
- 120 *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-71 (1966); *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 429-30 (2d Cir. 1945).
- 121 *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263, 273 (2d Cir. 1979), requête rejetée, 444 U.S. 1093 (1980) (citant *United States v. United Shoe Mach. Corp.*, 110 F. Supp. 295, 345 (D. Mass. 1953), requête accueillie par la Cour, 347 U.S. 521 (1954)).
- 122 *Berkey Photo*, 603 F.2d, p. 274.
- 123 Voir *supra*, notes 14-16 et le texte d'accompagnement.
- 124 Voir, par exemple, les *National Cooperative Production Amendments of 1993*, Pub. L. 103-42, 107 Stat. 117 (codifiés à 15 U.S.C. §§ 4301-4305 (1994)); la *Patent Misuse Reform Act of 1988*, *supra*, note 99; la *National Cooperative Research Act of 1984*, Pub. L. 98-462, 98 Stat. 1815 (codifiée à 15 U.S.C. §§ 4301-4305 (1994)).
- 125 Au sujet de l'évolution de l'analyse économique des pratiques antimonopoles qui a contribué à l'abandon de la vision fondée sur les « neuf interdictions » et à l'avènement de l'époque des *lignes directrices*, voir, de façon générale, William G. Shepard, « Theories of Industrial Organization », paru dans *Revitalizing Antitrust in its Second Century*, publié sous la direction de Harry First, Eleanor M. Fox et Robert Pitofsky, 1991, p. 37; Thomas M. Melsheimer, « Economics and Ideology: Antitrust in the 1980s », *Stanford Law Review*, vol. 42, 1990, p. 1319, commentant l'ouvrage de Robert J. Lerner et James W. Meehan, Jr., *Economics and Antitrust Policy* (où l'on examine

- l'influence exercée par l'École de Chicago sur la législation antitrust à l'égard des fusions et des restrictions verticales au cours des années 80); Herbert Hovenkamp, « The Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization », *Texas Law Review*, vol. 68, 1989, p. 105 (relatant l'évolution parallèle de la législation antitrust et de la théorie économique de l'organisation industrielle); Franklin M. Fisher, « Games Economists Play: A Noncooperative View », *Rand Journal of Economics*, vol. 20, 1989, p. 113 (qui traite de l'évolution de l'organisation industrielle, en concluant que, depuis les années 70 et 80, « la théorie de l'oligopole en particulier [...] [a été] entièrement dominée par le modèle de la théorie des jeux »)[Traduction]; George J. Stigler, « The Economists and the Problem of Monopoly », *American Economic Review*, vol. 1, n°9, 1982, p. 72 (« La concurrence est maintenant appuyée beaucoup plus vigoureusement qu'en 1890, principalement parce que nous la comprenons mieux aujourd'hui »)[Traduction]; Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox, 1990-1991*, 1993 (critique influent de l'approche classique en matière de législation antitrust qui préconise l'évaluation, en fonction d'une norme unique d'« amélioration du bien-être du consommateur », de l'analyse économique axée sur l'obtention de résultats efficaces sur le plan de la répartition des ressources).
- 126 *Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, 58-59 (1977).
- 127 *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys., Inc.*, 441 U.S. 1 (1979).
- 128 Voir *supra*, notes 115-118 et le texte d'accompagnement.
- 129 388 U.S., p. 41.
- 130 *Sylvania*, 433 U.S., p. 51.
- 131 *Ibidem*, p. 54.
- 132 *Ibidem*, p. 57-58 (il y a un important fondement dans les travaux de recherche et la jurisprudence de la théorie de l'utilité économique [à l'égard des restrictions verticales ne touchant pas les prix]) (accentuation ajoutée).
- 133 *Ibidem*, p. 54-55.
- 134 *Ibidem*.
- 135 *Ibidem*, p. 57-59. Voir également Bork, *supra*, note 125, p. 287 (« Le principal mérite du jugement *Sylvania* n'est pas tant qu'il préserve une méthode de distribution précieuse pour les consommateurs [...] mais qu'il démontre un degré beaucoup plus élevé de compréhension de la théorie économique [...] et introduit une approche qui, appliquée de façon générale, pourrait faire de la législation antitrust une politique rationnelle favorable au consommateur »).[Traduction] Bien que le jugement *Sylvania* ait considérablement réduit l'applicabilité de la règle *per se* aux restrictions verticales ne touchant pas les prix, y compris celles visant les licences de propriété intellectuelle, les jugements subséquents indiquent que le jugement *Sylvania* n'a pas aboli la condamnation de certains accords de vente liée sur la base de la règle *per se*. Voir, de façon générale, *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 9-10, 15-16 (1984) (majorité des cinq membres réaffirmant l'applicabilité de la règle *per se* à certains accords de vente liée); voir également ABA *Antitrust Section, Antitrust Law Developments*, 3^e édition, 1992, p. 134 (« Bien que les accords de vente liée soient classés parmi les infractions *per se*, le critère utilisé pour déterminer si la règle *per se* devrait être appliquée à un accord donné est, en pratique, très semblable à une détermination selon le principe de la règle de raison parce qu'un certain nombre de déterminations connexes, axées sur le marché, doivent être faites avant d'appliquer la règle *per se* »).[Traduction]
- 136 441 U.S. 1 (1979).

- 137 *Columbia Broadcasting Sys., Inc. v. American Soc'y of Composers, Authors and Publishers, et al.*, 400 F. Supp. 737, 742 (S.D.N.Y. 1975) (« En pratique, presque toutes les compositions visées par un droit d'auteur américain figurent au répertoire soit de l'ASCAP soit de BMI »)[Traduction], jugement infirmé, 562 F.2d 130 (2d Cir. 1977), jugement infirmé s. n., *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys., Inc.*, 441 U.S. 1 (1979).
- 138 400 F. Supp., p. 743. Voir *Automatic Radio*, *supra*, note 79 et le texte d'accompagnement.
- 139 Au procès, la fixation des prix n'était que l'une des cinq allégations faites par CBS pour contester les licences générales. Le réseau de télévision a aussi fait valoir que les modalités de la licence générale constituaient une pratique illégale de vente liée, un refus concerté de vendre, une monopolisation et une utilisation abusive du droit d'auteur. 400 F. Supp., p. 745.
- 140 *Ibidem*, p. 745 (citant la plainte de CBS).
- 141 La Division antitrust du Département de la Justice avait contesté les pratiques en matière de licences de l'ASCAP en 1941, et a déposé une poursuite semblable contre BMI plusieurs années plus tard. *Ibidem*, p. 743-745. Au moment de la poursuite contre CBS, l'ASCAP et BMI étaient liées par des décrets de consentement distincts, mais essentiellement semblables, qui avaient été conclus avec le gouvernement en 1950 et en 1966, respectivement. *Ibidem*. Un curieux aspect de cette poursuite est que CBS n'avait qu'à invoquer les décrets de consentement pour forcer les donneurs de licences générales à accorder une licence en contrepartie de « frais raisonnables » pour une ou plusieurs compositions musicales particulières auprès de l'ASCAP ou de BMI, directement auprès des compositeurs, par l'entremise d'autres agents ou dans le cadre de licences « par émission ». *Ibidem*. L'option d'un droit de licence « par émission » en vertu des décrets de consentement de 1950 et de 1966 permettait au détenteur d'une licence de radiodiffusion d'obtenir une licence à l'égard des droits de l'ensemble d'un répertoire pour une émission donnée, mais de verser des redevances uniquement à l'égard des oeuvres réellement diffusées. *Ibidem*, p. 744-745.
- 142 Voir *supra*, note 73 et le texte d'accompagnement.
- 143 Voir *supra*, note 74 et le texte d'accompagnement.
- 144 *Columbia Broadcasting System, Inc., v. American Soc'y of Composers, Authors and Publishers, et al.*, 562 F.2d, p. 136 (« Il y a [...] une certaine analogie avec les causes de regroupement de brevets qui maintiennent, de façon générale, que la mise en commun de brevets concurrents et, peut-être même, de brevets non concurrents, est illégale »)[Traduction] (citant, entre autres, *United States v. Line Material*, 333 U.S. 287 (1948)).
- 145 BMI, 441 U.S., p. 20.
- 146 *Ibidem*, p. 20-21.
- 147 *Columbia Broadcasting Sys., Inc. v. American Soc'y of Composers, Authors and Publishers, et al.*, 400 F. Supp. 744-45 (l'ASCAP et BMI accordaient des licences pour leurs répertoires sur une base non exclusive, permettant à tout compositeur d'accorder une licence à l'égard des droits d'exécution de ses oeuvres à tout détenteur de licence non exclusive).
- 148 BMI, 441 U.S., p. 19.
- 149 Voir, de façon générale, *Line Material*, 333 U.S. 287.
- 150 BMI, 441 U.S., p. 8-9.
- 151 *Lignes directrices* de 1995, art. 3.4.

- 152 *Ibidem*, art. 3.4 (« S'il n'y a aucune intégration de l'activité économique contribuant à une plus grande efficacité et si le genre de restriction entre dans la catégorie visée par le traitement en vertu de la règle *per se*, les organismes chargés de l'application de la loi contesteront la restriction en vertu de cette règle. Autrement, ils appliqueront une analyse fondée sur le principe de la règle de raison »)[Traduction] (accentuation ajoutée).
- 153 *Ibidem*, (citant BMI, 441 U.S., p. 16-24).
- 154 *Ibidem*, art. 3.4.
- 155 Voir *supra*, notes 33-36 et le texte d'accompagnement.
- 156 Voir, de façon générale, William C. Wood, « Costs and Benefits of *per se* Rules in Antitrust Enforcement », *Antitrust Bulletin*, vol. 38, 1993, p. 887-888 (« Dans les justifications actuelles des règles *per se*, c'est un argument avantage-coût explicite. Une règle *per se*, fait-on valoir, est moins coûteuse qu'une règle de raison »)[Traduction]) (citant, entre autres, *United States v. Container Corp. of America*, 393 U.S. 333, 341 (1969)); voir également Jonathan B. Baker, « *per se* Rules In The Antitrust Analysis of Horizontal Restraints », *Antitrust Bulletin*, vol. 36, 1991, p. 733-737 (« La Cour suprême a affirmé à plusieurs reprises que les règles *per se* sont créées afin de réduire les frais de litige et d'accroître la certitude dans les milieux d'affaires en ce qui a trait aux comportements interdits [...] »)[Traduction] (citant, entre autres, *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332, 343-344 (1981)).
- 157 *Sylvania*, 433 U.S., p. 50, note 16.
- 158 Mais, voir *supra*, note 65 (les interdictions « [...] ne se prêtent pas entièrement à une application [...] »).[Traduction]
- 159 Voir, de façon générale, Daniel L. Rubinfeld, « Econometrics in the Courtroom », *Columbia Law Review*, vol. 85, 1985, p. 1048, 1051 (« Les erreurs de type I comprennent le coût de conclure qu'une activité était illégale [...] lorsque, en réalité, elle ne l'était pas. Les erreurs de type 2 englobent le coût de conclure, à tort, qu'une activité n'était pas illégale lorsque, en réalité, elle l'était. ») (citations omises); R. Hogg et E. Tanis, *Probability and Statistical Inferences*, 1977, p. 254 (où l'on distingue les erreurs de type 1 et de type 2 »)[Traduction]; voir également R. S. Radford, « Statistical Error and Legal Error: Type One and Type Two Errors and the Law », *Loy. L.A. Law Review*, vol. 21, 1988, p. 843.
- 160 Voir, de façon générale, Wood, *supra*, note 156, p. 891-895, (où l'on examine des données empiriques tirées de cas de fixation de prix qui ont tendance à montrer que les causes jugées en vertu de la règle *per se* peuvent être autant sinon plus coûteuses que les causes jugées en vertu de la règle de raison); Baker, *supra*, note 156, p. 738, (« L'affrontement au sujet de la caractérisation [dans les causes de restriction horizontale] – déterminer si le comportement est classé dans la catégorie appropriée – peut entraîner un coût aussi élevé, et engendrer aussi peu de certitude sur le plan des affaires, qu'une analyse exhaustive du caractère raisonnable »).[Traduction]
- 161 Voir, de façon générale, W. Kip Viscusi, John M. Vernon et Joseph E. Harrington, Jr., *Economics of Regulation and Antitrust*, 1992, p. 9-10.
- 162 Les causes et les énoncés sur l'application de la loi au cours de la période des « sphères distinctes » ont eu tendance à avoir une portée plus vaste que restreinte.
- 163 Voir *Line Material*, *supra*, notes 46-58, et le texte d'accompagnement.
- 164 Voir l'analyse portant sur les « neufs interdictions », *supra*, notes 78-83, et le texte d'accompagnement.

- 165 Richard A. Posner, « The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: *per se* Legality », *University of Chicago Law Review*, vol. 48, 1981, p. 6.
- 166 Voir *supra*, note 165, et le texte d'accompagnement.
- 167 Voir William J. Baumol et Janusz A. Ordover, « Antitrust: Source of Dynamic and Static Inefficiencies? », paru dans *Antitrust, Innovation, & Competitiveness*, publié sous la direction de Thomas M. Jorde et David J. Teece, 1992, p. 82 [ci-après, Jorde et Teece] :

S'il y a un point de vue qui prévaut au sujet des avantages et des désavantages de la législation antitrust en tant que stimulant de l'efficacité économique, il se présenterait, de façon très générale, ainsi : du côté statique, en décourageant l'exercice d'un monopole, ces lois ont contribué de façon non ambiguë à promouvoir le bien-être économique. Néanmoins, il y a eu un arbitrage sur le plan du bien-être social du fait que, dans le passé à tout le moins, les règles antitrust ont découragé les efforts de recherche conjoints, elles ont exacerbé les problèmes d'opportunisme liés à l'innovation en restreignant la portée des contrats de licence et elles pourraient avoir empêché des entreprises d'atteindre la taille requise pour soutenir les efforts les plus efficaces de recherche et d'innovation.

[Traduction]

Baumol et Ordover poursuivent en faisant valoir qu'il y a un autre aspect à ces deux propositions, c'est-à-dire que la législation antitrust peut nuire à l'efficacité statique lorsque des plaignants sans scrupules (dans des actions privées) ou des plaignants (auprès des organismes chargés de l'application de la loi) cherchent à tirer une rente (*ibidem*, p. 86-88) et peuvent encourager l'innovation en réduisant la rentabilité de l'innovation et en réorientant les activités des entrepreneurs vers des innovations susceptibles d'améliorer la production (*ibidem*, p. 88-91).

- 168 Voir, par exemple, Frank H. Easterbrook, « Ignorance and Antitrust », dans Jorde et Teece, *supra*, note 165, p. 122-123 :

Une politique antitrust qui réduit les prix de 5 p. 100 aujourd'hui au prix d'une diminution de 1 p. 100 du taux annuel auquel l'innovation abaisse les coûts de production serait une calamité. À long terme, les effets d'un taux de variation composé continu sont beaucoup plus importants que les effets statiques.

[Traduction]

- 169 Voir, par exemple, Steven C. Salop et David T. Scheffman, « Raising Rivals' Costs », *American Economic Review*, vol. 73, 1983, p. 267; Steven C. Salop et David T. Scheffman, « Cost-Raising Strategies », *Journal of Industrial Economics*, vol. 36, 1987, p. 19.
- 170 Joseph A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism, and Democracy*, 1942, p. 81-106.
- 171 Kenneth J. Arrow, « Economic Welfare and the Allocation of Resources for Innovation », paru dans *Essays in the Theory of Risk-Bearing*, 1976, p. 144.
- 172 Voir, de façon générale, Wesley M. Cohen et Richard C. Levin, « Empirical Studies of Innovation and Market Structure », paru dans *Handbook of Industrial Organization*, publié sous la direction de Richard Schmalensee et Robert D. Willig, vol. 2, 1989, p. 1059 (revue documentaire); Baker, *supra*, note 156, p. 639-641 (*ibidem*); Richard J. Gilbert et Steven C. Sunshine, « Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, 1995, p. 569, 579-580, (*ibidem*).

- 173 Voir *Federal Trade Commission Global and Innovation-Based Competition Hearings* [ci-après « *Hearings* »], transcription, p. 1065-1066 (témoignage de Richard J. Gilbert et de Dennis Carlton); *Hearings*, déclaration écrite de Dennis Carlton, p. 8-9; Baker, *supra*, note 156, p. 640 et notes 88 et 89 (citant, entre autres, Richard C. Levin et coll., « R&D Appropriability, Opportunity, and Market Structure: New Evidence on Some Schumpeterian Hypotheses », *American Economic Review*, vol. 75, mai 1985, p. 20 (Papers and Proceedings); John T. Scott, *Purposive Diversification and Economic Performance*, 1993, p. 87. La transcription des audiences, les déclarations écrites des témoins et le rapport de synthèse des délibérations produit par le personnel de la Commission peuvent être consultés sur le site <http://www.ftc.gov/opp/global.htm>.
- 174 Baker, *supra*, note 156.
- 175 *Ibidem*, p. 636-639.
- 176 Voir *Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines*, art. 2.22 (2 avril 1992) (lorsque les entreprises sont différenciées selon leur capacité, elles diffèrent pour ce qui est de leur capacité d'influer sur les prix), réimprimé dans 4 *Trade Reg. Rep. (CCH)* ¶ 13, 104.
- 177 *Hearings*, *supra*, note 173, transcription à la p. 3308 (témoignage de F. M. Scherer); voir *Hearings* (déclaration écrite de Russell Wayman, p. 3) (« Clairement, le client est mieux servi en soutenant un régime dans lequel la meilleure défense de toute entreprise est de tenter d'aller plus vite que ses concurrentes »). [Traduction] Dans une veine semblable, Baumol et Ordover affirment que la législation antitrust peut influencer sur la rétribution relative de l'entrepreneuriat et de la monopolisation et, par conséquent, encourager le premier : « Dans la mesure (où la législation antitrust) empêche ou gêne la monopolisation ou réduit sa rentabilité, elle peut dissuader les entrepreneurs de participer à de tels projets et les inciter à réorienter leurs talents et leurs efforts vers des innovations susceptibles d'améliorer la production ». [Traduction] Baumol et Ordover, dans Jorde et Teece, *supra*, note 167, p. 91.
- 178 Dans certains cas, évidemment, cette forme d'exclusion pourrait favoriser le bien-être à long terme si elle protège la capacité d'un innovateur de s'approprier les avantages découlant de son innovation aux dépens des imitateurs. Mais comme il n'y a pas forcément de lien entre la possibilité de priver des concurrents de l'accès aux produits complémentaires et les situations où le système des brevets peut, en soi, se révéler inadéquat pour protéger la capacité qu'a l'innovateur de s'approprier les avantages découlant de son innovation, la possibilité qu'une restriction engendre des avantages sur le plan de l'efficacité semblerait constituer un argument en faveur de la doctrine de la règle de raison, que l'on retrouve dans les *lignes directrices*, plutôt que d'une règle de légalité *per se*.
- 179 Voir *supra*, note 172 et le texte d'accompagnement.
- 180 Témoignage de Timothy J. Regan, vice-président divisionnaire et directeur des Affaires publiques de la société Corning, Inc., devant le Comité des affaires juridiques de la Chambre des représentants, 9 mai 1995.
- 181 *Hearings*, *supra*, note 173 (déclaration écrite de Mark Rosenblum, p. 11, 14) (cité dans le rapport produit par le personnel de la FTC, *Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High-Tech, Global Marketplace*, 1996, ch. 6, p. 13 [ci-après « *Hearings Report* »]).
- 182 *Hearings*, *supra*, note 173, transcription, p. 510 (témoignage de Terence W. Faulkner) (cité dans *Hearings Report*, *supra*, note 181, ch. 6, p. 14).
- 183 *Hearings Report*, *supra*, note 181, ch. 6, p. 14, notes 66 et 67.

- 184 Lignes directrices de 1995, *supra*, note 3, art. 5.
- 185 Lignes directrices de 1995, *supra*, note 3, art. 2.0 et 2.3.
- 186 Voir l'analyse dans *supra*, note 36 et le texte d'accompagnement. Le professeur Baxter inverserait le sens de l'énoncé apparaissant dans le texte et recommanderait que les termes « horizontal » et « vertical » soient bannis du langage de la législation antitrust en faveur de « substituts » et de « compléments ». Commentaires du professeur William F. Baxter lors du Symposium des auteurs sur la politique de concurrence, les droits de propriété intellectuelle et l'intégration économique et internationale, tenu à Aylmer, Québec, le 13 mai 1996. Ce point de vue a beaucoup de mérite mais, dans le présent document, nous mettons l'accent sur la verticalité des relations entre des biens complémentaires plutôt que l'inverse, afin de relier l'analyse consacrée aux liens complémentaires, que l'on retrouve fréquemment dans le domaine de la propriété intellectuelle, avec la documentation abondante sur les restrictions verticales.
- 187 Voir, de façon générale, Posner, *supra*, note 165, et Bowman, *supra*, note 26.
- 188 Lignes directrices de 1995, *supra*, note 3, art. 4.1.1.
- 189 *Ibidem*; voir également Krattenmaker et Salop, *supra*, note 35, p. 242-248.
- 190 Voir la partie intitulée « Ventes liées et accords d'exclusivité » dans ce chapitre.
- 191 Lignes directrices, art. 3.3.
- 192 *Ibidem*, art. 3.1.
- 193 *United States v. Pilkington plc*, Civ. No. 94-345 (D. Ariz, déposé le 25 mai 1994); voir également Robert P. Taylor, « Pilkington, Microsoft and S.C. Johnson Signal a Policy Shift at DOJ », *Antitrust*, vol. 23, automne 1994.
- 194 Voir Lignes directrices de 1995, *supra*, note 3, art. 4.2.
- 195 1995-2 Trade Cases (CCH) ¶ 71,096 (décret sur consentement); voir également 59 Fed. Reg. 42,845 (19 août 1994) (énoncé d'impact sur la concurrence).
- 196 Voir *Antitrust Law Developments*, *supra*, note 135, p. 171-179. Un point de détail qui ne ressort peut-être pas tout à fait de la jurisprudence est que ces facteurs sont pertinents parce qu'ils permettent de mieux voir si les arrangements en cause réduisent la capacité des rivaux d'influer sur les prix et, ainsi, accroissent le pouvoir de marché du défendeur. Voir *infra*, notes 199-200 et le texte d'accompagnement.
- 197 *United States v. Microsoft Corp.*, 1995-2 Trade Cases ¶ 71,096 at 75,244-46 (D.D.C. 1995) (partie IV de l'ordonnance de consentement).
- 198 Énoncé d'impact sur la concurrence, p. 11, reproduit dans 59 Fed. Reg. 42,845 à 42,852 (19 août 1994).
- 199 Voir Krattenmaker et Salop, *supra*, note 36, p. 242-246.
- 200 Ainsi, s'il y avait un grand nombre de concurrents sur le marché des systèmes d'exploitation qui n'étaient pas exposés à une exclusion ou si l'entrée sur le marché des systèmes d'exploitation de concurrents non exposés à une exclusion était facile, Microsoft n'aurait pu profiter de cette exclusion. Voir Krattenmaker et Salop, *supra*, note 34, p. 236-238. Dans une industrie de réseaux où de petits avantages peuvent avoir de lourdes conséquences (voir, par exemple, Michael L. Katz et Carl Shapiro, « Systems Competition and Network Effects », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 8, 1994, p. 93, 105-107); il peut être moins difficile qu'autrement de profiter d'une exclusion.
- 201 *Supra*, note 194.
- 202 Voir, par exemple, *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 13-14 (1984) (« exigeant une certaine capacité spéciale – habituellement appelée " pouvoir

- de marché ” – pour forcer un acheteur à faire quelque chose qu’il n’aurait pas fait sur un marché concurrentiel »).[Traduction]
- 203 Voir, par exemple, *United States v. Jerrold Electronics Corp.*, 187 F. Supp. 545 (E.D. Pa. 1960), requête accueillie par la Cour, 365 U.S. 567 (1961); voir *International Salt Co. v. United States*, 322 U.S. 392, 398 (1947) (tenant compte d’une justification alléguée mais la rejetant à la lumière des faits).
- 204 Voir, par exemple, *Will v. Comprehensive Accounting Corp.*, 776 F.2d 665, 674 (7th Cir. 1985) (alternative holding), requête rejetée, 475 U.S. 1129 (1986); *Lignes directrices de 1995*, § 5.3; voir *Jefferson Parish*, 466 U.S., p. 32 (position partagée par quatre juges, différant de la majorité).
- 205 Voir, par exemple, *A.I. Root Co. v. Computer/Dynamics, Inc.*, 806 F.2d 673, 676-77 (6th Cir 1986); *Lignes directrices*, § 5.3; voir *Jefferson Parish*, 466 U.S., p. 32.
- 206 Voir *Northern Pac. Ry. v. United States*, 356 U.S. 1, 6 (1958); voir également, par exemple, *United States v. Loew’s, Inc.*, 371 U.S. 38, 49 (1962).
- 207 Voir *Bowman*, *supra*, note 26, p. 53-119, 140-182; *Bork*, *supra*, note 125, p. 365-381; Richard A. Posner et Frank H. Easterbrook, *Antitrust: Cases, Economic Notes, and Other Materials*, 2^e édition, 1981, p. 777-856.
- 208 Voir, par exemple, Michael D. Whinston, « Tying, Foreclosure, and Exclusion », *American Economic Review*, vol. 80, 1990, p. 837; Louis Kaplow, « Extension of Monopoly Power Through Leverage », *Columbia Law Review*, vol. 85, 1985, p. 515.
- 209 Whinston, *supra*, note 208, p. 854-855; voir *Hearings*, *supra*, note 173, p. 3549-3550 (témoignage de William F. Baxter : « Le seul cas où je reconnais l’existence d’un problème est lorsqu’un pouvoir de marché est établi de façon indépendante sur le marché adjacent, permettant de recueillir des rentes monopolistiques auprès de gens qui n’ont aucune demande sur le premier marché »).[Traduction]
- 210 *Will v. Comprehensive Accounting Corp.*, 776 F.2d, p. 674.
- 211 Voir, par exemple, Katz et Shapiro, *supra*, note 200, p. 94; Michael L. Katz et Carl Shapiro, « Network Externalities, Competition, and Compatibility », *American Economic Review*, vol. 75, 1985, p. 424.
- 212 *Hearings Report*, *supra*, note 181, ch. 9, p. 1.
- 213 *Supra*, note 209 et texte d’accompagnement.
- 214 Voir *Hearings*, *supra*, note 173, transcription, p. 3732 (témoignage de Richard Schmalensee).
- 215 Voir Carl Shapiro, sous-procureur général adjoint, *Antitrust in Network Industries*, conférence prononcée devant l’American Law Institute et l’American Bar Association, à San Francisco (CA.) (texte publié le 7 mars 1996), p. 27-31 (disponible auprès du Département de la Justice, Division Antitrust, Unité des procédures légales) (l’effet de levier peut permettre au dépositaire actuel de la norme d’étendre son contrôle sur la technologie de prochaine génération).
- 216 Pour qu’un accord de vente liée soit en soi illégal, il doit y avoir deux produits distincts. Dans *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 19-21 (1984), la Cour suprême a jugé que l’existence de deux produits distincts dépend du fait que l’arrangement a pour effet de lier deux produits distincts qui sont discernables aux yeux des acheteurs.
- 217 Voir *Brulotte v. Thys*, 379 U.S. 29 (1964); *American Securit Co. v. Shatterproof Glass Corp.*, 268 F.2d 769, 777 (3d Cir. 1959).
- 218 Voir *Baxter*, *supra*, note 26, p. 327.

- 219 *United States v. Electronic Payment Servs., Inc.*, 1994-2 Trade Cases (CCH) ¶ 70,796 (décret sur consentement).
- 220 Énoncé d'impact sur la concurrence, *United States v. Electronic Payment Servs., Inc.*, 59 Fed. Reg. 24,711 (12 mai 1994).
- 221 De fait, dans une ébauche antérieure du présent article, nous l'avions classé, pour d'aussi bonnes raisons, avec les revendications dénoncées dans *Walker Process*, parmi les cas où les conséquences négatives sur la concurrence découlent, non pas des restrictions rattachées aux licences, mais des circonstances entourant la création ou l'application des droits de propriété intellectuelle.
- 222 5 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 24,054 (20 mai 1996; acceptation finale du décret sur consentement).
- 223 *Dell*, Dkt. C-3658, Complaint ¶ 7.
- 224 *Dell*, Complaint ¶ 6.
- 225 En outre, dans la mesure où les actions de Dell ont mené à une fragmentation de la norme, les consommateurs des produits tant de Dell que de ses concurrents auraient vraisemblablement eu accès à une gamme réduite de produits complémentaires, réduisant ainsi l'attrait des produits de Dell et de ses concurrents. On peut présumer que la part de ce coût incombant à Dell n'était pas suffisamment élevée pour dépasser la probabilité de tirer une certaine rente du contrôle de la norme.
- 226 *Lignes directrices*, art. 5.5.
- 227 *Lignes directrices*, art. 3.3; voir également l'analyse dans *supra*, note 34 et le texte d'accompagnement.
- 228 *Lignes directrices*, art. 5.5.
- 229 Voir F. M. Scherer et David Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3^e édition, 1990, p. 489.
- 230 U.S. Department of Justice, *Merger Guidelines*, 1984 (ci-après « 1984 Merger Guidelines »), réimprimé dans 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,103. Comme dans le cas du problème de l'entrée à deux niveaux, il y a des principes limitatifs fondés sur la mesure dans laquelle la transaction accroît la nécessité d'une entrée à plusieurs niveaux, la mesure dans laquelle cette entrée est plus difficile que l'entrée à un seul niveau, ainsi que la mesure dans laquelle les marchés touchés sont exposés à une collusion ou une monopolisation. Il peut aussi être nécessaire de prendre en considération la possibilité que des éléments d'efficacité n'aient pu être aussi facilement obtenus par des moyens moins restrictifs.
- 231 Civ. No. 94-C-50249, (N.D. Ill., déposé le 4 août 1994).
- 232 Voir *supra*, note 213, 1984 Merger Guidelines, art. 4.13.
- 233 *Ibidem*, art. 4.133.
- 234 Voir Michael H. Riordan et Steven C. Salop, « Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, 1995, p. 513, 519-520.
- 235 198 F.2d 416 (10th Cir.), requête rejetée, 344 U.S. 837 (1952).
- 236 *Ibidem*, p. 423-424.
- 237 *Lignes directrices*, art. 3.2.3.
- 238 Voir, par exemple, allocation prononcée par le commissaire Roscoe B. Starek, III, devant le Barreau de la Floride, le 23 février 1996, *Innovation Markets in Merger Review Analysis: The FTC Perspective*; Richard J. Gilbert et Steven C. Sunshine, « Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, 1995, p. 569; « Symposium: A

- Critical Appraisal of the « Innovation Market » Approach », *Antitrust Law Journal*, vol. 64, 1995, p. 1.
- 239 Voir *Hearings Report*, *supra*, note 181, ch. 7; Richard T. Rapp, « The Misapplication of the Innovation Market Approach to Merger Analysis », *Antitrust Law Journal*, vol. 64, 1995, p. 37-46.
- 240 5 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 23,784 (14 juin 1995).
- 241 5 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 23,712 (14 février 1995), réouvert et modifié, 5 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 23,966 (16 janvier 1996).
- 242 5 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 23,914 (8 février 1996).
- 243 Hoechst AG, 5 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 23,895 (5 décembre 1995).
- 244 *Food, Drug & Cosmetic Act*, § 505, 21 U.S.C. § 355 (1988 et 1993 Supp.)
- 245 *Sensormatic Elecs Corp.*, 5 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 23,742 (5 décembre 1995).
- 246 *United States v. General Motors Corp.*, Civ. No. 93-530 (D. Del. déposé le 16 novembre 1993), résumé dans 6 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 45,093 (Case 4027).
- 247 *Ibidem*, Complaint ¶¶ 35-45.
- 248 *Lignes directrices de 1995*, *supra*, note 3, art. 3.2.3.

REMERCIEMENTS

LES AUTEURS TIENNENT À SIGNALER AVEC GRATITUDE le travail d'assistance de Recherche de Ramsen Betfarhad ainsi que les commentaires utiles des professeurs William F. Baxter et Timothy P. Daniel sur une ébauche antérieure de la présente étude. Les opinions exprimées dans ce texte sont uniquement celles des auteurs et ne représentent pas nécessairement les opinions de la Federal Trade Commission ou de tout commissaire à titre individuel.

Commentaire

William Baxter
Université Stanford

CETTE ÉTUDE EST TRÈS BIEN RÉDIGÉE et ne laisse voir que peu de points faibles. Toutefois, j'ai été surpris de constater l'accent mis sur les premières causes et sur le raisonnement sous-tendant les jugements rendus. Je ne partage pas le point de vue selon lequel l'économique a joué un rôle important dans ces jugements. En réalité, les tribunaux n'ont pas toujours bien saisi la situation. Rien dans les mémoires, les jugements ou les déclarations des juges ne laissent penser que leurs jugements étaient fondés sur des principes économiques.

Plutôt, le raisonnement suivait une démarche métaphysique, où l'on convertit des notions abstraites en éléments pseudo-tangibles qui peuvent être représentés en termes matériels plutôt qu'intellectuels. Cela est vrai des meilleurs d'entre eux : j'ai lu plusieurs des jugements de Louis Brandeis parce qu'il avait la réputation d'être un grand penseur dans ce domaine. Ses jugements ne sont pas meilleurs que ceux de la plupart des autres. Je pense, par exemple, aux jugements rendus dans la cause *Chicago Board of Trade*, qui n'a aucun sens du début à la fin. Dans une autre cause, moins connue, le juge Brandeis parle du coût du capital dans le processus d'établissement des tarifs des services publics, en l'occurrence la cause *Southwest*. Sa confusion au sujet du marché des titres d'emprunt et de celui des actions et du comportement des taux d'intérêt dans diverses circonstances est vraiment pénible.

La loi affirmait que chaque contrat ayant pour effet de restreindre le commerce était illégal et dans les toutes premières causes, les tribunaux ont eu tendance à lui donner une interprétation littérale. Ils ont tôt fait de se rendre compte que cela ne convenait pas : puisque le rôle de tout contrat est de restreindre la liberté des parties d'exercer leur pouvoir discrétionnaire, tout contrat interprété de façon littérale constituerait une restriction illégale au commerce. Il a fallu un certain nombre d'années avant que l'on parvienne à se sortir de cette contrainte intellectuelle. L'étude est quelque peu trompeuse en laissant penser que les juges passaient leurs soirées à lire J. B. Clark mais qu'ils n'avaient pas encore réussi à bien départager les choses.

Un aspect important de la propriété intellectuelle qui n'a pas été suffisamment souligné a trait à la discrimination au niveau des prix. Dans les industries tributaires de l'information, la grande majorité des coûts ont déjà été engagés lorsqu'un produit devient disponible; le coût supplémentaire d'une utilisation additionnelle et le coût marginal sont essentiellement nuls. Le coût moyen est encore assez élevé étant donné que les coûts importants engagés au début doivent être récupérés quelque part. Nous sommes donc placés devant la question suivante : quelle devrait être la structure de prix dans ces circonstances? Bien sûr, la réponse est une structure de prix à la Ramsey.

Quiconque reconnaît une valeur à la propriété intellectuelle devrait y avoir recours parce que le coût social lié à l'utilisation incrémentale de cette forme de propriété est égal à zéro. Par conséquent, la structure optimale comprend des éléments qu'il conviendrait d'appeler une forme de discrimination par les prix; pourtant, c'est cette discrimination par les prix qui est optimale dans les circonstances. Il serait sérieusement inopportun d'interdire la différenciation au niveau des prix dans le contexte de la propriété intellectuelle.

Enfin, je voudrais faire un commentaire sur un point de procédure qui, je l'espère, sera mentionné quelque part dans le document. Je pense que la plupart d'entre nous conviendraient que l'effort requis pour trancher les causes antitrust de manière à atteindre l'efficacité ou l'optimalité globale est tout à fait au delà de nos aspirations raisonnables. De fait, nous argumentons au sujet de la nature des éléments des motifs d'action ou de revendication, des éléments de défense

que l'on peut invoquer, des éléments de justification que les plaignants peuvent faire valoir en réponse à ces défenses et combien d'éléments différents nous allons prendre en considération et sur lesquels nous allons nous prononcer avant de dire : c'est assez. C'est là une activité très coûteuse.

Non seulement devons-nous décider quant il faut arrêter de permettre que l'on invoque des justifications et des théories supplémentaires, nous devons aussi faire la distinction entre les probabilités et les simples possibilités. À titre d'exemple, il se pourrait bien que lorsqu'un producteur modifie un produit, le client marginal est satisfait par la modification tandis que le client moyen est soit indifférent soit hostile au changement. Mais, si de telles choses peuvent arriver, nous devons être en mesure d'établir si elles sont ou non probables. Le simple fait qu'elles peuvent se produire ne constitue pas une justification pour restreindre la liberté des producteurs d'apporter des modifications à leurs produits en réponse à leurs perceptions de la demande.

Je voudrais voir les juges qui entendent les causes antitrust choisir à leur discrétion une ou deux questions à résoudre à l'étape initiale du procès. Après avoir résolu un ensemble de questions, si la cause elle-même n'est pas encore résolue, le procès peut se pencher sur une deuxième série de questions. En d'autres termes, j'instaurerais ce que j'appelle le « procès par intermèdes » : une ou deux semaines en cour, une ou deux semaines à préparer les deux semaines suivantes du procès, et ainsi de suite.

Certaines causes en droit administratif ont été entendues de cette façon aux États-Unis, notamment lors des audiences du *Civil Aeronautics Board* sur l'attribution de nouvelles liaisons à un groupe de transporteurs. Les solutions dans ce cas sont fortement interdépendantes. Ainsi, vous ne pouvez accorder à la société Delta la liaison Charlotte-Miami sans tenir compte du fait que la société TWA dessert déjà la liaison Orlando-Richmond. Vous devez résoudre une partie de l'énigme avant de pouvoir même réfléchir utilement à la prochaine partie. Les procès par intermède sont apparus comme une solution à ce problème et ils ont donné des résultats raisonnablement bons. Je pense qu'ils donneraient aussi de bons résultats dans les causes antitrust.

Une autre aspiration valable, bien que politiquement difficile, serait de se défaire des procès par jury dans les causes antitrust. Ils n'ont absolument aucune logique. Au fil des semaines que peut durer un procès, les jurys ont de plus en plus de difficulté à discerner l'objet véritable de la cause.

Enfin, Tom et Newberg examinent une épineuse question qui se pose au moment de résoudre certaines causes de propriété intellectuelle – notamment celle qui ont trait à la priorité d'invention : les technologies sont-elles indépendantes ou s'agit-il d'une seule technologie ? La difficulté surgit lorsque les parties se présentent bras dessus bras dessous en disant : « Eh bien, votre Honneur, nous sommes parvenus à nous entendre : la nature du règlement est que toutes les parties peuvent légitimement faire valoir une certaine protection et que chacune y trouvera son compte ». Un tel règlement pourrait très bien ressembler à un cartel. Mais il est presque impossible de dire aux parties : « Non, vous

ne pouvez vous entendre, vous devez poursuivre le litige ». Peut-être serait-il utile d'avoir une loi précisant que le gouvernement doit être avisé de tout règlements de ce genre et qu'il pourrait, à sa guise, se substituer au plaignant afin de poursuivre le litige, même lorsque ce dernier souhaite en arriver à un règlement. On pourrait ainsi profiter du cheminement déjà parcouru dans l'audition de l'affaire, ce qui pourrait constituer la meilleure façon de régler ces causes.



Droits de propriété intellectuelle et segmentation du marché international dans la zone de libre-échange nord-américaine

INTRODUCTION

IL EST DE PLUS EN PLUS RECONNU que les droits de propriété intellectuelle (DPI) et la politique de concurrence ont des conséquences pour le commerce international et l'intégration économique. Les DPI comptent parmi les facteurs importants entrant dans les stratégies des entreprises en matière de R-D, de commerce, de production intérieure et d'investissement à l'échelle internationale¹. La politique de concurrence influe directement sur les décisions prises au sujet des fusions et des alliances stratégiques nationales et transnationales, de la production, de la distribution et des canaux de commercialisation, ainsi que les modalités de transfert de technologie. L'incidence de la propriété intellectuelle (PI) et de la politique de concurrence sur le commerce international et l'investissement transpire à la fois de l'Accord de libre-échange nord-américain² et des délibérations récentes au niveau multilatéral³.

Un aspect important du débat sur la propriété intellectuelle, la concurrence et le commerce international est celui de l'utilisation des droits de propriété intellectuelle pour segmenter les marchés internationaux. À des degrés divers, les lois de la plupart des pays en matière de PI permettent aux détenteurs de droits d'exclure les versions étrangères concurrentes de leurs produits, même lorsque ces versions sont fabriquées légitimement en vertu de la législation sur la PI de ces pays⁴. La capacité de segmenter les marchés peut, dans certains cas, aider à prévenir les problèmes d'opportunisme et faciliter l'établissement de systèmes de distribution efficaces⁵. Elle peut aussi faciliter la discrimination par les prix à l'échelon international⁶. La segmentation des marchés en vertu des lois sur la PI peut aussi influencer sur d'autres variables, telles que le degré de concurrence dans certaines industries et l'incitation à lancer sans délai de nouveaux produits et procédés de production dans certains pays en particulier.

La justification des mesures de protection contre les importations, en vertu des DPI, semble varier, dans une certaine mesure, parmi le divers types de droits. Ainsi, les préoccupations au sujet de la préservation de l'achalandage associé à une appellation commerciale s'appliquent davantage aux biens protégés par une marque de commerce, bien qu'elles puissent aussi intervenir, dans certains cas, pour des biens brevetés ou d'autres catégories de biens protégés en vertu de DPI. Le droit d'exercer un contrôle sur les importations, conféré par la législation sur les brevets, peut contribuer à stimuler la fabrication de produits brevetés sur le marché intérieur. Le rôle que peuvent jouer ces droits en permettant aux entreprises de pratiquer une discrimination par les prix à l'échelon international semble recouper tous les types de PI.

Une certaine capacité d'exclure les versions étrangères concurrentes peut être essentielle au maintien de normes de protection souhaitables, notamment dans le cas des brevets. À titre d'exemple, en l'absence d'autres moyens de segmenter les marchés internationaux, les biens fabriqués en vertu de régimes qui prévoient une durée de brevet plus courte pourraient être vendus librement dans les pays qui souhaitent maintenir des normes plus élevées. En conséquence, la durée effective de la protection accordée par le brevet aurait tendance à s'aligner sur la période la plus courte applicable au bien en cause dans le monde. La nécessité de maintenir des normes de protection acceptables au niveau national gêne probablement l'élimination systématique, dans un contexte multilatéral, des droits de contrôle des importations présents dans la législation sur les brevets compte tenu des disparités actuelles dans les normes de base (notamment entre les pays développés et les pays moins développés)⁷.

Ces considérations ne sauraient toutefois justifier un pouvoir d'exclusion de produits étrangers légitimes en toutes circonstances. Ainsi, dans le contexte d'un libre-échange régional ou d'initiatives d'intégration économique, les pays auraient peut-être avantage, sur le plan du bien-être, à supprimer le pouvoir d'exclure des produits protégés par des DPI qui sont fabriqués dans d'autres pays de la région, tout en adoptant des normes uniformes de protection de la PI. Bien que cela ne soit pas (du moins à l'heure actuelle) envisagé dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain, cette tendance ressort de la politique d'« épuisement » des DPI en vigueur dans la Communauté européenne. En vertu de cette politique, les articles fabriqués légitimement qui intègrent des DPI et qui sont mis en marché dans un État membre peuvent circuler librement dans la Communauté⁸. On peut se demander si une telle politique serait souhaitable dans le contexte de l'ALENA⁹.

En envisageant cette possibilité, il est utile de signaler que les inquiétudes au sujet de la pratique de la différenciation des prix pour les produits protégés par la législation sur la PI sont apparues, à diverses reprises, dans les débats sur la politique économique au Canada. Ainsi, dans les années 60, une vaste enquête entreprise par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce a mené à la conclusion que les prix des médicaments brevetés au Canada étaient plus élevés que ceux observés dans d'autres grands pays industrialisés¹⁰.

Ce rapport a joué un rôle clé en vue de l'adoption subséquente de dispositions législatives visant à faciliter l'accès aux licences obligatoires de fabrication et d'importation de médicaments brevetés¹¹. Plus récemment, des préoccupations se sont exprimées au sujet de l'utilisation des droits inhérents aux marques de commerce pour interdire l'importation de versions à moindre prix de produits de consommation vendus sous un appellation commerciale (par exemple le ketchup Heinz) des États-Unis au Canada¹². Par ailleurs, du moins en ce qui a trait aux biens brevetés, la capacité de segmenter les marchés peut assurer la disponibilité de produits qui, autrement, ne seraient pas offerts au Canada¹³.

En réfléchissant à ces questions, il est utile de se demander si l'application des lois sur la concurrence aux licences et aux autres ententes contractuelles limitent le commerce international. Selon la sphère législative et d'autres facteurs, le droit de la concurrence peut s'appliquer directement aux accords de licence de nature restrictive qui vont au delà des droits explicitement conférés par les lois sur la PI. À titre d'exemple, le décret de consentement imposé par les tribunaux américains dans l'affaire *Pilkington*, en 1994, traitait explicitement des conditions restrictives, dont des restrictions territoriales intégrées aux licences accordées sur les brevets de la technologie du verre flotté¹⁴. De même, le traitement des restrictions contractuelles a des conséquences particulières pour l'application du principe de l'épuisement. Dans la mesure où les détenteurs de DPI peuvent facilement substituer des restrictions contractuelles au droit de contrôler les importations inhérent à la législation sur la PI, l'incidence du principe de l'épuisement serait réduite. L'application du droit de la concurrence à ces restrictions conditionne cette possibilité¹⁵.

Dans le présent document, nous examinons divers aspects théoriques et empiriques et divers enjeux de politique liés à la segmentation des marchés dans le cadre de la législation sur la propriété intellectuelle. Cela englobe un examen du traitement des licences et d'autres restrictions contractuelles sur le commerce international en vertu des lois canadiennes et américaines sur la concurrence. Nous nous penchons également sur les avantages et les inconvénients de diverses initiatives axées sur la segmentation des marchés, y compris l'adoption du principe de l'épuisement des DPI dans la zone de libre-échange nord-américaine. L'accent est mis principalement sur la segmentation des marchés et l'épuisement pour les biens protégés par des brevets et des marques de commerce, sans aborder le cas des droits d'auteur.

Le reste de l'étude est structuré comme suit. Dans la première partie, nous examinons les répercussions économiques de la segmentation des marchés en vertu des lois sur la PI. Nous évaluons ensuite le degré de protection des importations actuellement offert par ces lois au Canada et aux États-Unis.

Dans la partie suivante, nous examinons l'application de la politique de concurrence aux restrictions contractuelles visant le commerce international que l'on retrouve dans les licences et les autres ententes conclues entre des entreprises aux États-Unis et au Canada. Vient ensuite une analyse de la notion d'épuisement telle qu'appliquée dans l'Union européenne (UE) et des aspects

connexes du droit de la concurrence dans l'UE. Dans l'avant-dernière partie, nous abordons une série de considérations pratiques que soulèverait une politique d'épuisement des DPI au sein de l'ALENA. Enfin, dans la dernière partie, nous présentons un certain nombre d'observations en guise de conclusion.

LES RÉPERCUSSIONS ÉCONOMIQUES DE LA SEGMENTATION DU MARCHÉ INTERNATIONAL À L'AIDE DES DPI

DANS CETTE PARTIE, NOUS PASSONS EN REVUE les diverses justifications et les répercussions, sur le plan du bien-être, de la segmentation du marché international que l'on retrouve dans les travaux publiés en économie¹⁶. Nous examinons les facteurs de nature privée qui pourraient inciter à la segmentation internationale des marchés et les conséquences de ces facteurs sur le bien-être économique. Ces facteurs englobent la discrimination par les prix à l'échelon international, la prévention des problèmes d'opportunisme dans le cas des investissements localisés, ainsi que la facilitation de la collusion tacite. Nous examinons aussi des études empiriques consacrées à diverses explications des importations parallèles. Enfin, nous traitons des conséquences de la segmentation du marché international par le jeu des DPI pour les gains découlant des échanges et la mesure dans laquelle les dispositions contractuelles peuvent être un substitut acceptable pour les DPI en garantissant un degré de contrôle efficient sur le commerce des biens protégés par des DPI.

FACTEURS D'INCITATION PRIVÉS À LA SEGMENTATION DU MARCHÉ INTERNATIONAL ET CONSÉQUENCES SUR LE PLAN DU BIEN-ÊTRE

Différenciation des prix au niveau international

La possibilité pour le détenteur original de DPI de segmenter le marché international au moyen de licences lui donne la possibilité de pratiquer une discrimination par les prix au troisième degré¹⁷. De façon générale, trois conditions doivent être respectées pour qu'une entreprise puisse pratiquer cette forme de discrimination par les prix¹⁸. Premièrement, l'entreprise doit exercer un pouvoir sur le marché. Autrement, elle ne peut exiger des consommateurs plus que le prix concurrentiel. Deuxièmement, les consommateurs doivent différer quant à leur volonté de payer (mesurée par les élasticités de la demande) pour le produit de l'entreprise et cette dernière doit pouvoir répartir les consommateurs en marchés différents selon les élasticités de la demande. Enfin, l'entreprise doit pouvoir empêcher ou limiter la revente sur les marchés où le prix est plus élevé des produits provenant des marchés où le prix est moins élevé. La libre circulation des biens entre les marchés permettrait un arbitrage des écarts de prix qui pourraient exister.

Ces trois conditions seront souvent présentes dans le cas des biens intégrant des DPI. Premièrement, les brevets (et les droits d'auteur) confèrent, par définition, des droits exclusifs sur la fourniture de biens particuliers¹⁹. La plupart des produits de marque visés par les lois sur les marques de commerce, de par leur nature, confèrent au moins un degré modeste de pouvoir sur le marché²⁰. Deuxièmement, les élasticités-prix des consommateurs pour les biens intégrant des DPI varient souvent d'un pays à l'autre. En général, dans les pays où le revenu est relativement élevé, la demande des biens de luxe, tels que les cosmétiques, les parfums et les produits électroniques, est plus inélastique. Enfin, les DPI et d'autres instruments peuvent donner à un fabricant l'instrument juridique nécessaire pour segmenter le marché international en excluant les importations parallèles.

Pour optimiser ces prix en présence d'une discrimination au troisième degré, le fabricant (détenteur de DPI) demandera davantage sur les marchés où l'élasticité de la demande est faible relativement aux autres marchés. À l'opposé, s'il est forcé de pratiquer un prix uniforme sur tous les marchés (comme ce pourrait être le cas si l'on appliquait le principe de l'épuisement), le prix uniforme sera supérieur au prix demandé aux consommateurs sur les marchés où l'élasticité est grande dans un contexte de discrimination, mais il ne serait pas supérieur au prix exigé sur les marchés où l'élasticité est faible.

Les conséquences de la discrimination par les prix au troisième degré, sur le plan du bien-être économique, peuvent être examinées sous au moins deux angles : a) en déterminant qui est avantagé et qui est désavantagé par la discrimination et b) en examinant ses effets sur le bien-être économique général.

En ce qui a trait aux gains et aux pertes, les fabricants sont manifestement mieux servis s'ils peuvent pratiquer une discrimination par les prix, par rapport à une situation de prix uniforme, parce que, dans la pire des hypothèses, ils peuvent toujours imposer le prix uniforme sur chaque marché. Les pays dont les marchés ont une faible élasticité sont désavantagés lorsqu'il y a discrimination (ils doivent payer un prix plus élevé pour le bien) et sont avantagés par une politique de prix uniforme. Les pays dont les marchés affichent une élasticité élevée paieront généralement des prix inférieurs et, par conséquent, préféreront un régime de différenciation des prix.

Bien entendu, les effets de la discrimination par les prix pour les produits intégrant des DPI dans chacun des pays concernés dépendront aussi d'autres facteurs tels que la propriété des DPI. Si un pays a un nombre important de détenteurs de DPI, il peut préférer la discrimination par les prix au principe de l'épuisement parce que les profits plus élevés que toucheront les détenteurs de DPI compenseront pour les prix plus élevés demandés aux consommateurs.

De façon générale, les effets de la discrimination par les prix au troisième degré sur le bien-être économique général sont ambigus²¹. Néanmoins, il y a de bonnes raisons de penser que, dans certaines circonstances, la capacité d'exercer une différenciation des prix sur les marchés de chacun des pays pourrait procurer

des avantages importants. Ainsi, cela pourrait inciter les entreprises à approvisionner des marchés qui, autrement, ne le seraient pas²².

Malueg et Schwartz ont analysé la façon dont les effets de la discrimination par les prix sur le bien-être total varient selon le degré de dispersion de la demande sur le marché international (c'est-à-dire la mesure dans laquelle les élasticités de la demande diffèrent entre les pays visés)²³. Si la dispersion internationale de la demande est suffisamment faible, l'application d'un prix uniforme se traduira par un degré plus élevé de bien-être global par rapport à une stratégie de discrimination²⁴. À l'opposé, si la dispersion internationale de la demande est suffisamment grande, le bien-être global est plus élevé en vertu d'un régime de discrimination par les prix que dans le cas d'un prix uniforme. Cela traduit le fait qu'avec un prix uniforme, à mesure qu'augmente le degré de dispersion internationale de la demande, certains marchés (ceux où l'élasticité de la demande est la plus élevée) ne seront pas desservis. Lorsque le niveau de dispersion de la demande est suffisamment élevé, la perte d'efficacité attribuable à la baisse de la production totale surpasse le gain découlant de la mauvaise répartition de la production (le bien-être global est plus élevé sous un régime de discrimination par les prix)²⁵.

Malueg et Schwartz examinent également les répercussions sur le bien-être global de ce qu'ils appellent les « systèmes mixtes » de segmentation du marché international. Dans un système mixte, les pays sont segmentés en groupes désignés (par exemple en blocs commerciaux) et des prix différents sont pratiqués entre ces groupes mais non au sein de ceux-ci. En d'autres termes, le principe de l'épuisement s'appliquerait au sein des blocs commerciaux, mais les fabricants pourraient se servir de leurs DPI pour faciliter une différenciation des prix entre les blocs. Ces systèmes mixtes permettent de conserver les avantages de la discrimination en desservant tous les pays, tout en limitant les pertes de bien-être découlant d'une mauvaise répartition des ressources. Il s'ensuit donc que les gains découlant de l'application du principe de l'épuisement seront vraisemblablement plus élevés dans le contexte de blocs commerciaux régionaux ayant des élasticités de la demande relativement similaires²⁶.

Investissements localisés et prévention de l'opportunisme

Une autre raison importante invoquée pour justifier la segmentation des marchés au niveau international est la nécessité d'encourager les distributeurs établis sur les marchés nationaux à investir dans des éléments d'actif localisés qui accroissent la valeur du produit d'un fabricant et préviennent l'exploitation opportuniste de ces investissements. (Ceux-ci peuvent comprendre des investissements axés sur la réputation ou l'achalandage associé au produit ou à l'entreprise, la qualité du produit et le développement de nouveaux produits.)

Un distributeur local peut posséder un avantage sur le plan des coûts ou de l'information en faisant des investissements localisés. Ainsi, il peut être moins coûteux pour un distributeur de recueillir des renseignements sur les conditions du marché local; il peut aussi être mieux placé pour interpréter et évaluer les sens de ces renseignements en vue de vendre le produit du fabricant sur le marché local. Dans ces conditions, il peut être plus efficace pour le fabricant de céder sous licence ses DPI à des distributeurs locaux plutôt que d'avoir une organisation unique distribuant les produits en question dans tous les pays.

Lorsqu'un distributeur fait des investissements localisés, il peut créer une occasion pour des distributeurs étrangers autorisés ou des importateurs parallèles d'exploiter de façon opportuniste ses investissements²⁷. En outre, il se peut qu'un distributeur étranger autorisé n'ait pas à engager les mêmes dépenses que le distributeur local qui envisage de faire de tels investissements²⁸. Le distributeur étranger peut donc être incité à détourner une partie de sa production vers le marché du producteur local en l'offrant à un prix supérieur à son coût marginal mais inférieur au prix établi par le distributeur local et, ainsi, accaparer une partie du marché du producteur local.

De façon plus générale, cette forme d'opportunisme présente un problème lorsque les distributeurs locaux ne sont pas rétribués de façon distincte pour leurs investissements localisés, mais qu'ils se trouvent compensés pour ces investissements uniquement lorsqu'ils vendent le produit. Si un distributeur ne peut réaliser la totalité des avantages que procure son investissement (en raison d'importations parallèles, par exemple), il sera incité à réduire ses investissements et il n'y aura aucune hausse de la valeur du produit du fabricant. Par conséquent, s'il y a un problème d'opportunisme, les bénéfices que réalise le fabricant sont moins élevés.

En termes de bien-être des consommateurs, la possibilité de prévenir l'opportunisme en pratiquant une segmentation du marché international sera habituellement profitable pour les consommateurs. En l'absence de segmentation des marchés, il y aura peu, sinon aucun, investissement dans des éléments d'actif localisés de la part des distributeurs locaux. En conséquence, le consommateur ne profitera pas des mêmes niveaux de variété et de qualité des produits, des services et de l'information que s'il y avait segmentation des marchés. Puisque tant les consommateurs que les producteurs profitent de la segmentation des marchés, le bien-être global est plus élevé.

Adaptation des produits aux marchés nationaux et substitution

Les préférences en matière de qualité et de variété des produits varient souvent d'un pays à l'autre. Lorsque les préférences diffèrent entre pays, un producteur national pourra posséder de meilleurs renseignements au sujet des préférences des consommateurs locaux en matière de qualité et de variété que le détenteur

des DPI. Le producteur national peut aussi être en mesure de modifier plus rapidement le produit pour tenir compte de l'évolution des préférences que ne pourrait le faire un fabricant dont les opérations sont centralisées. Lorsque le producteur national possède de tels avantages, le détenteur des DPI peut juger qu'il est plus efficace de céder sous licence des droits de production à ce producteur et l'inciter à faire des investissements localisés, orientés vers la combinaison appropriée de qualité et de variété des produits.

Lorsque le produit d'origine assorti de DPI diffère d'un pays à l'autre en fonction des préférences locales, cela ouvre la porte à des comportements opportunistes. Un écart de prix peut exister entre les pays pour tenir compte du niveau de prix que les consommateurs sont prêts à payer pour les produits spécialisés. La présence de prix différents dans différents pays peut inciter des opérateurs parallèles à importer d'un pays étranger un produit autorisé pour le substituer au produit local. Cette « substitution » peut engendrer de la confusion parmi la clientèle quant aux caractéristiques du produit et nuire à la réputation des produits que distribue le producteur local. Le producteur local peut réagir à cette substitution en réduisant les investissements qu'il est prêt à faire au niveau de la qualité et de la variété. Si tous les distributeurs réagissent de cette façon, il n'y aura éventuellement qu'un seul produit de même qualité.

Faciliter la collusion tacite

La segmentation des marchés par le truchement des DPI n'implique habituellement pas de collusion au sens d'une entente horizontale visant à limiter la concurrence entre des parties par ailleurs indépendantes. Plutôt, dans la plupart des cas, les détenteurs des droits sur des inventions particulières ou d'autres formes de propriété intellectuelle feront partie d'une seule entreprise ou seront les cessionnaires d'une entreprise commune. En ce sens, les arguments en faveur de l'interdiction de la segmentation des marchés à l'aide de DPI parce que cette pratique serait en soi anticoncurrentielle, sont mal fondés. Par contre, les accords de licence qui ne sont autre qu'un stratagème pour dissimuler une entente horizontale de partage du marché pourraient bien constituer des complots criminels²⁹.

La capacité de segmenter les marchés à l'échelle internationale grâce aux DPI pourrait par ailleurs être un moyen de faciliter la collusion tacite. Lorsqu'il y a une concurrence inter-marques entre des détenteurs de DPI offrant des produits semblables, ces derniers peuvent être incités à segmenter le marché international de façon à atténuer la concurrence inter-marques et à maintenir leurs rendements *supraconcurrentiels*.

Un exemple d'entente de ce genre est celui où une entreprise travaillant à la mise au point d'une nouvelle technologie qui rivalise avec une technologie existante est incitée à conclure plutôt un accord de licence visant la technologie existante. Cela peut avoir pour effet de supprimer l'utilisation de la nouvelle

technologie concurrente. Cependant, étant donné que la technologie n'a pas encore été mise au point, il n'y a pas d'échange explicite de DPI qui permette d'assujettir clairement cette pratique à la législation sur la concurrence³⁰.

Une autre préoccupation pourrait surgir lorsque la collusion implique des détenteurs de licences ou des distributeurs et non les détenteurs des DPI. En d'autres termes, les détenteurs de licences et les distributeurs, tout comme les détenteurs de DPI, peuvent posséder un certain pouvoir de marché. On peut faire valoir que ce pouvoir de marché peut servir à obtenir des territoires exclusifs auprès du détenteur des DPI même lorsque ce dernier souhaite susciter une certaine concurrence intra-marque.

Parmi les autres moyens qui permettent de faciliter de tels complots, il y a la séparation des domaines d'exploitation visés par les DPI ou les ententes de partage de rentes. Sous l'angle des politiques, ces arrangements devraient être assujettis à des sanctions appropriées en vertu des lois sur la concurrence.

Données empiriques sur les causes des importations parallèles

Les données empiriques n'indiquent pas de façon irréfutable que les importations parallèles constituent une réponse aux occasions d'opportunisme qui peuvent s'offrir ou aux possibilités d'arbitrage engendrées par la différenciation des prix à l'échelon international. Ainsi, certaines données indiquent que le « transfert incomplet » serait une pratique assez courante³¹. Le transfert incomplet ouvre la porte à l'arbitrage international lorsque les prix à l'importation, mesurés dans la devise du pays de destination, ne diminuent pas de façon proportionnelle à l'appréciation de cette devise. La présence d'une telle pratique viendrait corroborer l'opinion selon laquelle la discrimination par les prix au niveau international est à l'origine des importations parallèles. Mais la corrélation entre les importations parallèles et les fluctuations du taux de change de la devise du pays d'importation pourrait aussi s'expliquer en invoquant l'hypothèse de l'opportunisme. En particulier, une appréciation de la devise du pays de destination pourrait engendrer des écarts entre le coût de fabrication dans le pays d'origine des importations et le prix observé dans le pays de destination. Cela pourrait accroître les possibilités d'exploitation opportuniste³². De même, certaines données indiquent que les biens faisant l'objet d'importations parallèles sont principalement des biens de consommation de marque (c'est-à-dire des biens qui nécessitent d'importants investissements promotionnels)³³. Cela viendrait appuyer l'explication axée sur le comportement opportuniste. Mais ces données pourraient aussi corroborer l'explication fondée sur la discrimination par les prix. Les biens de consommation de marque sont pour la plupart hautement différenciés, de sorte que leurs fabricants possèdent généralement un certain pouvoir de marché. Ce pouvoir de marché permet une discrimination par les prix à l'échelon international.

Si les données empiriques sur les causes générales des importations parallèles ne permettent pas de tirer des conclusions définitives, il n'en reste pas

moins que beaucoup de preuves ont été amassées pour montrer que les fabricants pratiquent la discrimination par les prix à l'échelon international³⁴. Dans une étude sur les importations parallèles dans l'économie américaine, Hilke a est arrivé à la conclusion que la discrimination par les prix en tant qu'explication des importations parallèles était plus compatible avec les preuves disponibles que les autres explications telles que celle d'un comportement opportuniste³⁵.

Seules quelques études se sont intéressées aux écarts de prix généraux en Amérique du Nord parmi les biens protégés par des DPI. Ces études ont pour la plupart abouti à la conclusion qu'en moyenne, les prix au Canada pour une vaste gamme de produits étaient semblables aux prix moyens observés aux États-Unis. À titre d'exemple, dans une étude réalisée en 1987 sur les prix de détail suggérés pour des produits chimiques industriels au Canada et aux États-Unis, Globerman a constaté que les prix au Canada étaient inférieurs dans la plupart des cas lorsqu'il y avait un écart de prix entre les deux pays. Cependant, le prix moyen au Canada pour l'ensemble des produits examinés était légèrement supérieur au prix moyen observé aux États-Unis³⁶. Une étude effectuée en 1976 sur les prix de 79 produits de consommation brevetés, au Canada et aux États-Unis, a révélé que si les prix au Canada étaient, en moyenne, de 2 à 3 p. 100 supérieurs, l'écart de prix n'était pas statistiquement significatif³⁷.

Dans une étude réalisée en 1981, Blomqvist et Lim ont observé une différence significative entre les prix des livres au Canada et aux États-Unis³⁸. L'étude révèle que le ratio des prix de détail moyens au Canada et aux États-Unis pour une vaste gamme de livres variait entre 1,06 et 1,08. Il faut toutefois signaler que dans une étude antérieure où ils avaient comparé les prix des disques au Canada et aux États-Unis, ces auteurs avaient observé que le prix de détail suggéré au Canada était en moyenne inférieur à 90 p. 100 du prix de détail suggéré aux États-Unis³⁹.

En somme, les données empiriques visant à démontrer que les importations parallèles constituent une réponse à des occasions d'opportunisme ou d'arbitrage engendrées par la différenciation des prix à l'échelon international ne sont pas concluantes. Qui plus est, les écarts de prix pour les biens visés par des DPI en Amérique du Nord ne semblent pas significatifs lorsque mesurés pour une catégorie entière.

LA SEGMENTATION DES MARCHÉS AU NIVEAU INTERNATIONAL AU MOYEN DES DPI ET LES GAINS DÉCOULANT DES ÉCHANGES

EN ÉVALUANT LES EFFETS GLOBAUX SUR LE BIEN-ÊTRE de la segmentation des marchés au moyen de DPI, il importe également d'envisager les conséquences possibles sur les gains tirés des échanges. Comme Anderson et coll. l'ont souligné, si l'on affirme souvent que le pouvoir d'exercer un contrôle sur les importations en vertu de DPI a des effets semblables aux tarifs et aux barrières non tarifaires classiques⁴⁰, la comparaison est trompeuse. Notamment, les bar-

rières tarifaires et non tarifaires classiques sont des instruments non discrétionnaires qui s'appliquent habituellement à l'ensemble des importations, peu importe l'identité de l'importateur. Elles ne peuvent donc être appliquées (ou levées) de façon différenciée à l'égard des échanges qui mettent en cause des entreprises ayant des liens contractuels ou d'autres liens commerciaux⁴¹.

Par contre, l'exercice du droit de contrôler les importations inhérent aux DPI relève du pouvoir discrétionnaire du détenteur des droits. Par conséquent, ce dernier a toute liberté de s'adonner lui-même au commerce ou de structurer ses licences ou d'autres accords de manière à interdire aux détenteurs de licences d'exporter le produit. À titre d'exemple, contrairement au fabricant dont les produits sont assujettis à des tarifs élevés, le détenteur de DPI est libre de rationaliser ses activités de production en fabricant les produits dans un pays tout en les distribuant dans un grand nombre de pays par l'intermédiaire de ses détenteurs de licences sans subir de pénalité économique. De fait, il demeure clairement avantageux pour lui de procéder à une telle rationalisation lorsqu'il est en mesure d'exploiter des avantages sur le plan des coûts ou des économies d'échelle⁴².

La conclusion générale selon laquelle le droit d'exercer un contrôle sur les importations inhérent aux DPI risque peu d'entraver la réalisation des gains découlant des échanges ne veut pas dire que l'on ne doit pas se préoccuper des répercussions des DPI sur le commerce international. Ainsi, on affirme parfois que des mesures appliquées à la frontière dans les cas de violation des DPI peuvent servir à harceler et, ainsi, à décourager des transactions légitimes sur des biens intégrant des DPI⁴³. Plus précisément, des critiques ont fait valoir que les dispositions telles que l'article 337 du *U.S. Tariff Act of 1930* accordent aux fabricants américains une protection supérieure contre les infractions impliquant des produits étrangers que celle dont ils bénéficient dans le cas des biens produits aux États-Unis⁴⁴. En vertu de ces dispositions, les fabricants américains qui détiennent des DPI enregistrés aux États-Unis peuvent demander à l'International Trade Commission (ITC) d'intervenir contre des importateurs qui empiètent sur leurs droits. Si l'ITC juge qu'il y a eu infraction, elle peut émettre une ordonnance d'exclusion générale donnant instruction aux responsables des Douanes des États-Unis de bloquer l'importation d'une catégorie désignée de produits. Cette catégorie engloberait des importateurs autres que le contrevenant à l'égard duquel la requête a été déposée. En ce sens, l'ordonnance d'exclusion générale représente une barrière non tarifaire classique au commerce étant donné qu'elle permet à un détenteur de DPI américain de se prévaloir d'un instrument de prévention qui s'applique à toutes les importations (qui entrent dans la catégorie générale), peu importe l'identité de l'importateur. Toutefois, il faut signaler que, dans ce cas, c'est la nature particulière du recours (le fait qu'il s'agisse d'une mesure appliquée à la frontière) plutôt que le principe même du droit d'exercer un contrôle sur les importations inhérent aux DPI qui est la source sous-jacente de préoccupation.

LA SUBSTITUABILITÉ DES CONTRATS ET DES DPI AUX FINS DE SEGMENTER LE MARCHÉ INTERNATIONAL

UN ÉLÉMENT IMPORTANT DE L'ÉVALUATION des conséquences de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle est la possibilité de substituer à des restrictions contractuelles volontaires des droits de contrôle des importations fondés sur des DPI. En ce sens, il est utile de noter la ressemblance qui existe entre des restrictions de nature purement contractuelle et des restrictions inscrites dans un accord de licence de DPI – puisque les deux sont de nature contractuelle –, bien que ces dernières puissent échapper à un examen en vertu du droit de la concurrence si elles entrent légitimement dans la portée des DPI. Il faut souligner que sur les marchés de la plupart des pays développés, on utilise abondamment les contrats pour contrer les préoccupations au sujet de l'incitation à faire des investissements localisés et prévenir les comportements opportunistes (c'est-à-dire les raisons qui justifient la segmentation des marchés). En principe, il semble raisonnable de supposer que les contrats peuvent aussi assurer cette fonction sur des marchés transitoires, lorsqu'il y a des institutions suffisamment développées pour faire respecter des contrats complexes.

Comparativement aux restrictions à l'importation fondées sur des DPI, les restrictions à l'importation de nature contractuelle devraient constituer un instrument particulièrement efficace pour segmenter les marchés dans toute une gamme de circonstances. Un DPI est un droit exclusif offrant une protection contre toute forme de violation parce que le pouvoir légal d'appliquer les restrictions inhérentes aux DPI ne change pas lorsque les biens en cause changent de main. Les détenteurs de DPI peuvent faire valoir leurs droits directement contre toute importation contrefaite, peu importe que l'importateur ait été informé ou avisé que l'importation des biens en question constituerait une violation de ces droits⁴⁵.

Par contre, les contrats qui renferment des restrictions territoriales visant à accorder une protection contre les importations parallèles ne peuvent être appliqués que lorsque les acheteurs subséquents des biens en cause ont été informés que ces biens ne sont pas destinés à la revente dans le pays d'importation. Mais même lorsqu'un tel avis est donné, le pouvoir de prévenir les importations parallèles en vertu du droit des contrats n'appartient pas au distributeur autorisé des biens dans le pays d'importation⁴⁶. Plutôt, c'est au fournisseur d'origine et aux acheteurs subséquents des biens dans le pays d'exportation qu'incombe directement la responsabilité de veiller à ce que les restrictions contre les importations parallèles soient portées à l'attention des acheteurs subséquents et qu'il n'y ait pas d'exportations non autorisées.

Un deuxième avantage possible du recours aux DPI aux fins de segmenter les marchés découle des formes particulières de recours juridique qui peuvent être invoquées contre les importations parallèles. Au Canada, les recours dans les cas de contrefaçon d'un bien protégé par brevet, marque de commerce ou droit d'auteur permettent d'obtenir des injonctions contre toute importation

supplémentaire ainsi que des dommages-intérêts ou un relevé comptable des bénéfices du contrefacteur provenant de la pratique contestée (on peut demander à la fois des dommages-intérêts et un relevé comptable des bénéfices dans le cas d'une contrefaçon de droit d'auteur), la destruction ou de la restitution des biens contrefaits au détenteur des DPI, ainsi que les frais judiciaires et dépens. En outre, les contrefacteurs peuvent être tenus criminellement responsables et s'exposent à des amendes et à des peines d'emprisonnement.

SOMMAIRE DES CONSÉQUENCES ÉCONOMIQUES DE LA SEGMENTATION DU MARCHÉ INTERNATIONAL À L'AIDE DE DPI

EN RÉSUMÉ, LES TRAVAUX PUBLIÉS EN ÉCONOMIQUE permettent de distinguer trois facteurs d'incitation privés à la segmentation du marché international à l'aide de droits de propriété intellectuelle. Ils montrent aussi que les répercussions sur le plan du bien-être dépendent des facteurs d'incitation inhérents à la segmentation. Plus précisément, la segmentation du marché international a des répercussions positives sur le plan du bien-être lorsqu'elle vise à prévenir les comportements opportunistes. Dans ce cas, elle permet d'obtenir des produits de meilleure qualité, une plus grande variété et un meilleur service à la clientèle, de même qu'elle limite la confusion parmi les consommateurs. La segmentation des marchés peut aussi avoir des effets positifs sur le plan du bien-être lorsque le facteur d'incitation sous-jacent est la pratique de la discrimination par les prix. La discrimination par les prix à l'échelon international permet d'accroître le bien-être économique global lorsque la dispersion des élasticités de la demande entre les pays est importante. De fait, comme le laissent entendre Malueg et Schwartz, il pourrait y avoir optimisation du bien-être en empêchant la segmentation des marchés au sein de blocs commerciaux régionaux ayant des caractéristiques de demande semblables, tout en permettant une telle segmentation entre différents blocs régionaux. D'un autre côté, la discrimination par les prix fondée sur une segmentation des marchés à l'échelon international aura des conséquences négatives sur le plan du bien-être lorsque les pays en cause ont des caractéristiques de demande assez semblables. En outre, si les marchés internationaux sont segmentés dans le but de faciliter la collusion, cela aura des répercussions négatives sur le bien-être.

Deuxièmement, les données empiriques que nous avons pu consulter ne permettent pas de tirer des conclusions fermes au sujet des causes des importations parallèles. La nature même du sujet – le commerce illicite de produits intégrant une PI – rend tout examen empirique manifestement difficile. En outre, les données disponibles concordent à la fois avec l'hypothèse de la discrimination par les prix et celle du comportement opportuniste. Néanmoins, certaines données semblent indiquer que les fabricants pratiquent la discrimination par les prix à l'échelon international et que cette pratique constitue une explication plus vraisemblable des importations parallèles que les autres

explications, comme celle du comportement opportuniste. De plus, les données disponibles révèlent que les écarts de prix entre le Canada et les États-Unis sont, de façon générale, non significatifs en dépit de la présence d'une différenciation des prix au niveau international. On peut soutenir que cela témoigne d'une similarité générale des caractéristiques de la demande entre les deux pays.

Enfin, on pourrait défendre l'idée que la segmentation des marchés au moyen de DPI n'entrave pas nécessairement la réalisation des gains découlant des échanges, de la même façon que peuvent le faire les barrières tarifaires ou les barrières non tarifaires classiques, dans la mesure où ces droits peuvent, en principe, être annulés lorsqu'il est souhaitable de le faire. Néanmoins, les mesures appliquées à la frontière qui sont actuellement associées aux DPI dans de nombreux pays peuvent constituer un obstacle réel au commerce.

LA POSSIBILITÉ D'EXCLURE DES IMPORTATIONS PARALLÈLES EN VERTU DES LOIS CANADIENNES ET AMÉRICAINES SUR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

DANS CETTE PARTIE, NOUS EXAMINONS LES LOIS ET LA JURISPRUDENCE sur la propriété intellectuelle afin de voir quelles possibilités s'offrent aux détenteurs de DPI pour exclure unilatéralement des importations parallèles de biens fabriqués légitimement, en intentant des actions en contrefaçon⁴⁷. Nous nous intéressons surtout à deux formes de propriété intellectuelle, les brevets et les marques de commerce. Nous faisons également quelques commentaires au passage sur le régime de PI applicable aux topographies de circuits intégrés (microplaquettes de semi-conducteurs), qui est une forme particulière de PI incorporant le principe de l'épuisement sous une forme restreinte.

LES BREVETS

UN BREVET EST UN DROIT STATUTAIRE, accordé par chaque nation, qui confère à l'innovateur les droits exclusifs de fabriquer, d'utiliser et de vendre « le procédé, la machine, la fabrication ou la composition de matières » breveté sur le territoire national du pays qui accorde le brevet⁴⁸. Les droits de brevet sont donc essentiellement de nature territoriale. En échange de la divulgation complète de l'invention, le titulaire du brevet reçoit un monopole statutaire d'une durée de 20 ans pour toute invention qui est nouvelle, utile et qui comporte une « étape inventive »⁴⁹. Au cours de cette période, le titulaire du brevet peut décider seul de la façon d'exploiter l'invention. À l'expiration de la période statutaire, toute personne peut utiliser et exploiter la découverte.

Dans l'optique des politiques, deux raisons peuvent être invoquées pour accorder des droits exclusifs de brevet à l'égard des inventions⁵⁰. Premièrement, les droits exclusifs rattachés au brevet stimulent l'innovation en récompensant

l'inventeur, qui reçoit la totalité du flux des bénéfices monopolistiques associés à son invention. Si d'autres personnes pouvaient obtenir l'information sans frais et profiter des efforts de l'inventeur, celui-ci serait moins incité à produire cette information que si chacun devait payer pour l'utiliser. Deuxièmement, les lois sur les brevets encouragent la divulgation des découvertes. Cela accélère la diffusion des nouvelles technologies.

Lorsqu'un titulaire de brevet vend un produit breveté au Canada sans aucune restriction, les droits du titulaire de brevet sont épuisés du fait que ce dernier n'exerce plus aucun contrôle sur l'utilisation ou la revente du produit par l'acheteur. Cependant, il est possible d'utiliser les droits de brevet pour bloquer des importations parallèles, en différenciant le marché intérieur des marchés étrangers. Bien que ces questions n'aient pas été examinées à fond par les tribunaux canadiens, on considère généralement que la jurisprudence britannique régit la situation au Canada⁵¹.

Dans une cause entendue au Royaume-Uni en 1883, *Société Anonyme Manufactures des Glaces v. Tilghman*⁵², le tribunal a conclu qu'une licence de fabrication visant uniquement la Belgique ne supposait pas la permission de vendre en Angleterre et il a fait la distinction entre les importations parallèles de produits vendus sans restriction à l'étranger par un titulaire de brevet du Royaume-Uni et les produits fabriqués en vertu d'une licence étrangère⁵³. Essentiellement, le tribunal a confirmé que l'octroi de droits en vertu des lois sur les brevets d'un pays ne conférait pas de droits en vertu de lois sur les brevets de tout autre pays. La possibilité de prévenir des importations parallèles de détenteurs étrangers de licences non autorisés à vendre sur le marché national du titulaire de la PI a aussi été examinée dans une série de causes entendues dans d'autres pays du Commonwealth⁵⁴. Ces causes révèlent qu'un concédant (donneur de licence) ou un titulaire de PI peut exercer le DPI lui permettant de bloquer les importations de biens par un opérateur parallèle qui les a achetés auprès d'un détenteur de licence, même si l'importateur parallèle n'avait pas été avisé expressément des restrictions applicables à la revente de ces biens.

La cause *Betts v. Wilmott*, entendue au Royaume-Uni en 1871, fait ressortir certaines limites à la portée du droit d'un titulaire de brevet de prévenir les importations parallèles⁵⁵. Le tribunal a jugé qu'un titulaire de brevet du Royaume-Uni ne pouvait bloquer les importations de produits vendus à l'étranger directement par celui-ci ou par ses agents sans aucune restriction⁵⁶.

Avant 1993, la protection contre la concurrence des importations pouvait aussi se présenter dans le contexte des licences obligatoires accordées à la suite de l'abus d'un brevet dans des circonstances où le brevet n'était pas exploité à une échelle commerciale ou lorsque l'exploitation au Canada était entravée par des importations de l'article breveté provenant de l'étranger⁵⁷. Ces licences pouvaient comporter des dispositions interdisant toute importation des produits en cause au Canada⁵⁸. Ces dispositions n'étaient pas compatibles avec l'article 28 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (TRIPs) ou de l'ALENA.

En résumé, la violation d'une restriction territoriale inscrite dans une licence ayant trait à des produits brevetés constitue habituellement une contrefaçon. En outre, les restrictions territoriales portées à l'attention des acheteurs successifs demeurent rattachées aux produits brevetés et, dans le cas des importations parallèles, cette condition pourrait tenir même si un avis n'a pas été signifié. Par conséquent, la revente ou l'utilisation de produits brevetés hors des territoires attribués pourrait être considérée comme une contrefaçon du brevet canadien⁵⁹. En ce sens, on peut affirmer que la doctrine de l'épuisement ne s'applique pas à l'heure actuelle au commerce intérieur des biens protégés par un brevet au Canada.

Aux États-Unis, le principe de l'épuisement s'applique sur le marché intérieur en vertu de la doctrine de la « première vente », qui précise que la première vente d'un produit sans restriction de la part d'un titulaire de brevet ou d'un détenteur licence supprime la possibilité pour ce dernier de contrôler toute autre vente subséquente du produit partout aux États-Unis, le raisonnement étant que le premier paiement annule les droits exclusifs du titulaire du brevet sur le bien, parce que ce dernier réalise alors l'avantage prévu par la loi⁶⁰. Le même principe vaut pour la première vente à l'étranger faite par un titulaire de brevet ou un détenteur licence qui a aussi le droit de vendre aux États-Unis⁶¹.

Par contre, les restrictions contractuelles, y compris les restrictions territoriales que l'on retrouve souvent dans une licence de brevet, qui respectent la portée du brevet et n'enfreignent pas les lois américaines sur la concurrence, s'appliquent obligatoirement au bien visé par le brevet. Mais la notion d'« usage abusif d'un brevet » est apparue aux États-Unis pour traiter des pratiques visant à tirer un pouvoir anticoncurrentiel du droit statutaire pour obtenir des avantages commerciaux au delà de ceux dûment conférés par ce droit⁶².

De façon générale, les tribunaux américains ont refusé d'appliquer le principe de l'épuisement aux importations parallèles provenant de pays étrangers, habituellement en invoquant l'un des deux motifs suivants : a) le titulaire du brevet ou de la licence aux États-Unis n'a reçu aucun des avantages découlant de l'achat à l'étranger (cette justification est conforme à la doctrine de la « première vente » sur le marché intérieur, qui part du principe que le détenteur d'un droit exclusif est en droit de recevoir un avantage en retour de la renonciation à ce droit)⁶³; b) les importations de biens américains vendus à l'étranger – soit par un titulaire de brevet assujéti à des restrictions interdisant leur revente subséquente aux États-Unis soit par un détenteur de licence assujéti à des restrictions territoriales – à un acheteur qui a été avisé de ces restrictions, ont été considérées comme une contrefaçon des brevets de produits américains⁶⁴. De façon réciproque, si la vente à l'étranger de produits brevetés et fabriqués aux États-Unis n'est pas assujéti à la condition que les biens ne soient pas réexportés aux États-Unis, la vente à l'étranger peut épuiser les droits du brevet américain.

Le principe de l'épuisement ne s'applique pas aux importations parallèles de l'étranger : en effet, le titulaire du brevet aux États-Unis peut imposer une

interdiction sur les importations en invoquant tout simplement les droits territoriaux inhérents au brevet américain, aussi longtemps que cela ne constitue pas une violation des principes de la concurrence (cet aspect est examiné plus loin, sous « Politique de concurrence et traitement des restrictions contractuelles au commerce international aux États-Unis et au Canada »⁶⁵).

Dans le cas des brevets visant des procédés, la *Process Patent Amendments Act of 1988* prévoit que l'importation non autorisée de biens fabriqués à l'aide d'un procédé breveté aux États-Unis peut aussi constituer une contrefaçon⁶⁶. La principale question qui se pose est de savoir si l'importation s'est faite avec l'autorisation du titulaire du brevet aux États-Unis. Avant 1988, l'importation de produits fabriqués à l'étranger à l'aide de procédés brevetés aux États-Unis n'était pas considérée comme une contrefaçon parce qu'elle ne comportait pas la fabrication, l'utilisation ou la vente d'une invention aux États-Unis⁶⁷.

L'article 261 du *U.S. Patent Code* permet expressément aux titulaires de brevets de segmenter les marchés par des restrictions territoriales définies dans les accords de licence, ce qui revient à une forme d'interdiction des importations visant à prévenir les importations parallèles⁶⁸. Dans la cause *Dunlop Company, Ltd. v. Kelsey-Hayes Co.*, le tribunal a établi que les restrictions que renferme une licence à l'égard de l'importation de produits fabriqués par les détenteurs de licences étrangers étaient en réalité des licences territoriales autorisées en vertu de l'article 261 et non des ententes horizontales visant à répartir les marchés⁶⁹. Le tribunal a essentiellement traité les licences étrangères ayant des répercussions sur le marché intérieur comme s'il s'agissait de licences accordées aux États-Unis. Dans la cause *Becton, Dickson & Co. v. Eisele & Co.*, l'interdiction contractuelle visant à empêcher des détenteurs de licences étrangers d'importer leurs produits aux États-Unis a été reconnue valide puisqu'elle ne faisait que confirmer le droit exclusif que possède le titulaire du brevet américain de vendre aux États-Unis; le tribunal a ainsi jugé qu'elle entrait dans la portée du monopole conféré par le brevet⁷⁰.

En ce qui a trait aux interdictions à l'exportation, les tribunaux américains ont généralement reconnu le droit du titulaire du brevet d'imposer des restrictions territoriales à l'exportation, à partir des États-Unis, par des détenteurs de licences. Cette doctrine s'appuie sur la cause *Dorsey Revolving Harvester Rake Co. v. Bradley Mfg. Co.*, qui est antérieure à l'adoption de la *Sherman Act*⁷¹. Notons, toutefois, que ce jugement a fait l'objet de critiques, certains considérant qu'il allait à l'encontre d'une autre doctrine de la Cour suprême, selon laquelle le régime de brevets américain n'a pas d'effet extraterritorial⁷².

LES MARQUES DE COMMERCE

UNE MARQUE DE COMMERCE EST UN MOT, un nom, un symbole, une marque ou un autre indicatif utilisé par une entreprise ou une personne pour distinguer ses biens ou ses services de ceux de ses concurrents. Elle accorde à son titulaire des

droits exclusifs d'utilisation des produits associés à la marque de commerce⁷³. Le bien-fondé des droits conférés par une marque de commerce comporte deux aspects. Premièrement, les lois sur les marques de commerce visent à prévenir la confusion parmi les consommateurs en leur donnant un moyen efficace de reconnaître les produits qui possèdent certains attributs souhaitables. Si la marque de commerce pouvait être apposée sur l'étiquette de plus d'une marque de produit, les consommateurs pourraient avoir de la difficulté à distinguer le produit qu'ils recherchent des autres produits. Cette confusion engendrerait des coûts de recherche accrus pour les consommateurs. Deuxièmement, la protection que confère la marque de commerce encourage son titulaire à maintenir un niveau élevé de qualité du produit et, ainsi, à protéger la réputation associée à cette marque de commerce. En l'absence de la protection que procure la marque de commerce, des produits de moins bonne qualité seraient substitués aux produits authentiques, engendrant de la confusion parmi les consommateurs.

Les marques de commerce peuvent exister en common law et en vertu d'un système d'enregistrement prévu par la loi. En common law, le droit associé à une marque de commerce existe à compter du moment où la marque est réellement utilisée tandis qu'en vertu d'un régime d'enregistrement statutaire, une demande peut être déposée avant que la marque soit utilisée. Dans les deux cas, la marque de commerce confère à son titulaire la capacité d'interdire toute utilisation non autorisée de la marque ou l'utilisation d'une marque semblable qui prête à confusion⁷⁴. L'enregistrement en vertu d'un régime statutaire comporte de nombreux avantages, y compris une cause d'action en loi pour contrefaçon⁷⁵. Il n'y a pas de limite à la période de protection dont bénéficie une marque enregistrée parce que celle-ci peut être renouvelée indéfiniment⁷⁶.

Au Canada, le titulaire d'une marque de commerce enregistrée peut tenter d'empêcher l'importation parallèle ou la contrefaçon en vertu du délit de substitution, en common law, ou en invoquant la *Loi sur les marques de commerce*⁷⁷. La différence entre une action fondée en loi et une action intentée en common law est que, dans ce dernier cas, le plaignant n'a pas à posséder un droit exclusif à l'égard de la marque. Le critère appliqué pour juger d'un délit de substitution est de déterminer s'il est vraisemblable que le public sera trompé, ce qui posera un préjudice au plaignant, tandis que l'action fondée en loi est fondée sur la violation du droit exclusif d'utilisation que possède le titulaire d'une marque enregistrée⁷⁸. Pour avoir gain de cause dans une action intentée en common law, il doit y avoir représentation trompeuse intentionnelle de la part de l'opérateur parallèle. Cependant, dans la cause *Seiko*, la Cour suprême du Canada a restreint l'utilité du recours au délit de substitution, qui existe en common law, pour prévenir des importations parallèles en faisant valoir qu'il n'y a pas substitution lorsqu'un bien authentique est vendu au Canada, aussi longtemps qu'il n'y a pas d'élément significatif de fausse représentation pour les consommateurs⁷⁹. Dans cette cause, le tribunal a jugé qu'une mise en garde précisant que la garantie internationale accompagnant les montres Seiko vendues par l'opérateur parallèle ne s'appliquait pas suffisait à écarter l'argument de la

fausse représentation. Bien que ce jugement semble favoriser une certaine forme d'épuisement en vertu du délit de common law, d'autres causes indiquent qu'une action pour contrefaçon d'une marque de commerce enregistrée assurera toujours une mesure de protection contre les importations parallèles en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*⁸⁰.

Un distributeur n'a pas droit à la protection en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*, mais il peut demander au titulaire d'intenter une poursuite en son nom en vertu de cette loi. Le détenteur d'une licence a droit de faire appliquer les conditions de la licence, en vertu de la Loi, si le titulaire ne le fait pas⁸¹. Un détenteur de licence ou un distributeur peut aussi invoquer le droit des contrats si le contrat de licence ou de distribution renferme des droits territoriaux exclusifs⁸². Jusqu'à maintenant, il n'y a pas eu de cause impliquant des importations parallèles où un distributeur canadien est le titulaire de la marque de commerce qui accorde à des entreprises étrangères des licences de fabrication et de vente sur les marchés étrangers.

Si le titulaire canadien de la marque de commerce est le créateur du produit et qu'il vend directement celui-ci à l'étranger, où il a été acheté pour être ensuite réimporté au Canada, le principe de l'épuisement s'appliquerait vraisemblablement étant donné qu'il n'y a aucune possibilité de tromperie – le titulaire qui commercialise ces produits leur attache implicitement une licence de revente⁸³. Dans les causes *Wilkinson Sword (Canada) Ltd. c. Juda et Breck's Sporting Goods Co. c. Magder*, les tribunaux ont statué qu'un importateur parallèle peut contester la validité de la marque de commerce d'un cessionnaire canadien (pour se prévaloir de la défense fondée sur la licence implicite de revente) si le cessionnaire ne prend pas des mesures suffisantes pour établir une distinction entre l'achalandage local et celui du titulaire original de la marque de commerce, parce que le public continuerait de croire que le produit provient du titulaire original de la marque de commerce⁸⁴.

La cause plus récente de *Mattel Canada Inc. c. GTS Acquisitions Ltd.* semble avoir introduit une nouvelle considération : plutôt que de trancher la cause en se bornant à déterminer la probabilité que les consommateurs soient trompés, le tribunal a pris en considération l'investissement économique du titulaire du droit pour accorder une injonction interlocutoire visant à exclure les importations parallèles⁸⁵. Cependant, dans la cause *Smith & Nephew Inc. c. Glen Oak Inc. et al.*, la Cour d'appel fédérale a rejeté le raisonnement sur lequel s'appuyait le jugement rendu dans la cause *Mattel* en faisant valoir qu'il était fondé sur une disposition inconstitutionnelle de la *Loi sur les marques de commerce* interdisant les pratiques commerciales contraires à l'usage industriel commercial honnête au Canada⁸⁶. Ce faisant, le tribunal a réaffirmé que le critère servant à déterminer s'il y avait contrefaçon d'une marque de commerce au Canada était la probabilité que les consommateurs soient trompés. Il a affirmé que le détenteur d'une licence à l'égard d'une marque de commerce enregistrée au Canada ne pouvait prévenir l'importation parallèle de produits portant la même marque de commerce et provenant du donneur de licence (concedant). Le tribunal a

fait le raisonnement que l'on ne pouvait se tromper quant à l'origine des biens lorsque tant les biens vendus par le détenteur de la licence que ceux vendus par l'importateur parallèle sont fabriqués par le même titulaire de marque de commerce, ou en vertu d'une licence accordée par ce dernier, qui contrôle la qualité et la nature de ces biens. Le tribunal a toutefois laissé ouverte la possibilité qu'une filiale canadienne, qui n'est pas simplement détenteur de licence mais qui possède des droits à l'égard d'une marque de commerce, pourrait se distancer suffisamment de sa société mère et exercer ses droits à l'égard de la marque de commerce canadienne pour prévenir l'importation des biens de sa société mère⁸⁷.

Outre les recours habituellement disponibles en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*, qui englobent les injonctions contre les biens contrefaits, des modifications législatives récentes (qui ne sont pas encore en vigueur) permettent expressément aux titulaires de marques de commerce enregistrées au Canada d'intervenir pour bloquer les importations de biens contrefaits. L'article 53.1 prévoit que le titulaire d'une marque de commerce enregistrée au Canada peut s'adresser à un tribunal pour obtenir une ordonnance obligeant le Ministre à détenir des marchandises liées à la marque qui sont sur le point d'être importées ou qui ont été importées mais non encore distribuées, lorsque la distribution de ces marchandises violerait la *Loi sur les marques de commerce*. Si le tribunal en vient à la conclusion que l'importation serait contraire à la Loi, il peut ordonner que les biens en question soient détruits, exportés ou remis au titulaire de la marque de commerce enregistrée au Canada comme si ces biens lui appartenaient⁸⁸. Lorsque les biens sont importés en contravention de la Loi, et que l'utilisation de la marque n'était pas autorisée et qu'elle visait à imiter ou à contrefaire la marque ou à tromper le public, le tribunal ne peut ordonner l'exportation des biens en question sans qu'ils aient été altérés⁸⁹.

Aux États-Unis, des motifs fondamentaux peuvent être invoqués en vertu de la Loi pour prévenir les importations « grises » sans le consentement du titulaire de la marque de commerce aux États-Unis; ces motifs s'appuient sur deux articles de la *Lanham Act*, trois articles de la *Tariff Act of 1930* et un article de la *Copyright Act*. Un détenteur de licence américain qui n'est pas titulaire d'une marque de commerce n'a pas accès à la protection accordée en vertu de la *Lanham Act* ou de l'article 526 de la *Tariff Act of 1930*, mais il peut toujours avoir recours au droit des contrats ou invoquer le délit de la concurrence déloyale ou d'entrave illégale à des relations contractuelles⁹⁰.

L'article 32 de la *Lanham Act* renferme une interdiction générale contre l'utilisation de toute reproduction, contrefaçon, copie ou imitation déguisée d'une marque de commerce enregistrée qui pourra vraisemblablement engendrer de la confusion ou une méprise ou tromper de quelque façon⁹¹. L'article 42 de la Loi permet au titulaire d'une marque de commerce de faire saisir à la frontière, par le Service des douanes, des biens importés qui copient ou simulent la marque de commerce enregistrée⁹². L'article 526 de la *Tariff Act of 1930* s'applique aux titulaires nationaux de marques de commerce seulement et ne se

limite pas aux « copies ou simulations » mais, de façon plus générale, interdit l'entrée de toute marchandise de fabrication étrangère qui porte une marque appartenant à un titulaire de marque de commerce américain, y compris des biens importés qui portent une marque de commerce étrangère authentique (biens authentiques) identiques à ceux que possède le titulaire de la marque de commerce aux États-Unis⁹³. La réglementation des Douanes, prise en application de l'article 526, précise que si les marques nationales et étrangères appartiennent à la même personne ou qu'il y a une relation parent-filiale entre leurs propriétaires, alors il ne peut y avoir aucune protection contre les importations en vertu de l'article 526⁹⁴. Ce règlement a été reconnu valide par la Cour suprême des États-Unis dans la cause *K-Mart v. Cartier*⁹⁵. Dans cette cause, la Cour suprême a également affirmé qu'un règlement connexe, permettant l'importation de biens fabriqués à l'étranger autorisée par le titulaire de la marque de commerce aux États-Unis, était invalide parce qu'il entraînait directement en conflit avec le libellé de l'article 526. Ainsi, ce règlement aurait permis l'importation parallèle de biens, par un fabricant étranger ou un tiers lorsque le titulaire de la marque de commerce aux États-Unis avait autorisé le fabricant étranger indépendant à utiliser la marque de commerce à un emplacement étranger donné, contrairement à l'article 526.

Bien que la jurisprudence ne cesse d'évoluer, au moins deux choses semblent ressortir clairement : premièrement, qu'il est possible de bloquer des importations lorsque le titulaire de la marque de commerce prouve que l'achalandage est distinct dans les faits et détenu indépendamment d'une marque de commerce étrangère et, deuxièmement, si les titulaires national et étranger de la marque de commerce sont la même personne ou des personnes affiliées, l'article 526 ne peut être invoqué pour exclure automatiquement des importations.

Outre les interdictions énumérées ci-dessus et les restrictions contractuelles, les titulaires de marques de commerce, de brevets et de droits d'auteur aux États-Unis peuvent s'adresser à l'International Trade Commission des États-Unis en invoquant le paragraphe 337(a) de la *Tariff Act of 1930*⁹⁶. Au moment où cette loi est entrée en vigueur, l'article 337 ne visait pas expressément les importations contrefaites mais, plutôt, une vaste gamme de pratiques d'importation jugées déloyales⁹⁷. Cette disposition a fait l'objet d'une interprétation large, de manière à inclure les contrefaçons de marques de commerce, la concurrence déloyale et les infractions à l'article 43 de la *Lanham Act*⁹⁸, elle est devenue un important recours contre les importations contrefaites⁹⁹. De fait, l'article 337 semble être devenu le recours préféré des titulaires nationaux de DPI, en partie parce qu'il est moins coûteux et plus rapide à exécuter qu'une action en contrefaçon, qu'il peut être appliqué à plusieurs parties simultanément et que la mesure obtenue prend la forme d'une ordonnance générale d'exclusion étendue qui s'applique à une catégorie désignée de produits¹⁰⁰. Des modifications apportées à la loi en 1988 ont supprimé la nécessité, pour les titulaires de propriété intellectuelle, de démontrer qu'ils avaient subi un préjudice dans les actions intentées en vertu de l'article 337¹⁰¹.

Les préoccupations quant à la portée et à la nature de l'article 337 ont été examinées dans le contexte du GATT. En 1990, un groupe spécial du GATT a statué que certains aspects de l'article 337 étaient incompatibles avec les principes du GATT en ce qui a trait à la non-discrimination et au traitement national¹⁰². Subséquemment, l'article 337 a été modifié pour permettre aux importateurs de présenter une demande reconventionnelle et permettre que ces causes soient entendues par l'une de deux instances possibles (l'International Trade Commission ou la cour de district) plutôt que les deux concurremment¹⁰³. Mais les aspects discriminatoires de l'article 337 sont essentiellement demeurés intacts et cette disposition reste une source de mécontentement parmi les principaux partenaires commerciaux des États-Unis¹⁰⁴.

TOPOGRAPHIES DE CIRCUITS INTÉGRÉS

LES TOPOGRAPHIES DE CIRCUITS INTÉGRÉS (microplaquettes de semi-conducteurs) sont assujetties à une forme particulière de protection de la propriété intellectuelle, tant au Canada qu'aux États-Unis. Les principes sous-jacents à cette protection sont enchâssés dans le Traité sur la protection de la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés, signé en 1989¹⁰⁵. L'article 6(6) précise qu'il y a épuisement des droits lorsque le modèle protégé (topographie) a été mis en marché avec l'assentiment du titulaire du droit. Cette approche reconnaît que la création d'un nouveau droit d'importation sans restriction pourrait facilement être exploitée pour gêner le commerce international de marchandises telles que les appareils de télévision ou les ordinateurs, simplement parce que l'une des nombreuses douzaines de microplaquettes en cause pourrait constituer une importation parallèle plutôt qu'une importation autorisée¹⁰⁶. Le Canada a intégré à sa loi le principe de l'épuisement dans la mesure où le propriétaire d'une topographie enregistrée a déjà consenti à son exploitation commerciale au Canada ou l'a lui-même exploitée¹⁰⁷.

En somme, les lois sur la propriété intellectuelle au Canada et aux États-Unis accordent clairement un vaste pouvoir de segmentation des marchés, bien que la capacité de segmenter les marchés varie selon la forme particulière de DPI. Les droits de brevet fournissent les moyens les plus étendus pour prévenir les importations non autorisées de biens fabriqués légitimement en vertu d'un brevet dans un pays étranger en raison de leur nature territoriale. La protection accordée par une marque de commerce ne fait pas intervenir un principe de territorialité aussi puissant, l'accent étant plutôt mis sur la possibilité que le consommateur soit trompé. Le jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans la cause *Seiko* a limité la mesure dans laquelle le titulaire d'une marque de commerce peut recourir au délit de substitution, en common law, pour prévenir les importations parallèles. Cependant, une protection statutaire contre les importateurs parallèles pourrait exister en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*, comme le laissent penser les jugements rendus dans deux causes récentes,

Heinz et Mattel. Ces jugements indiquent que les tribunaux sont sensibles aux considérations d'ordre économique telles que l'opportunisme et les investissements locaux dans leur traitement des DPI (cette question a été examinée plus tôt, dans la partie intitulée « Les répercussions économiques de la segmentation du marché international à l'aide des DPI ») et que le traitement juridique des importations parallèles de marchandises tiendra compte de leur incidence économique. L'inclusion du principe de l'épuisement dans la loi sur les microplaquettes de semi-conducteurs, contrairement aux autres DPI examinés, représente une tentative délibérée de la part de ses concepteurs pour limiter le recours potentiel aux droits connexes à des fins de segmentation des marchés.

POLITIQUE DE CONCURRENCE ET TRAITEMENT DES RESTRICTIONS CONTRACTUELLES VISANT LE COMMERCE INTERNATIONAL AUX ÉTATS-UNIS ET AU CANADA

DANS CETTE PARTIE DE L'ÉTUDE, nous examinons l'application des lois sur la concurrence aux États-Unis et au Canada aux licences et aux autres modalités contractuelles qui visent à restreindre le commerce international. Cette question nous intéresse pour deux raisons. D'abord, selon les considérations de juridiction en cause, la législation sur la concurrence peut s'appliquer directement à des modalités territoriales restrictives qui vont au delà des droits conférés par les lois sur la propriété intellectuelle. Ensuite, le traitement que l'on fait des restrictions contractuelles en vertu de la législation sur la concurrence a des répercussions sur l'application du principe de l'épuisement. Dans la mesure où les titulaires de DPI peuvent facilement substituer des restrictions contractuelles aux droits de contrôle des importations qui existent dans la législation sur la propriété intellectuelle, les effets du principe de l'épuisement seraient limités. Le traitement, en politique de concurrence, des restrictions de nature territoriale est un facteur pouvant influencer sur la possibilité de substituer des contrats aux droits de contrôle des importations inhérents aux DPI.

L'accès à des restrictions contractuelles pour prévenir le commerce parallèle dépend de la tolérance dont font l'objet ces restrictions dans les lois sur la concurrence de chaque pays. Tant au Canada qu'aux États-Unis, la législation sur la concurrence adopte une approche relativement permissive à l'égard des restrictions territoriales et des territoires exclusifs et laisse beaucoup de latitude quant aux pratiques de licences verticales et aux arrangements connexes qui favorisent l'efficacité. Aux États-Unis, les modalités d'application de la législation antitrust aux licences de propriété intellectuelle ont récemment fait l'objet d'une importante clarification avec la publication des *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, en 1995¹⁰⁸. Ces lignes directrices précisent le cadre d'intervention applicable aux modalités de licences aux États-Unis, dont l'évolution a été marquée par des étapes distinctes qui vont de l'interdiction

pure et simple (*per se*) de nombreuses pratiques de licence couramment employées dans les années 60 et 70, dont les restrictions territoriales, à la philosophie comparativement permissive adoptée entre le milieu et la fin des années 80¹⁰⁹. L'approche canadienne a suivi en parallèle les développements survenus aux États-Unis et, selon le point de vue sceptique, le rôle des DPI dans une économie concurrentielle a cédé la place à une vision où les DPI favorisent une concurrence dynamique et où les pratiques restrictives en matière de licences peuvent présenter des avantages sur le plan de l'efficacité¹¹⁰. Les États-Unis ont aussi montré qu'ils étaient prêts à donner une application extraterritoriale aux lois américaines sur la concurrence dans les *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, publiées en 1995, ce qui constitue un changement d'orientation par rapport à l'approche plus restreinte qui ressort de la version de 1988 de ces lignes directrices.

Aux États-Unis, les interdictions fondamentales, en vertu de la législation antitrust, visant les restrictions territoriales se trouvent dans les articles 1 et 2 de la *Sherman Act*¹¹¹, lesquels s'appliqueraient au cas d'une restriction associée à un DPI. Mais les tribunaux américains ont adopté une attitude permissive à l'égard des restrictions contractuelles au commerce parallèle de biens intégrant des DPI, en affirmant que ces restrictions, que l'on retrouve dans les accords de licence, ne contreviennent pas habituellement aux lois antitrust à moins qu'elles soient de portée excessive ou de nature anticoncurrentielle. En général, les restrictions territoriales figurant dans une licence de brevet contre les importations de l'étranger ont été justifiées en faisant valoir qu'elles entraient dans la portée du brevet (voir la partie intitulée « Les brevets », ci-dessus), bien que les restrictions territoriales nationales soient assujetties au principe de l'épuisement en vertu de la doctrine de la première vente.

Cependant, les tribunaux ont statué que les brevets ne peuvent soustraire certaines restrictions territoriales de l'application des lois sur la concurrence. Les restrictions qui profitent uniquement au détenteur de licence et non au titulaire du brevet sont assujetties aux lois antitrust, parce que ces restrictions ne seraient pas protégées en vertu de l'article 261 du *Patent Code*¹¹². Les restrictions qui s'appliquent à l'extérieur des États-Unis sortent, techniquement, du cadre de la doctrine de la première vente définie à l'article 261, même si les tribunaux ont appuyé les interdictions d'exporter sur cette base¹¹³.

Une autre exception importante au traitement permissif des restrictions contractuelles au commerce des biens qui intègrent des DPI se présente lorsque les restrictions à l'importation vont au delà de ce qui est nécessaire pour exploiter légalement le DPI et constituent en réalité un cartel. Dans les « causes de cartel » des années 40 et du début des années 50, des restrictions à l'importation étaient ajoutées au brevet dans le cadre d'arrangements de plus vaste portée visant à limiter la concurrence inter-marque ou à répartir le marché mondial entre des entreprises qui, autrement, auraient été en concurrence¹¹⁴. Les causes de cartel indiquent que, en ces circonstances, les restrictions contractuelles visant les importations sont effectivement assujetties aux lois

antitrust et pourraient être invalidées. Les deux représentent des restrictions significatives à la capacité des titulaires de DPI de segmenter le marché international.

La cause *Mallinckrodt Inc. v. Medipart, Inc.*, de 1992, renforce la possibilité pour un titulaire de brevet d'imposer des restrictions contractuelles en vertu d'une licence de brevet¹¹⁵. Dans cette cause, les dispositifs médicaux du titulaire du brevet portaient l'inscription « single use only » (usage unique), mais le défendeur les recyclait pour les revendre aux établissements hospitaliers clients. La Cour fédérale des États-Unis (neuvième circuit) a rejeté l'argument selon lequel la condition portant sur l'usage unique était illégale du simple fait qu'elle constituait une restriction. Le tribunal a statué qu'à moins que la condition ne viole une autre loi ou politique (dans le domaine des brevets, notamment l'abus ou la législation antitrust), toute partie privée conserve la liberté de s'engager par contrat à l'égard de conditions de vente et il a affirmé que les restrictions de nature anticoncurrentielle qui ne constituent pas des infractions *per se* doivent être examinées conformément à la règle de raison¹¹⁶. Les violations *per se* discutées dans la cause *Mallinckrodt* comprennent la fixation des prix et la vente liée; de façon générale, les restrictions territoriales de nature verticale seraient examinées dans le contexte de la règle de raison.

L'approche adoptée aux États-Unis en vue de l'application de la législation antitrust aux restrictions contractuelles que l'on retrouve dans les licences de propriété intellectuelle a été précisée avec la publication, en 1995, des *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (ci-après, *lignes directrices* sur la PI) du Département de la Justice et de la Federal Trade Commission (FTC)¹¹⁷; en vertu de ces lignes directrices, la plupart des modalités de licence seront évaluées en vertu de la règle de raison plutôt qu'en vertu de la règle *per se*. Notamment, le Département de la Justice et la FTC appliqueront une analyse fondée sur la règle de raison à moins a) que la restriction en cause ne contribue pas à une intégration de l'activité économique favorable à l'efficacité et b) que la restriction appartienne à une catégorie qui a reçu un traitement *per se* dans la jurisprudence¹¹⁸. Les *lignes directrices* sur la PI reconnaissent que de nombreuses pratiques « restrictives » en matière de licences, par exemple le champ d'exploitation, les limites territoriales et les autres restrictions servent des fins concurrentielles légitimes, par exemple en renforçant les stimulants à la commercialisation des produits et en prévenant l'opportunisme. Les questions de concurrence surgiront plus vraisemblablement lorsque les accords de licence gênent la concurrence entre des entités qui auraient été des concurrents réels ou possibles sur le marché pertinent en l'absence de la licence (c'est-à-dire dans le contexte de relations horizontales plutôt que verticales). Ainsi, une restriction rattachée à une licence peut nuire à la concurrence si elle facilite la division du marché, tandis qu'une restriction à l'égard d'un marché peut bloquer, de façon anticoncurrentielle, l'accès à un intrant sur un autre marché. Les *lignes directrices* sur la PI soulignent par ailleurs les avantages économiques possibles des licences croisées et des accords de mise en commun, où deux ou

plusieurs titulaires de DPI conviennent de s'accorder mutuellement des licences ou d'en accorder à des tiers. Cependant, les *lignes directrices* précisent aussi que de telles pratiques peuvent constituer des mécanismes servant à diviser les marchés, auquel cas elles seront contestées en vertu de la règle *per se*.

Outre la jurisprudence et les lignes directrices qui s'appliquent au commerce des biens intégrant des DPI, il est utile d'envisager les doctrines plus générales du droit antitrust qui s'appliquent aux restrictions territoriales à l'égard de biens qui n'intègrent pas de DPI. Contrairement à l'expérience canadienne, l'approche adoptée aux États-Unis à l'égard de ces restrictions a évolué sensiblement en raison des changements observés dans l'application du droit antitrust aux restrictions verticales. Avant 1967, les tribunaux ont généralement adopté une attitude permissive à l'égard de l'utilisation de ces restrictions. Cette approche a subséquemment été mise en doute par le jugement rendu en 1967 dans la cause *U.S. v. Arnold, Schwinn & Co.*¹¹⁹. Dans cette affaire, la Cour suprême des États-Unis a statué que les restrictions territoriales et les autres restrictions verticales ne visant pas les prix qui s'appliquent à des biens après que leur propriété ait été cédée étaient si manifestement pernicieuses pour la concurrence qu'elles constituaient une infraction *per se* à l'article 1 de la *Sherman Act*. Dans une décision charnière qui signalait l'acceptation par les instances judiciaires d'une nouvelle vision des aspects des restrictions verticales qui pourraient être favorables à la concurrence, la Cour suprême est revenue sur sa position antérieure, dix ans plus tard, dans la cause *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*¹²⁰. Le tribunal a jugé que ces restrictions devaient plutôt être examinées en vertu de la règle de raison, en précisant que les restrictions verticales, tout en limitant par leur nature la concurrence intra-marque, ont souvent pour effet de favoriser une concurrence bénéfique entre marques rivales¹²¹.

L'application de la législation antitrust américaine aux restrictions territoriales visant le commerce international peut être déduite, jusqu'à un certain point, des *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, de 1995. Ces lignes directrices précisent le critère d'application des lois antitrust américaines – y compris les importations en provenance de l'étranger qui engloberaient des importations parallèles – et signalent une volonté manifeste de donner aux lois antitrust américaines une portée extraterritoriale, comparativement à la version de 1988 des mêmes lignes directrices. Conformément à la *Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982* (titre IV), le Département de la Justice des États-Unis est autorisé à tenter des actions en vertu de la législation antitrust contre les sociétés étrangères dont le comportement en matière de licences a une incidence préjudiciable sur le commerce intérieur et le commerce d'exportation aux États-Unis¹²².

La volonté accrue d'appliquer la législation antitrust américaine à l'étranger ressort du décret de consentement *Pilkington* de 1994, qui portait sur des conditions restrictives – y compris des restrictions territoriales figurant dans des licences de brevet – pour la technologie du verre flotté¹²³. La plainte déposée par le Département de la Justice précisait que ces restrictions constituaient des

limites injustifiables au commerce en raison du fait que les brevets en cause étaient depuis longtemps expirés et, en outre, parce que ces restrictions empêchaient les détenteurs de licences aux États-Unis d'utiliser et d'exporter la technologie requise pour construire des usines de verre flotté à l'extérieur des États-Unis.

Au Canada, la capacité des titulaires de DPI de faire obstruction au commerce parallèle en intentant des actions en contrefaçon dans des circonstances particulières ne comporte pas, en soi, une exemption étendue à la législation canadienne sur la concurrence¹²⁴. L'imposition de restrictions contractuelles verticales (celles qui visent une marque, une technologie ou un produit particulier que possède une entreprise unique) n'est pas explicitement sanctionnée par les lois sur la propriété intellectuelle et, dans bien des cas, ces restrictions peuvent être considérées comme des éléments du contrat plutôt qu'un droit de propriété intellectuelle¹²⁵. Dans ce contexte, l'utilisation de restrictions verticales contractuelles au commerce international des produits intégrant des DPI resterait aussi assujettie à la *Loi sur la concurrence*¹²⁶, bien que la politique canadienne en la matière ait traditionnellement témoigné d'une grande latitude à l'égard des pratiques de licence verticales et des autres arrangements connexes favorables à l'efficacité.

Les articles 32, 61 et 79 de la *Loi sur la concurrence* traitent explicitement de l'exercice des droits de propriété intellectuelle. L'article 32 est une disposition civile qui permet à la Cour fédérale du Canada d'émettre des ordonnances pour corriger des cas d'exploitation abusive de brevets, de droits d'auteur, de marques de commerce ou de dessins industriels enregistrés. Ces recours disponibles comprennent des ordonnances déclarant nulles les dispositions restrictives des accords de licences, ce qui s'appliquerait aux restrictions territoriales, ou restreignant toute personne de recourir à des dispositions aussi répréhensibles¹²⁷. L'article 32 n'a été appliqué dans aucune cause récente.

L'article 61, qui traite des prix imposés, interdit l'utilisation des droits exclusifs conférés par brevet, marque de commerce, droit d'auteur ou dessin industriel enregistré pour exercer une influence à la hausse sur les prix ou empêcher qu'ils diminuent, ou encore refuser de fournir des biens à quelqu'un qui pratique une politique de bas prix. Une cause récente en vertu de l'article 61 est pertinente à la notion de segmentation des marchés à l'aide de dispositions contractuelles au Canada, bien qu'elle n'ait pas porté explicitement sur un DPI. Dans la cause *Polaroid Canada Inc. c. Continent-Wide Enterprises Ltd.*, le tribunal a statué qu'une disposition contractuelle prévoyant un prix distinct, exagérément élevé, pour les biens destinés à l'exportation, comparativement au prix demandé pour les mêmes biens vendus au Canada, n'enfreignait pas cette disposition¹²⁸. Le refus n'était pas imputable à la politique de bas prix pratiquée par le distributeur mais plutôt à la destination envisagée. Le tribunal a fait le raisonnement que même si la politique de prix à l'exportation constituait une restriction au commerce, il était dans l'intérêt légitime de la société Polaroid de s'assurer d'un approvisionnement adéquat des clients canadiens.

Les dispositions relatives à l'abus de position dominante, qui se trouvent dans les articles 78 et 79, prévoient une évaluation au cas par cas des pratiques restrictives auxquelles se livrent les entreprises dominantes. Le paragraphe 79(5) précise que les actes posés uniquement dans le but d'exercer un droit ou de jouir d'un intérêt tiré d'une loi sur la propriété intellectuelle ne constituent pas des actes anticoncurrentiels aux fins des dispositions relatives à l'abus de position dominante. Cette exception limite la possibilité de prendre des mesures d'application contre les transferts de DPI à des filiales canadiennes aux fins d'exclure les importations parallèles et d'opérer une ségrégation du marché canadien par rapport aux autres marchés.

L'article 78 de la Loi renferme une liste non exhaustive des actes anticoncurrentiels possibles auxquels l'article 79 pourrait s'appliquer. La liste comprend des actes tels que le fait d'obliger ou d'inciter un fournisseur à vendre principalement à certains clients ou à s'abstenir de vendre à un concurrent dans le but de prévenir l'entrée du concurrent sur un marché ou d'y prendre de l'expansion. Le Parlement a laissé délibérément ouverte la liste des actes anticoncurrentiels. Par conséquent, les dispositions relatives à l'abus de position dominante pourraient s'appliquer à un large éventail de pratiques afférentes aux licences, y compris les restrictions territoriales.

Un exemple de cause d'abus de droits de propriété intellectuelle est *NutraSweet*. Dans ce cas, la société NutraSweet avait employé des restrictions contractuelles dans le cadre de la stratégie de commercialisation de son produit édulcorant afin d'étendre artificiellement ses droits exclusifs une fois le brevet expiré¹²⁹. Le Tribunal de la concurrence a rejeté l'argument avancé par NutraSweet voulant que ses diverses clauses d'exclusivité aient été nécessaires pour prévenir l'opportunisme et permettre à la société de récupérer les coûts des approbations réglementaires et de développement des marchés, en affirmant qu'elle n'acceptait pas que NutraSweet ait droit à une plus grande protection contre la concurrence que celle qu'elle était en mesure d'obtenir grâce aux brevets qu'elle avait obtenus et qui lui donnaient une avance considérable sur ses concurrents éventuels¹³⁰.

Plusieurs autres articles de la *Loi sur la concurrence* ne traitent pas explicitement des droits de propriété intellectuelle mais pourraient néanmoins s'appliquer aux restrictions territoriales qui aboutissent à une segmentation des marchés. À titre d'exemple, une tentative de la part de la société Chrysler Canada Inc. pour segmenter les marchés internationaux des pièces de voiture Chrysler en refusant d'approvisionner un distributeur qui exportait ses pièces à l'extérieur du Canada a été jugée en contravention de l'article 75 de la Loi, qui traite du refus d'approvisionnement¹³¹. Chrysler avait fait valoir qu'une condition qui se rattachait à ses ventes était que les produits fournis ne devaient pas être exportés, mais le tribunal n'est pas arrivé à cette conclusion sur la base de la preuve présentée et il a ordonné à la société Chrysler d'approvisionner le distributeur en question. Dans son jugement, le tribunal a noté qu'il n'était pas tenu en vertu de l'article 75 d'ordonner la fourniture des produits dans chaque

cas où les critères de l'article étaient respectés et qu'il pourrait refuser d'émettre une telle ordonnance s'il y avait des intérêts économiques et commerciaux légitimes à protéger. D'autres exemples de cas où ces dispositions pourraient s'appliquer sont, notamment, les pratiques de vente liée, l'exclusivité et les restrictions territoriales au commerce que l'on trouve à l'article 77. Ces infractions de nature civile sont assujetties à une analyse en vertu de la règle de raison et ne sont considérées illégales que lorsque les pratiques en cause pourraient vraisemblablement entraîner une réduction importante de la concurrence et qu'elles satisfont à d'autres critères prévus dans la loi.

En somme, le traitement de la segmentation du marché international dans le cadre de la politique de concurrence a aussi des conséquences particulières sur l'incidence possible du principe de l'épuisement. On peut en déduire que, dans un régime d'épuisement de portée internationale, les restrictions contractuelles ou rattachées à des licences représenteraient, dans bien des cas, des substituts possibles aux droits de contrôle des importations inhérents aux DPI en ce qui a trait au commerce parallèle entre les pays développés.

L'ÉPUISEMENT DES DPI DANS L'UNION EUROPÉENNE

L'UNION EUROPÉENNE FOURNIT UN EXEMPLE PARADIGMATIQUE de la façon dont le principe de l'épuisement a été adopté aux fins explicites de promouvoir l'intégration économique et politique. Avant l'adoption du Traité de Rome, les lois nationales sur la concurrence permettaient la segmentation des marchés au moyen de DPI, de la même façon que les lois nationales des pays de l'ALENA le font aujourd'hui. En vertu du Traité, le recours aux droits de propriété intellectuelle pour restreindre les importations parallèles de produits liés à des DPI dans les États membres de l'UE est limité par deux ensembles de dispositions. Premièrement, les dispositions relatives à la liberté de mouvement fournissent la base nécessaire à l'épuisement des DPI entre les États membres dans l'ensemble de la communauté. Deuxièmement, les dispositions sur la concurrence que renferme le Traité ont été appliquées de manière à imposer des limites strictes aux restrictions territoriales visant les marchés dans les accords de licence. Cette politique découle directement des objectifs fondamentaux du Traité, qui mettent l'accent sur l'intégration économique des États membres.

En ce qui a trait à la libre circulation des biens, les conséquences du Traité pour les droits de contrôle des importations en vertu des lois nationales sur la propriété intellectuelle dépendent de ce que les importations proviennent d'un État membre de l'UE ou d'un autre pays. Si les biens n'ont pas été mis en marché dans un État membre de l'UE, la jurisprudence applicable indique que les brevets, les marques de commerce et les droits d'auteur peuvent, dans de nombreuses circonstances, servir à bloquer les importations parallèles dans l'UE¹². Ainsi, les droits de propriété intellectuelle continuent d'offrir de bonnes

possibilités de contrôler les échanges entre les États membres de l'UE et les autres pays.

Par ailleurs, si les biens ont été commercialisés au sein du marché commun avec le consentement du titulaire du DPI, tout droit de limiter les importations dans l'UE prévues dans les lois nationales sur la propriété intellectuelle est annulé par le Traité. De façon générale, ces marchandises sont assujetties à la doctrine de l'épuisement dans l'ensemble de la communauté. En vertu de cette doctrine, la première vente d'un produit protégé par un DPI avec le consentement du titulaire de ce DPI épuise habituellement le droit qu'a ce dernier de contrôler tout mouvement subséquent du produit au sein de l'UE¹³³.

La doctrine de l'épuisement est un compromis entre le principe de la liberté de mouvement des marchandises et les exceptions qui mettent en cause plusieurs dispositions du Traité. L'article 30 interdit toute restriction quantitative des importations et toute mesure ayant un effet équivalent entre les États membres. Cette disposition a été interprétée largement, de manière à englober toute règle de commerce adoptée par un État membre qui pourrait gêner le commerce intra-communautaire¹³⁴. À titre d'exemple, l'utilisation d'une marque de commerce en Allemagne pour exclure un produit britannique portant légalement la même marque de commerce serait interdite. Cependant, l'article 36 prévoit une exception dans la mesure où certaines restrictions peuvent être justifiées pour divers motifs, y compris la propriété industrielle et commerciale, mais ces restrictions ne doivent pas constituer une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée du commerce entre États membres¹³⁵. Il revient donc aux tribunaux de déterminer ce qui est ou non justifié. En outre, l'article 222 précise que le Traité ne doit aucunement faire obstruction aux règles des États membres sur le régime de propriété. En termes simples, l'article 30 jette les bases de la libre circulation des biens et du principe de l'épuisement, tandis que les articles 36 et 222 valident dans une certaine mesure la pouvoir opposé des lois nationales en matière de propriété intellectuelle de segmenter les marchés.

La doctrine de l'épuisement a été appliquée dans une cause de brevet, entendue en 1974, *Centrafarm B.V. c. Sterling Drug*¹³⁶. Dans cette affaire, un titulaire de brevet des Pays-Bas a tenté de bloquer l'importation parallèle, par un tiers, de produits mis en marché au Royaume-Uni par un détenteur de licence. En réponse à une requête en interprétation présentée par la Cour suprême des Pays-Bas conformément à l'article 177 du Traité, la Cour européenne de justice a déclaré que l'application étendue de la législation hollandaise sur les brevets dans le but de prévenir les importations parallèles n'était pas compatible avec les dispositions relatives à la libre circulation et que le titulaire du brevet ne pouvait empêcher les importations parallèles¹³⁷.

La doctrine de l'épuisement ne supprime pas entièrement la possibilité de prévenir des importations en invoquant des droits de propriété intellectuelle. Ainsi, dans la cause *Pharmon B.V. c. Hoechst*, entendue en 1985, le tribunal n'a pas appliqué le principe de l'épuisement aux importations de biens produits dans un autre État membre de l'UE en vertu d'une licence obligatoire prévue

par la loi¹³⁸. Ce jugement s'appuyait principalement sur l'opinion selon laquelle l'attribution d'une licence obligatoire ne signifiait pas qu'il y avait consentement de la part du titulaire du brevet¹³⁹.

Dans la cause *Centrafarm c. Winthrop*¹⁴⁰, le tribunal a statué que le principe de l'épuisement s'appliquait également aux marques de commerce, même si dans la cause *Hoffman LaRoche c. Centrafarm*¹⁴¹, le tribunal a jugé que le titulaire de la marque de commerce pouvait bloquer les importations parallèles pour le motif que le réemballage ou le réétiquetage des produits pouvait engendrer de la confusion quant à leur origine, contrairement à l'objet d'une marque de commerce.

Deux grands thèmes ont dominé la philosophie d'intégration des marchés dans l'UE : premièrement, le besoin d'éviter que les lois sur la propriété intellectuelle applicables dans l'ensemble de l'UE n'engendrent des tensions en raison des différences existant entre les lois nationales et, deuxièmement, parce qu'une loi applicable à l'ensemble de l'UE pourrait ne pas être adoptée avant un certain délai, tenter d'harmoniser davantage les lois nationales afin de réduire ces tensions¹⁴². À titre d'exemple de tensions engendrées par le principe de l'épuisement, la période de protection moins longue accordée aux brevets dans un État membre signifie que les producteurs consentent à entrer sur ce marché à leurs propres risques; une fois expirée cette période de protection plus courte, des tiers peuvent produire sur ce marché et exporter partout dans l'UE, sans tenir compte des brevets non expirés en vigueur dans d'autres pays.

L'approche de l'UE en matière d'épuisement est étroitement liée au traitement des restrictions territoriales en vertu des dispositions sur la concurrence du Traité de Rome. Les restrictions au commerce parallèle entre les États membres de l'UE sont assujetties aux dispositions du Traité portant sur la concurrence, notamment l'article 85(1)¹⁴³. Cet article interdit généralement les ententes dont l'objectif ou l'effet est de prévenir, de restreindre ou de fausser la concurrence au sein de l'UE. L'article 85(3) permet certaines exemptions lorsque l'entente contribue à améliorer la production ou le progrès économique, tout en permettant aux consommateurs d'obtenir une juste part des avantages. La Commission européenne et la Cour de justice européenne ont généralement adopté une attitude stricte en appliquant cette disposition aux restrictions territoriales visant les marchés.

L'approche rigoureuse au traitement des restrictions territoriales pour des biens intégrant des DPI, en vertu de l'article 85, ressort de la cause *Nungesser c. Commission (Maize Seed)*, entendue en 1982¹⁴⁴. Dans cette affaire, un titulaire de propriété intellectuelle établi en France avait accordé à une entreprise allemande le droit exclusif de distribuer le produit protégé en Allemagne et a il convenu de prendre des mesures pour bloquer l'importation du produit par des tiers¹⁴⁵. Une protection territoriale supplémentaire avait été accordée au détenteur de licence allemand dans le cadre d'une entente conclue entre ce dernier et un tiers importateur, sanctionnée par le tribunal allemand, interdisant l'importation en Allemagne sans son consentement.

La Cour européenne de justice a statué que ces ententes relevaient de l'interdiction générale prévue à l'article 85(1) et qu'elles n'étaient pas exemptées en vertu des dispositions de l'article 85(3). En parvenant à cette conclusion, le tribunal s'est appuyé sur la distinction entre les licences exclusives « ouvertes » et « fermées »¹⁴⁶. Le tribunal a indiqué que les licences exclusives ouvertes pouvaient, dans certaines circonstances, être autorisées. Il a jugé qu'une licence exclusive ouverte, aux termes de laquelle les parties convenaient que le titulaire du brevet n'accorderait aucune autre licence à l'égard d'un territoire ou ne concurrencerait pas lui-même le titulaire de la licence sur ce territoire, pouvait constituer une limite acceptable de la concurrence en vue d'encourager les détenteurs de licences à accepter les risques inhérents aux investissements requis pour développer le marché d'un produit. Mais toute licence exclusive qui équivaut à une restriction territoriale absolue a été jugée contraire à l'article 85(1) et ne pouvait échapper à l'application de cette disposition. Le tribunal a défini une protection territoriale absolue comme étant un contrat dans lequel les parties se proposent de supprimer toute concurrence de la part de tiers, y compris des importateurs parallèles ou des détenteurs de licences, en provenance d'autres territoires.

L'importance des importations parallèles comme moyen de maintenir la concurrence ressort clairement de ce jugement, bien que l'on puisse douter que les jugements subséquents du tribunal démontrent une acceptation croissante des conditions contractuelles visant à prévenir les importations parallèles pour le motif qu'il est nécessaire d'encourager l'investissement¹⁴⁷. Dans le cas présent, toutefois, les ententes conclues ont été considérées comme des licences exclusives fermées parce qu'elles offraient au cessionnaire allemand une protection territoriale absolue (une protection territoriale contre les importateurs parallèles aussi bien que le donneur de licence). Ce jugement constituait un prolongement des interprétations antérieures de la Cour européenne de justice à l'effet que la protection territoriale absolue est contraire à l'esprit du Traité¹⁴⁸.

Les *Lignes directrices sur l'exemption en bloc des licences de brevet*, publiées par la Commission européenne en 1984, suivent l'approche adoptée par la Cour européenne dans la cause *Maize Seed*¹⁴⁹. L'article 1 de ces lignes directrices énumère un certain nombre de dispositions relatives aux licences, y compris les licences exclusives ouvertes, qui donnent lieu à une exemption automatique de l'article 85 du Traité. Cependant, l'article 3 de ces lignes directrices renferme une « liste noire » de dispositions de licence qui ne sont pas admissibles à l'exemption générale. Ces dispositions comprennent des mesures visant à bloquer l'importation parallèle au sein du marché commun. Elles ont été remplacées par une nouvelle exemption générale à l'égard des transferts de technologie, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1996, qui traduit une approche semblable en ce qui a trait aux brevets et aux licences de savoir-faire¹⁵⁰. La nouvelle exemption prévoit aussi que tout accord qui pourrait par ailleurs être exempté peut quand même

être contesté par la Commission lorsque la part de marché détenue par le détenteur de la licence sur le territoire visé dépasse 40 p. 100.

Enfin, il est à noter que dans l'UE, tout comme au Canada et aux États-Unis, les droits de propriété intellectuelle ne sanctionnent pas les restrictions visant le commerce parallèle dans les situations où elles sont appliquées parallèlement à des accords horizontaux visant à restreindre la concurrence en matière d'innovation. Lorsque ces arrangements ont les effets escomptés sur le commerce entre des États membres de l'UE, ils ne sont pas protégés de l'application de l'article 85 du Traité pour le motif qu'ils représentent des tentatives non valides d'étendre la portée de droits de propriété intellectuelle¹⁵¹.

En somme, l'expérience de l'Union européenne nous fournit un exemple de l'utilisation du principe de l'épuisement pour promouvoir l'intégration économique au sein d'une association économique régionale. Les jugements rendus dans les causes pertinentes montrent qu'il a été appliqué de cette façon. Mais le fait que l'épuisement des DPI au sein de l'UE s'appuie sur des motifs politiques et non nécessairement économiques peut limiter l'utilité de l'expérience européenne dans d'autres contextes. Le principe de l'épuisement a suscité un mouvement vers l'harmonisation des lois sur la propriété intellectuelle des pays membres de l'UE, avec comme avantage que les importateurs parallèles ne peuvent exploiter les lois moins rigoureuses d'un pays membre de l'UE pour affaiblir les droits des titulaires de PI dans d'autres États membres. Si le principe de l'épuisement favorise une protection de base efficace des DPI entre les États membres, il permet jusqu'à un certain point des différences au niveau de la portée de ces droits dans le cadre des lois nationales de chaque État membre.

LES OPTIONS SUR LE PLAN DES POLITIQUES : L'APPLICATION POSSIBLE DU PRINCIPE DE L'ÉPUISEMENT

NOUS PARTONS ICI DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE ET JURIDIQUE élaborée dans les deux parties précédentes pour présenter une analyse normative des conséquences de l'application du principe de l'épuisement aux droits de propriété intellectuelle en commerce international, en s'intéressant plus particulièrement aux brevets et aux marques de commerce. L'analyse comporte quatre volets. Premièrement, nous examinons certains arguments mal fondés qui sont parfois invoqués à l'appui du principe de l'épuisement. Ensuite, nous examinons le caractère pratique de deux choix de politique concurrents en matière d'épuisement : i) une politique unilatérale d'épuisement et ii) une politique d'épuisement à l'échelle mondiale¹⁵². Enfin, nous examinons les conséquences de l'adoption du principe de l'épuisement dans la zone de libre-échange nord-américaine.

ARGUMENTS MAL FONDÉS EN FAVEUR DE L'ÉPUISEMENT

DEUX ARGUMENTS QUE L'ON PEUT INVOQUER pour appuyer l'adoption d'une politique générale d'épuisement (unilatérale, à l'échelle mondiale ou pour un groupe de pays) sont que la segmentation internationale des marchés au moyen de DPI i) est anticoncurrentielle en soi et ii) représente une barrière traditionnelle au commerce qui engendre une utilisation non efficiente des ressources productives de la société. Chacun de ces arguments est examiné ci-après.

L'argument selon lequel la segmentation du marché est anticoncurrentielle en soi

On peut faire valoir que les pays devraient interdire la segmentation des marchés (en appliquant le principe de l'épuisement) parce que cette pratique est anticoncurrentielle en soi.

Pendant, l'argument est trompeur pour deux raisons. Premièrement, il ne tient pas compte du fait que, dans la plupart des cas, les parties qui possèdent les DPI sont des membres ou des cessionnaires d'une même entreprise. Dans ce cas, les effets liés à la marque offerte sur le marché ressemblent davantage à des limitations territoriales intra-marque qu'à un complot ou un cartel intra-marque. Par ailleurs, lorsque les droits de propriété intellectuelle sont utilisés pour renforcer ce qui constitue essentiellement un cartel impliquant des entreprises qui, autrement, seraient en concurrence, on peut contester la conduite des parties en vertu des dispositions de la législation sur la concurrence ayant trait aux restrictions de marché horizontales¹⁵³.

Deuxièmement, cet argument ne reconnaît pas que la segmentation du marché international par le jeu des licences de DPI peut, dans bien des cas, avoir des effets favorables à la concurrence. À titre d'exemple, comme nous l'avons signalé, la segmentation du marché au moyen de licences de DPI permet d'obtenir un niveau de bien-être économique plus élevé lorsqu'elle vise à prévenir l'exploitation opportuniste de la propriété intellectuelle. Une pratique qui peut avoir à la fois des effets favorables et défavorables sur la concurrence ne devrait pas être considérée strictement ou a priori anticoncurrentielle.

L'argument selon lequel la segmentation du marché au moyen de DPI est une barrière classique au commerce

On peut aussi faire valoir que les pays devraient interdire la segmentation du marché international parce que cela a des effets semblables aux barrières tarifaires et non tarifaires classiques. Cet argument est aussi trompeur. Comme nous l'avons déjà indiqué, l'application des droits de contrôle des importations fondés sur des DPI, contrairement aux barrières tarifaires et non tarifaires clas-

siques, est assujettie au pouvoir discrétionnaire du titulaire de ces droits. Par conséquent, ce dernier demeure libre de participer au commerce ou de structurer ses licences ou d'autres ententes de manière à interdire aux détenteurs de licences d'exporter ses produits. En outre, le titulaire des droits demeure clairement incité à établir ses activités de production là où il y a des avantages sur le plan des coûts ou des économies d'échelle à exploiter. Cela contraste avec le modèle des barrières tarifaires et non tarifaires classiques, qui stimulent artificiellement la production dans des pays qui n'ont pas d'avantage comparatif à cet égard. Dans ce cas, les ressources productives de la société ne sont pas employées avec efficacité et il en résulte une perte de bien-être économique.

En dépit de cette conclusion générale, nous nous empressons d'ajouter que les pays devraient tenter d'éviter d'imposer des mesures *additionnelles* à la frontière en vue de faire respecter les droits territoriaux en vertu de la législation sur la propriété intellectuelle parce que de telles mesures peuvent restreindre les échanges transfrontières efficaces. Il en est ainsi parce que ces mesures ont tendance à être moins ciblées et peuvent ne pas comporter les mêmes garanties procédurales que celles que l'on retrouve habituellement dans les autres formes de recours dont peut se prévaloir le titulaire de DPI.

L'ADOPTION D'UNE POLITIQUE UNILATÉRALE D'ÉPUISEMENT

À PREMIÈRE VUE, IL PEUT SEMBLER que les pays auraient intérêt à appliquer une politique unilatérale d'épuisement qui éliminerait l'utilisation de leurs lois nationales sur la propriété intellectuelle pour prévenir le commerce parallèle. Une telle politique faciliterait l'importation de produits à prix peu élevé de l'extérieur du pays. Simultanément, elle n'aurait aucun effet direct sur les situations où les prix intérieurs sont déjà peu élevés par rapport aux prix étrangers. Cependant, il existe un certain nombre de circonstances où des importations à prix peu élevé, rendues possibles par l'application du principe général d'épuisement, auraient pour effet de réduire le bien-être dans les pays pratiquant une telle politique. Cela pourrait être le cas, notamment, lorsque les importations traduisent une exploitation opportuniste des investissements faits au niveau de l'achalandage local, de la différenciation du produit ou de la fabrication. Un élément clé à cet égard est que, même si l'application unilatérale du principe de l'épuisement peut entraîner des prix moins élevés sur le marché intérieur, les avantages de ces bas prix pourraient être moins élevés que la perte de bien-être économique associée à des niveaux réduits d'investissement dans l'achalandage local, la différenciation du produit ou la fabrication. À notre avis, l'adoption d'une politique unilatérale d'épuisement qui ne reconnaîtrait pas les avantages économiques possibles de la segmentation des marchés serait mal avisée.

En outre, une politique unilatérale d'épuisement assortie de règles visant à permettre une segmentation du marché fondée sur des DPI dans le but d'exploiter uniquement les situations comportant de effets favorables sur la

concurrence (c'est-à-dire les cas d'opportunisme) serait difficile à mettre en pratique. Premièrement, comme nous l'avons déjà affirmé, il est difficile de distinguer clairement la cause des importations parallèles, c'est-à-dire si elles sont une réaction à une discrimination par les prix ou à des possibilités d'exploitation opportunistes. Par conséquent, des règles d'exemption axées sur des industries, des origines ou des produits particuliers, aux fins de permettre seulement les cas de segmentation du marché ayant un effet favorable sur le bien-être, seraient au mieux arbitraires. Deuxièmement, l'application unilatérale d'une politique d'épuisement pourrait engendrer des réactions négatives et, peut-être, des mesures de représailles, de la part d'autres pays, parce que les titulaires de DPI établis à l'étranger verraient leur rendement réduit dans les pays qui appliquent le principe de l'épuisement sans recevoir d'avantages compensatoires¹⁵⁴.

Troisièmement, les règles générales permettant de recourir à des DPI pour prévenir les importations parallèles pourraient encourager la segmentation du marché aussi bien dans les cas où cela réduirait le bien-être que dans les cas où il serait avantageux de le faire. À titre d'exemple, une exemption générale pour les investissements axés sur l'achalandage pourrait favoriser des investissements non efficaces visant essentiellement à faciliter la discrimination par les prix. De même, des règles visant à assouplir l'application du principe de l'épuisement de la propriété intellectuelle exploitée au Canada pourraient entraîner une production canadienne inefficace des biens en question¹⁵⁵. Pour ces raisons, on ne peut garantir, en vertu d'une politique de ce genre, que le bien-être économique serait toujours favorisé par rapport au statu quo.

UNE POLITIQUE D'ÉPUISEMENT À L'ÉCHELLE MONDIALE

EN VERTU D'UNE POLITIQUE D'ÉPUISEMENT À L'ÉCHELLE MONDIALE, le niveau de protection de la propriété intellectuelle dans un pays aurait tendance à s'aligner sur la norme du pays qui offre le niveau de protection le moins élevé. Au moment où la protection offerte par le brevet arrive à échéance dans le pays offrant le niveau de protection le moins élevé, de nouveaux fabricants dans ce pays commenceraient à produire des biens qui pourraient remplacer l'invention originale. En vertu du principe de l'épuisement, ces biens pourraient circuler librement vers d'autres pays où les normes de protection de la propriété intellectuelle sont plus élevées et anéantir les rendements obtenus par les titulaires de DPI de ces pays. Cela compromettrait les objectifs des lois sur la propriété intellectuelle de ces pays.

En outre, une politique d'épuisement à l'échelle mondiale ne permettrait pas de reconnaître la nécessité pour les fabricants de prévenir l'opportunisme. Dans de nombreux pays tels que le Canada, le droit des contrats et le droit de la concurrence pourraient aider à protéger le pouvoir qu'ont les fabricants de segmenter le marché dans les situations où cela est favorable à la concurrence. Cependant, dans d'autres pays, le droit des contrats et le droit de la concurrence

ne constitueraient pas un substitut suffisant à la protection inhérente aux DPI. Les avantages d'une politique d'épuisement à l'échelle mondiale sont limités à moins qu'il n'y ait une certaine uniformité au niveau des normes des lois sur la concurrence et sur les contrats.

CONSÉQUENCES DE L'ADOPTION DU PRINCIPE DE L'ÉPUISEMENT EN AMÉRIQUE DU NORD

DIVERS COMMENTATEURS SE SONT DIT EN FAVEUR de l'adoption du principe de l'épuisement au sein de l'ALENA¹⁵⁶. Dans une large mesure, cette position est fondée sur l'argument voulant que le principe de l'épuisement au sein de l'UE ait démontré qu'une telle politique était souhaitable dans une zone de libre-échange. Ainsi, selon Knopf, la Communauté européenne a été, depuis 30 ans, un laboratoire d'expérimentation de ce principe (l'épuisement) et d'autres et cette expérience semble avoir donné de bons résultats¹⁵⁷.

Il faudrait toutefois être prudent en tentant de fonder une politique d'épuisement en Amérique du Nord uniquement sur l'expérience européenne. Comme nous l'avons indiqué dans la partie intitulée « L'épuisement des DPI dans l'Union européenne », l'adoption de cette doctrine dans l'UE est inspirée, en partie, des objectifs sociaux et politiques de l'Union qui visent à promouvoir et à assurer des relations plus ouvertes et harmonieuses entre les États membres. Dans cette perspective, le retrait des obstacles perçus, qu'ils soient d'origine privée ou gouvernementale, au commerce interne est considéré comme bénéfique en soi. Jusqu'à maintenant, l'objectif de promouvoir l'intégration du marché n'a pas reçu autant d'attention dans le contexte de l'ALENA. Néanmoins, à mesure qu'évoluera l'ALENA et que le degré d'intégration des pays participants augmentera, il deviendra plus facile d'envisager les avantages possibles de l'adoption du principe de l'épuisement dans la zone de l'ALENA d'un point de vue économique.

En réfléchissant aux avantages et aux coûts éventuels de l'adoption du principe de l'épuisement dans le cadre de l'ALENA, il importe de garder à l'esprit les motifs de la segmentation des marchés et les effets économiques découlant d'une interdiction de la segmentation dans chaque cas. En premier lieu, l'adoption d'une politique d'épuisement aurait tendance à interdire certaines pratiques qui, par ailleurs, permettraient d'accroître le bien-être économique des pays participants. Plus précisément, elle réduirait la capacité des titulaires de DPI de prévenir les comportements opportunistes. Cependant, comme il ressort de l'analyse présentée dans cette étude, les dispositions contractuelles contenues dans les accords de licence peuvent constituer une bonne solution de rechange pour les titulaires de DPI dans ces cas. En particulier, l'accès à des régimes juridiques appropriés régissant les contrats dans chacun des pays participants pourrait permettre la segmentation du marché aux fins de prévenir l'exploitation opportuniste des investissements.

En second lieu, l'adoption d'une politique d'épuisement réduira la possibilité de recourir à certaines pratiques qui, autrement, auraient pu abaisser le bien-être économique des pays participants. Ainsi, il serait plus difficile de recourir à des licences de DPI pour faciliter la collusion. Bien entendu, des lois rigoureuses sur la concurrence devraient exister de façon générale pour écarter toute autre possibilité de comportement collusoire.

Un autre facteur d'incitation à la segmentation des marchés est la discrimination par les prix à l'échelon international. Une politique d'épuisement limiterait la possibilité pour les titulaires de DPI de recourir à une telle pratique. Cependant, il n'est pas clair que le fait de limiter la discrimination par les prix à l'échelon international accroîtrait ou diminuerait le bien-être économique des pays participants; les effets économiques d'une différenciation des prix de troisième degré sont ambigus. Comme Malueg et Schwartz l'ont indiqué, si la dispersion de la demande entre les pays est faible, la suppression de la discrimination par les prix entre ces pays aura vraisemblablement pour effet d'accroître leur bien-être économique. Au moment d'évaluer les effets entre pays de l'adoption d'une telle politique, les différences relatives dans les caractéristiques de la demande sont un élément important à considérer.

Une autre question dont il faut tenir compte en évaluant les effets économiques de l'épuisement est le niveau relatif de protection des DPI dans chaque pays participant. Comme nous l'avons mentionné, dans un régime d'épuisement, le niveau réel de protection des DPI glissera vers la norme la plus faible parmi les pays participants. Par conséquent, l'épuisement n'est viable, en pratique, que lorsque les pays appliquent des normes équivalentes de protection des droits de propriété intellectuelle.

Ce cadre peut servir à évaluer les effets de l'application d'une politique d'épuisement qui engloberait le Canada et les États-Unis et, de façon plus générale, la zone de l'ALENA. À notre avis, il semble probable que l'application du principe de l'épuisement au Canada et aux États-Unis aurait des effets positifs sur le bien-être économique des deux pays. Premièrement, le Canada et les États-Unis disposent de régimes juridiques bien développés en matière de contrats, auxquels les titulaires de DPI peuvent recourir pour segmenter le marché aux fins de prévenir les comportements opportunistes. Deuxièmement, le Canada comme les États-Unis possèdent des lois rigoureuses en matière de concurrence qui peuvent être invoquées pour atténuer les préoccupations à l'égard de comportements anticoncurrentiels entre les deux pays et promouvoir de façon générale des pratiques favorables à la concurrence. Troisièmement, les caractéristiques générales de la demande au Canada et aux États-Unis se ressemblent. Comme il ressort de l'examen des études empiriques, les écarts de prix pour les biens visés par des DPI dans les deux pays ne sont pas significatifs. Parce que les caractéristiques de la demande sont semblables, l'application du principe de l'épuisement en vue de prévenir la discrimination par les prix à l'échelon international aurait vraisemblablement pour effet d'améliorer le bien-être économique dans les deux pays. Enfin, les normes de protection de

la propriété intellectuelle dans les deux pays sont très semblables. En vertu d'une politique bilatérale d'épuisement, il y aurait peu de risque d'érosion des normes de protection de la propriété intellectuelle dans l'un ou l'autre pays. En somme, une politique d'épuisement qui s'étendrait au Canada et aux États-Unis améliorerait vraisemblablement le bien-être économique dans les deux pays.

Pour ce qui est de l'adoption d'une politique d'épuisement pour l'ensemble de l'ALENA, l'inclusion du Mexique vient compliquer l'évaluation des effets économiques. Dans la présente étude, nous n'avons pu évaluer les lois mexicaines en matière de concurrence et de propriété intellectuelle dans l'optique de la segmentation du marché international, comme nous l'avons fait pour la législation des États-Unis et du Canada. Mais il semble raisonnable de soutenir que le Mexique vient tout juste de réformer sa législation sur la concurrence et la propriété intellectuelle et qu'il s'emploie encore à acquérir une certaine expérience dans ces domaines. En outre, il y a généralement une dispersion importante de la demande entre le Mexique et le reste de l'Amérique du Nord. Par conséquent, il est moins clair qu'une politique d'épuisement pour l'ensemble de l'Amérique du Nord (incluant le Mexique) supprimerait les cas de discrimination par les prix qui contribuent à réduire le bien-être.

CONCLUSION

UN ASPECT IMPORTANT DU DÉBAT sur la propriété intellectuelle, la concurrence et le commerce international est le recours aux droits de propriété intellectuelle pour segmenter le marché international. À des degrés divers, les lois sur la propriété intellectuelle de la plupart des pays permettent aux titulaires de ces droits d'exclure des versions étrangères concurrentes de leurs produits, même lorsque ces versions sont fabriquées légitimement en vertu de la législation sur la propriété intellectuelle de pays étrangers.

Dans ce document, nous avons montré que les effets économiques de la segmentation du marché au moyen de DPI sont à la fois complexes et difficiles à prédire. Pour déterminer les conséquences économiques de ce phénomène dans un contexte particulier, il faut vraisemblablement examiner attentivement tout un ensemble de facteurs tels que les motivations d'ordre privé inhérentes à la segmentation du marché, les solutions de rechange à la segmentation du marché, les différences entre les systèmes de propriété intellectuelle des pays qui adoptent le principe de l'épuisement, ainsi que la capacité d'appliquer ce principe de façon unilatérale. Compte tenu de l'éventail des questions à envisager dans le contexte d'une politique d'épuisement, il est difficile a priori de déterminer si une telle politique servirait les intérêts d'un pays en particulier. En outre, la nature du sujet – le commerce illicite des produits de la propriété intellectuelle – rend évidemment difficile tout examen empirique.

En ce qui a trait aux marques de commerce, nous ferions valoir qu'il est nécessaire d'examiner attentivement les circonstances particulières dans

lesquelles les droits liés aux marques de commerce permettent de prévenir les importations parallèles au Canada. Les causes récentes entendues au Canada laissent penser que ces circonstances peuvent aller au delà des préoccupations classiques au sujet de la « substitution » pour englober la protection des investissements faits au niveau de l'achalandage ou de la fabrication. Si l'on peut interpréter cela comme un rapprochement entre la législation sur les marques de commerce et l'analyse économique de la segmentation du marché en vue de protéger les investissements locaux, il faut alors se préoccuper de la possibilité que des investissements locaux inefficients soient faits uniquement en vue d'appuyer des formes profitables de discrimination par les prix.

En ce qui a trait à l'application du principe de l'épuisement au sein de l'ALENA, comme nous l'avons indiqué tout au long de l'étude, elle nécessiterait une convergence réelle des politiques de propriété intellectuelle et de concurrence. Si cela a été accompli dans une large mesure au Canada et aux États-Unis, nous n'avons pas tenté d'évaluer jusqu'où le Mexique était parvenu à imposer des normes semblables de protection des droits de propriété intellectuelle et d'application des lois sur la concurrence. Néanmoins, à mesure que convergent les méthodes d'application de ces politiques et que l'intégration économique des pays de l'ALENA poursuit naturellement son cheminement, nous atteindrons éventuellement le stade où il faudra envisager d'adopter une politique d'épuisement dans l'ensemble de la zone de l'ALENA. Une solution de rechange serait que le Canada et les États-Unis commencent à étudier l'opportunité d'appliquer le principe de l'épuisement dans les deux pays dans un avenir moins lointain.

NOTES

- 1 Consommation et Coprporations Canada, *La propriété intellectuelle et les intérêts commerciaux du Canada : rapport sommaire*, Ottawa, 1990.
- 2 Voir, dans l'Accord de libre-échange nord-américain, le chapitre 15 intitulé « Concurrence et antitrust, entreprises d'État » et le chapitre 17 intitulé « Propriété intellectuelle ».
- 3 L'un des résultats clés des négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round a été l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). En outre, si les accords de l'Uruguay Round ne renferment pas de dispositions générales traitant de la politique de concurrence, un certain nombre d'accords déjà en vigueur intègrent des dispositions qui traitent des pratiques anti-concurrentielles des entreprises. Parmi ceux-ci, il y a l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce et l'Accord sur les mesures concernant les investissements liées au commerce (TRIM). Pour un aperçu des dispositions pertinentes, voir Peter Lloyd et Gary Sampson, « Competition and Trade Policy: Identifying the Issues After the Uruguay Round », *The World Economy*, vol. 18, n° 5, septembre 1995, p. 681-705.

- En décembre 1996, la Conférence ministérielle des membres de l'OMC, tenue à Singapour, a établi un Groupe de travail de l'OMC chargé d'examiner les questions soulevées par l'interaction de la politique commerciale et de la politique de concurrence.
- 4 Il faudrait faire une distinction entre la capacité d'exclure les versions produites légitimement à l'étranger (ce que l'on appelle les biens « gris » dans le contexte des biens protégés par une marque de commerce) ou les importations parallèles de l'exclusion des versions qui constituent véritablement du piratage (c'est-à-dire des biens illégitimes même dans leur pays d'origine).
 - 5 David A. Malueg et Marius Schwartz, « Parallel Imports, Demand Dispersion and International Price Discrimination », *Journal of International Economics*, vol. 37, n° 3, novembre 1994, p. 167-195; Nancy T. Gallini, *An Economic Analysis of Grey Market Imports in Canada*, Bureau de la concurrence, Ottawa, novembre 1992.
 - 6 Voir Malueg et Schwartz, *idem*, et R. D. Anderson, P. J. Hugues, S. D. Khosla et M. F. Ronayne, *Intellectual Property Rights and International Market Segmentation: Implications of the Exhaustion Principle*, Bureau de la concurrence, Ottawa, document de travail, octobre 1990.
 - 7 Anderson et coll., *supra*, note 6.
 - 8 Pour plus de détails au sujet de la politique d'épuisement des DPI dans la CE, voir la partie intitulée « L'épuisement des DPI dans l'Union européenne » dans ce chapitre.
 - 9 Voir la partie intitulée « Les options sur le plan des politiques : l'application possible du principe de l'épuisement » dans ce chapitre.
 - 10 Commission des pratiques restrictives du commerce, *Rapport concernant la fabrication, la distribution et la vente de médicaments*, Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1963.
 - 11 Voir R. D. Anderson, S. D. Khosla et M. F. Ronayne, « The Competition Policy Treatment of Intellectual Property Rights in Canada: Retrospect and Prospect », dans *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, publié sous la direction de R. S. Khemani et W. T. Stanbury, Institut de recherche en politiques publiques, Halifax, 1991, chapitre 23, p. 497-538 et 508-509.
 - 12 Pour une analyse minutieuse, voir Howard P. Knopf, « Trade-Marks Law and the Free Flow of Goods in Canada », dans *Trade-Marks Law of Canada*, publié sous la direction de Gordon F. Henderson, Carswell, Scarborough, 1993, chapitre 13, p. 333-376.
 - 13 Voir *infra*, « Facteurs d'incitation privés à la segmentation du marché international et conséquences sur le plan du bien-être ».
 - 14 *United States v. Pilkington plc and Pilkington Holdings Inc.* (CCH 1994-2 Trade Cases 70,842).
 - 15 Bien entendu, la possibilité de substituer des restrictions contractuelles aux restrictions territoriales fondées sur des DPI est limitée par un certain nombre d'autres facteurs, par exemple la non-applicabilité générale des droits contractuels à des tiers (la doctrine du lien contractuel). Pour une analyse plus approfondie, voir la partie intitulée « La substituabilité des contrats et des DPI aux fins de segmenter le marché international », dans ce chapitre.
 - 16 En particulier, cette partie s'inspire de l'analyse de Gallini, *supra*, note 5; Malueg et Schwartz, *supra*, note 5; Anderson et coll., *supra*, note 6. P. Rey et R. A. Winter, « Restrictions axées sur l'exclusivité et propriété intellectuelle », dans cet ouvrage, examinant aussi certaines de ces questions dans le contexte des territoires exclusifs.
 - 17 La discrimination par les prix de troisième degré suppose que l'on pratique des prix différents pour différents groupes de consommateurs en fonction de leurs caractéristiques exogènes. Pour une analyse de cette forme de discrimination par les prix, voir

- Hal R. Varian, « Price Discrimination », dans *The Handbook of Industrial Organization*, publié sous la direction de Richard Schmalensee et Robert Willing, North Holland, Amsterdam, 1989, chapitre 10, p. 617-624.
- 18 Voir Varian, *idem*.
- 19 Il est à noter, toutefois, que les brevets (et les droits d'auteur) ne supposent pas toujours la création d'un pouvoir de marché important dans la mesure où le marché du produit visé par un droit de propriété intellectuelle sera vraisemblablement plus restreint que le marché anticoncurrentiel pertinent. Voir J. Paul McGrath, « Patent Licensing: A Fresh Look at Antitrust Principles in a Changing Economic Environment », *Patent and Trademark Review*, vol. 82, n° 9, septembre 1984, p. 355-365.
- 20 En pratique, les entreprises n'ont habituellement besoin que d'un degré limité de pouvoir sur le marché pour pratiquer la discrimination par les prix. Voir Severin Borenstein, « Selling Costs and Switching Costs: Explaining Retail Gasoline Margins », *Rand Journal of Economics*, vol. 22, automne 1991, p. 354-369.
- 21 Voir Varian, *supra*, note 17. Dans le contexte de la segmentation du marché international, le bien-être total est mesuré comme étant la somme du surplus des consommateurs et des bénéficiaires pour l'ensemble des marchés. Cette mesure peut être appelée le bien-être « mondial ».
- 22 Voir Jerry Hausman et Jeffrey MacKie-Mason, « Price Discrimination and Patent Policy », *Rand Journal of Economics*, vol. 19, été 1988, p. 253-265. Les auteurs présentent un modèle dans lequel un monopoleur, dont le coût marginal ne s'accroît pas, fournit des produits à deux marchés distincts. Dans leur exemple, lorsqu'il est assujéti à la contrainte d'un prix uniforme, le monopoleur ne dessert que le marché où la demande est élevée. Par contre, lorsqu'il est libre de pratiquer la discrimination par les prix, il dessert les deux marchés mais sans augmenter le prix sur le marché où la demande est élevée.
- 23 Malueg et Schwartz, *supra*, note 5.
- 24 Dans un régime de prix uniforme, le monopoleur établit un prix auquel tous les pays achètent le produit (tous les marchés se trouvent servis) lorsqu'il y a peu d'écart au niveau de l'élasticité de la demande entre pays. Dans ce cas et en supposant la linéarité de la demande, la production totale n'augmente pas en raison de la discrimination (une condition nécessaire pour que le bien-être global augmente dans un régime de discrimination), de sorte que le bien-être global doit être plus élevé en vertu d'un régime de prix uniforme.
- 25 Malueg et Schwartz, *supra*, note 5, identifient un impact supplémentaire sur le bien-être dans un régime de prix uniforme, ce qui distingue leurs résultats de ceux de Hausman et MacKie-Mason, *supra*, note 22. Ils affirment que lorsqu'il y a plus de deux marchés, à mesure que les marchés à prix moins élevés sont abandonnés, le monopoleur réoptimise son prix uniforme à la hausse, engendrant une baisse supplémentaire de la production. En conséquence, la dispersion accrue fait qu'éventuellement une stratégie de prix uniforme est inférieure à une stratégie de discrimination non en raison de l'abandon de certains marchés, mais parce que le fait que les marchés sont abandonnés incite le monopoleur à réoptimiser et à relever son prix.
- 26 Malueg et Schwartz signalent que, incidemment, l'essentiel des gains de bien-être est réalisé sur un très petit nombre de groupes. Ainsi, on peut imaginer de répartir les pays en quelques blocs en fonction du revenu par habitant – c'est-à-dire faible, moyen et élevé – et de permettre la discrimination uniquement entre ces blocs. Malueg et Schwartz, *supra*, note 5.

- 27 Une autre motivation possible de la segmentation du marché international qui peut jouer indépendamment de l'hypothèse de l'exploitation opportuniste, à savoir la prévention de la « concurrence destructrice », est mentionnée dans Gallini, *supra*, note 5. En particulier, supposons que le titulaire d'un DPI doit exiger un frais fixe pour céder sous licence son DPI. Supposons qu'il souhaite également accorder des licences à différents distributeurs établis dans différents pays pour des raisons semblables à celles décrites précédemment. Lorsque le détenteur de licence aura assumé les coûts (non récupérables) correspondant aux frais fixes de la licence, il sera incité à vendre une partie de ses biens dans les pays étrangers à des prix inférieurs à ceux du distributeur établi dans ce pays. Cela réduira le rendement que touchent les distributeurs étrangers, peut-être jusqu'au point où ils ne pourront même plus assumer les frais fixes de leur licence. La segmentation du marché international peut aider à prévenir une telle occurrence.
- 28 L'exploitation opportuniste, ou piratage, peut se produire dans les deux sens. Ainsi, si un distributeur sur le marché intérieur et un distributeur étranger font face à des conditions de marché semblables et font des investissements comparables dans des activités de promotion, chaque distributeur pourra tenter de vendre une partie de ses produits sur le territoire de l'autre. Dans ce cas, chacun des distributeurs ne pourra capter l'ensemble de la rente associée à ses investissements et, par conséquent, réduira ses activités de promotion.
- 29 Voir, dans le présent chapitre, la partie intitulée « La politique de concurrence et le traitement des restrictions contractuelles au commerce international aux États-Unis et au Canada » qui renferme une analyse de cas où des ententes de partage du marché international impliquant des licences de brevet ont été traitées comme des complots visant à restreindre le commerce.
- 30 Gallini propose une autre façon dont les territoires exclusifs peuvent faciliter la collusion tacite en atténuant la concurrence. Gallini, *supra*, note 5.
- 31 Voir, par exemple, R. C. Marston, « Pricing to Market in Japanese Manufacturing », *Journal of International Economics*, vol. 29, 1990, p. 217-236; ou K. Kasa, « Adjustment Costs and Pricing to Market: Theory and Evidence », *Journal of International Economics*, vol. 32, 1992, p. 1-30.
- 32 Voir D. G. Tarr, « An Economic Analysis of Gray Market Imports », *Federal Trade Commission*, septembre 1985.
- 33 Voir J. S. Chard et C. J. Mellor, « Intellectual Property Rights and Parallel Imports », *World Economy*, vol. 12, 1989, p. 69-83.
- 34 Voir, par exemple, M. M. Knetter, « Price Discrimination by U.S. and German Exporters », *American Economic Review*, vol. 79, 1989, p. 198-210.
- 35 J. C. Hilke, « Free Trading or Free-Riding: An Examination of the Theories and Available Empirical Evidence on Gray Market Imports », *World Competition*, vol. 79, 1988, p. 244-250.
- 36 Voir Steven Globerman, *Canada's Interest in Two Way Exhaustion of Intellectual Property Rights in Trade with the United States*, Consommation et Corporations Canada, Ottawa, 1987, p. 10.
- 37 J. Kushner et I. Masse, « Patents as a Basis for International Price Discrimination », *Antitrust Bulletin*, vol. 21, n° 4, hiver 1976, p. 639-656.
- 38 Ake Blomqvist et Chin Lim, *Copyright, Competition and Canadian Culture: The Impact of Alternative Copyright Provisions on the Book Publishing and Sound Recording Industries*, Consommation et Corporations Canada, Ottawa, 1981.

- 39 Ake Blomqvist et Chin Lim, *Copyright Act Import Provisions: Effects on the Book and Record Trades*, Comité interministériel sur la révision de la *Loi sur le droit d'auteur*, document reprographié, juin 1979, partie B, p. 20.
- 40 Voir, par exemple, Conseil économique du Canada, *Rapport sur la propriété intellectuelle et industrielle*, Information Canada, Ottawa, 1971.
- 41 Anderson et coll., *supra*, note 6.
- 42 La mesure dans laquelle un détenteur de propriété intellectuelle peut faire du commerce afin de réduire ses coûts au minimum et, ainsi, saisir les gains découlant des échanges a aussi été étudiée dans l'ouvrage de Demaret, *Patents, Territorial Restrictions and EEC Law*, Max-Planck Institute for Foreign and International Patent, Munich, Copyright and Competition Law, 1978, p. 835. À cet égard, Demaret affirme :
- Lorsque le coût de production est inférieur dans un territoire par rapport à un autre ou lorsque les économies d'échelle exigent que la production soit concentrée dans une seule usine, on peut s'attendre à ce que le titulaire du brevet implante ses établissements de production sur un seul territoire [...] et exporte vers les autres territoires [...] Si, par ailleurs, les coûts d'expédition et les droits tarifaires rendent les exportations non profitables, il est dans l'intérêt du titulaire du brevet de construire des usines sur les deux territoires [...]
- [Traduction]
- 43 Voir également Anderson et coll., *supra*, note 6. Pour des données de référence, voir Peter C. Ward, « The Tariff Act of 1930, Section 337: An Antitrust Ugly Duckling », *Antitrust Bulletin*, vol. XXVII, n° 2, été 1982, p. 355-388.
- 44 Pour un examen plus détaillé du recours à l'article 337 en tant que barrière commerciale et des conséquences économiques de cet obstacle, voir M. Schwartz, « Patent Protection Through Discriminatory Exclusion of Imports », *Review of Industrial Organization*, vol. 6, 1991, p. 231-246.
- 45 Au Canada, les causes entendues au Royaume-Uni et ailleurs dans le Commonwealth en ce domaine s'appliqueraient probablement. Voir la partie intitulée « Les marques de commerce », dans ce chapitre. Dans la cause de brevet *Dickerson v. Tinsling*, entendue aux États-Unis, 84 F. 192 (8th Cir. 1897), les importations de biens américains vendus à l'étranger, soit par un titulaire de brevet assujéti à des restrictions interdisant leur revente subséquente aux États-Unis, soit par un détenteur de licence assujéti à une restriction territoriale, à un acheteur informé de ces restrictions ont été considérées comme une contrefaçon du brevet d'un produit américain. Le tribunal a noté que l'avis donné à l'acheteur pouvait être immédiat ou décalé dans le temps, ce qui signifie qu'il n'est pas nécessaire de donner un avis exprès pour empêcher un acheteur indépendant d'importer les biens visés par le brevet.
- 46 La doctrine juridique appliquée ici est celle du lien contractuel, où seulement les parties à un contrat peuvent tenter une action à cet égard, sous réserve de certaines exceptions.
- 47 Même si la loi et la jurisprudence mexicaines ne sont pas examinées ici, il importe de signaler que la loi mexicaine est conforme au chapitre 17 de l'ALENA, qui exige que les parties à l'Accord respectent des niveaux élémentaires de protection des DPI.
- 48 L'objet précité d'un brevet décrit un objet acceptable aux États-Unis. U.S. *Patent Act*, 35 U.S.C. § 101. Au Canada, un objet acceptable englobe également un « art. ». *Loi sur les brevets*, S.R.C., ch. P-4, art. 2. Conformément à la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, telle que révisée la dernière fois à Stockholm

- (1967), l'article 4bis reconnaît qu'un brevet accordé dans un pays est indépendant d'un brevet accordé pour la même invention dans un autre pays.
- 49 Canada, *Loi sur les brevets*, S.R.C. P-4, art. 44 et 35 U.S.C. 154, telles que modifiées; l'article 33 de l'ADPIC prévoit une période de 20 ans à compter de la date du dépôt d'une demande de brevet.
 - 50 Pour une analyse, voir F. M. Scherer et David Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Rand-McNally, Chicago, 1984, 2^e édition, p. 440-450.
 - 51 Harold G. Fox, *Canadian Patent Law & Practice*, The Carswell Company Ltd., Toronto, 1969, 4^e édition, p. 6.
 - 52 (1883), 25 Ch. D. 1 (C.A.). Voir également David Gladwell, « The Exhaustion of Intellectual Property Rights », *European Intellectual Property Review*, vol. 12, 1986, p. 367-368.
 - 53 *Idem*, p. 8.
 - 54 Kenya : *Beecham Group v. International Products*, [1968] R.P.C. 129 (H.C.), Hong Kong : *Beecham Group v. Shewan Tomes (Traders)*, [1968] R.P.C. 268, Singapour : *Sime Darby Singapore v. Beecham Group*, [1968] 2 M.L.J. 161, tel que discuté dans W. A. Rothnie, *Parallel Imports*, Sweet and Maxwell, Londres, 1993, p. 134 et *sqq.*
 - 55 (1871), 5 Ch. App. 239. Pour une analyse de cette cause, voir également Harold G. Fox, *supra*, note 51, p. 385.
 - 56 Le tribunal a fait observer que, si le titulaire du brevet avait cédé son brevet du Royaume-Uni à une autre partie mais avait continué de fabriquer le produit à l'étranger, le produit n'aurait pu être vendu au Royaume-Uni parce qu'il aurait violé les droits du cessionnaire. *Idem*, p. 245. Pour un examen de cette cause, voir Gladwell, *supra*, note 52, p. 367-368.
 - 57 En vertu des alinéas 65(a) et (b) et de l'article 66 de la *Loi sur les brevets*.
 - 58 *Loi sur les brevets*, alinéa 66(1)a). Les causes indiquent également que l'article 67 s'applique même lorsqu'il s'avère plus coûteux d'exploiter des inventions brevetées au Canada sur une base commerciale que de desservir le marché canadien à partir de sources étrangères. Pour un examen de cette question, voir Fox, *supra*, note 51, p. 547.
 - 59 La principale cause canadienne à cet égard est *Hatton et al. c. Copeland-Chatterson Co.* (1906), 37 S.C.R. 651. Il est à noter que la possibilité d'associer à des produits brevetés des restrictions territoriales lorsque celles-ci sont communiquées aux acheteurs successifs est une exception au principe général selon lequel les conditions rattachées aux producteurs à la revente de leurs produits ne s'appliquent qu'à l'égard du premier acheteur de ces produits. Voir *Taddy & Co. c. Sterious & Co.*, [1904] 1 Ch. 358 et *McGruther c. Pitcher*, [1904] 2 Ch. 306.
 - 60 *Keeler v. Standard Folding Bed Company*, 157 U.S. 659 (U.S.S.C. 1895).
 - 61 *Holiday v. Matheson*, 24F. 185 (S.D.N.Y. 1885) et *Dickerson v. Matheson*, 57 F. 524 (2nd Cir. 1893).
 - 62 Voir *infra*, p. 708, l'examen qui est fait de la cause *Mallinckrodt Inc. v. Mediport, Inc.*, 976 F.2d 700 (1992), où la Cour de 9^e circuit a renversé le jugement de la Cour de district, 15 U.S.P.Q. (2d) 1113 (1990), qui avait statué qu'aucune condition ou restriction ne pouvait être imposée à la revente d'un article breveté et à la p. 704 et *sqq.* en ce qui a trait à l'exploitation abusive d'un brevet.
 - 63 *Dickerson v. Matheson*, *supra*, note 61.
 - 64 *Dickerson v. Tirling*, 84 F. 192 (8th Cir. 1897). Pour un examen de ces questions, voir Peter D. Rosenberg, *Patent Law Fundamentals*, Clark Boardman, New York, 1980, 2^e édition, p. 18-25. Le tribunal a jugé que l'avis pouvait être « immédiat ou décalé »

et que le monopole du brevet demeurait intact, ce qu'au moins un commentateur a considéré comme voulant dire a) qu'il n'était pas nécessaire que l'avis soit donné par contrat mais que l'on pouvait recourir à tout autre moyen et b) que la responsabilité s'appliquait comme s'il s'agissait d'une contrefaçon d'un brevet et n'était pas de nature contractuelle. Voir également W. A. Rothnie, *supra*, note 54, aux p. 174-175.

- 65 *United States v. Westinghouse Elec. Corp.*, 471 F. Supp. 532 (N.D. Cal. 1978), confirmé par 648 F. 2d 642 (9th Cir. 1981).
- 66 La loi de 1988 a modifié l'article 271 pour préciser que quiconque « importe aux États-Unis sans en avoir l'autorité ou vend ou utilise au États-Unis un produit qui a été fabriqué par un procédé breveté aux États-Unis peut être reconnu coupable de contrefaçon [...] [Traduction] Voir titre IX de la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988, P.L. 100-48.
- 67 Voir, par exemple, *Cummer-Graham Co. v. Straight Side Basket Corp.*, 1944-45 U.S. Trade Cases (CCH) ¶ 57,241 (F. 2d 1944); requête rejetée 65 S. Ct. 60. Parce qu'elles n'étaient pas protégées en droit en vertu du *Patent Code* des États-Unis, les restrictions à l'égard de ces importations étaient assujetties aux lois antitrust des États-Unis. Voir Barry E. Hawk, *United States, Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide*, vol. 1, Frederick, MD: Aspen Law and Business, 1996, p. 383-384.
- 68 35 U.S.C. § 261. L'article 261 du *Patent Code* des États-Unis accorde expressément au titulaire du brevet, à ses cessionnaires ou représentants légaux le pouvoir de transférer les droits exclusifs d'un brevet à la totalité ou à une partie désignée des États-Unis.
- 69 484 F. 2d 407 (6th Cir. 1973) requête rejetée 415 U.S. 917 (1974). Voir également *Brownell v. Ketcham Wire Mfg. Co.*, 211 F.2d 121 (9th Cir. 1954).
- 70 86 F. 2d 267 (6th Cir. 1936). La cause portait sur l'octroi d'une licence exclusive pour l'ensemble des États-Unis, que le tribunal a jugé conforme aux droits du titulaire du brevet et non contraire aux lois antitrust. L'utilisation de l'article 261 pour appuyer la validation globale des interdictions d'importation en vertu de la législation antitrust a été critiquée parce qu'elle ne tenait pas compte des différences qui existent entre les facteurs commerciaux dans le contexte national et étranger, par exemple les écarts dans les barrières à l'entrée et le fait que les répercussions de l'article 261 sur le marché soient atténuées par la doctrine de la « première vente » aux États-Unis, laquelle annule la possibilité d'imposer des restrictions territoriales aux États-Unis après la première vente du produit en cause. On a aussi critiqué cette démarche parce qu'elle ne tenait pas compte des considérations économiques liées aux pratiques contractuelles. Hawk, *supra*, note 67, vol. 1, p. 392-393 et Anderson et coll., *supra*, note 6.
- 71 7 F. Cas. 946 (N.D.N.Y. 1874).
- 72 Voir, à cet égard, Hawk, *supra*, note 67, vol. 1, p. 395.
- 73 Aux États-Unis, les marques utilisées pour distinguer des services sont appelées des marques de service. 15 U.S.C. § 1127 telle que modifiée.
- 74 Les titulaires de marques de commerce au Canada peuvent invoquer le délit de substitution; les titulaires de marques de commerce aux États-Unis peuvent tenter une action en concurrence déloyale impliquant une contrefaçon de la marque de commerce.
- 75 L'enregistrement comporte aussi la connaissance de droit de la propriété de la marque par la personne, dans l'ensemble du pays, ainsi que les détails des droits du déposant quant à l'utilisation de la marque. W. C. Holmes, *Intellectual Property and Antitrust Law*, Clark, Boardman, Callaghan, New York, 1995, au paragraphe 3.02. Au Canada, les actions en contrefaçon relèvent de la *Loi sur les marques de commerce fédérale*, S.R.C. T-13. Aux États-Unis, ces actions peuvent être intentées à l'égard de marques

- de commerce enregistrées au niveau fédéral en vertu de la *Lanham Act*, qui protège également les marques non enregistrées utilisées dans le commerce entre États (15 U.S.C. §§ 1114 et 1125(a), respectivement).
- 76 L'article 18 de l'Accord sur les ADPIC. Le renouvellement indéfini a été prévu dans la *Loi sur les brevets* du Canada, S.R.C. T-13, ainsi que dans la loi américaine, 15 U.S.C. §§ 1058(a), 1059, telle que modifiée.
- 77 S.R.C., ch. T-13.
- 78 W. L. Hayhurst, « Importation of Gray Goods into Canada », *Intellectual Property Journal*, 1985.
- 79 *Consumers Distribution Co. c. Seiko Time Canada Ltd.*, (1984), 1 C.P.R. (3d) 1.
- 80 Le droit à l'usage exclusif d'une marque de commerce enregistrée se trouve à l'article 19 de la Loi. Les articles 20 et 7 de la Loi décrivent les conditions dans lesquelles ce droit exclusif est enfreint par un concurrent. L'article 20 prévoit qu'une personne ou une entreprise non autorisée à utiliser la marque est coupable de contrefaçon si elle vend, distribue ou annonce des marchandises ou des services en association avec une marque de commerce qui prête à confusion. L'article 7 interdit la concurrence déloyale et, en particulier, l'alinéa (e) prévoit qu'aucune personne ne doit adopter une pratique commerciale contraire à l'usage industriel ou commercial honnête au Canada. Cependant, cette disposition a été jugée inconstitutionnelle. *Bosquet c. Barmish Inc.* (1993), 46 C.P.R. (3d) 510 (Cour d'appel fédérale). Voir, dans ce chapitre, l'analyse de la cause *Mattel Canada Inc. c. GTS Acquisitions Ltd.* [1990] 1 F.C. 462 (T.D.) et *H. J. Heinz of Canada c. Edan Food Sales.* (1991), 35 C.P.R. (3d) (F.C.T.D.).
- 81 Paragraphe 50(3).
- 82 Gallini, *supra*, note 5, p. 73.
- 83 Cela ne constituerait vraisemblablement pas une contrefaçon en vertu de l'article 20, parce qu'il n'y a pas de marque prêtant à confusion; le propriétaire a lui-même commercialisé directement ses biens. Pour un aperçu des raisons, voir Gallini, *idem*, p. 8, note 12, et Gordon F. Henderson, *Trade-Marks Law of Canada*, Thompson, Scarborough, 1993, p. 171.
- 84 [1968] 2 Ex. C.R. 137 et (1971), 1 C.P.R. (2d) 177 (Ex. Ct.), révisée [1973] F.C. 360 (C.A.) requête accordée [1976] 1 S.C.R. 527.
- 85 [1990] 1 F.C. 462 (T.D.). *Mattel*, qui détenait les droits sur la marque de commerce au Canada, était aussi le distributeur exclusif au Canada des jeux vidéo Nintendo que la société GTS importait des États-Unis sans la permission de *Mattel*. Le tribunal a statué que les produits étaient identiques mais que le fait que le public ait été trompé ne constituait pas un facteur décisif comparativement aux éléments de concurrence déloyale découlant de l'exploitation opportuniste par GTS de l'achalandage appartenant à *Mattel* en raison de ses efforts de commercialisation.
- 86 *Smith & Nephew Inc. c. Glen Oak Inc. et al.* (4 juin 1996), A-683-94 (Cour d'appel fédérale). La Cour suprême a déclaré inconstitutionnel l'alinéa 7(e) dans la cause *McDonald c. Vapour Canada Ltd.* (1976), 22 C.P.R. (2d) 1, [1977] 2 S.C.R. 134.
- 87 Le tribunal a également noté que toute différence au niveau de la qualité et de la caractéristique entre le produit de l'importateur parallèle et celui du détenteur de licence canadien était une question que devait résoudre le titulaire de la même marque de commerce qui a le contrôle sur la qualité et les caractéristiques du produit et ne constituait pas un motif justifiant l'interdiction de l'importation de ces biens. De fait, dans la cause *Smith & Nephew*, la Cour a mentionné la cause *H. J. Heinz of Canada c. Edan*

- Food Sales* comme exemple de cause qui, même si l'on peut en débattre les motifs, repose sur le fait qu'une filiale canadienne détenait la marque de commerce canadienne. Dans cette cause, le titulaire de la marque de commerce canadienne a obtenu une injonction pour prévenir les importations parallèles de ketchup provenant de la société mère américaine. L'injonction accordée aux termes du jugement rendu dans la cause *Heinz* a été justifiée par le tribunal en partie par des facteurs économiques tels que l'investissement important fait par la filiale canadienne au Canada et l'impact négatif sur l'emploi au Canada qui découlerait de l'obligation, pour Heinz Canada, de chercher à obtenir des tomates moins chères de source étrangère. (1991), 35 C.P.R. (3d) 213 (F.C.T.D.).
- 88 Paragraphe 53.1(7).
- 89 Sauf dans des circonstances restreintes. Article 53.3.
- 90 Gallini, *supra*, note 5, p. 73.
- 91 15 U.S.C. § 1114.
- 92 L'alinéa 43(a) de la *Lanham Act* autorise les actions au civil par des titulaires de marques de commerce enregistrées ou non enregistrées lorsqu'il y a des publicités ou des déclarations mensongères quant à l'origine d'un produit. L'alinéa 43(b) interdit l'importation de tels produits. 15 U.S.C. § 1124.
- 93 195 U.S.C. § 526. Cette loi a été adoptée pour protéger les droits des titulaires de marques de commerce aux États-Unis contre l'importation de biens authentiques fabriqués en vertu d'une marque de commerce valide à l'étranger, en réponse au jugement rendu par la Cour de deuxième circuit dans la cause *Bourjois v. Katzel* 275 F. 539 (2d Cir. 1921), qui a statué, à la page 543, que si les biens vendus étaient des biens authentiques couverts par la marque de commerce, les droits du titulaire de la marque de commerce n'étaient pas violés.
- 94 19 C.F.R. 133.21(C)(1)-(2). Voir également *Yamaha Corp. of America v. ABC International Traders* 745 F. Supp. 1938 (C.D. Cal. 1988), où le tribunal a statué que l'importation de biens authentiques sur le marché gris ne violait pas l'article 526 de la *Tariff Act of 1930* ni l'article 42 de la *Lanham Act*, jugeant dans cette cause qu'il y avait une relation parent-filiale entre les titulaires national et étranger de la marque de commerce.
- 95 486 U.S. 281 (1988).
- 96 19 U.S.C. § 1337(a). Voir Hawk, *supra*, note 67, vol. 1, p. 384. Les actions intentées en vertu de l'article 337 peuvent procéder simultanément à une procédure en contrefaçon devant un tribunal américain à l'égard des mêmes produits et sans que ne s'applique le principe de la chose jugée ou de la préclusion (estoppel). Voir W. L. Hayhurst, « Some Background to Intellectual Property Rights in Relation to Trade Between the United States and Canada », *Bulletin de l'Institut canadien des brevets et marques*, vol. 4, n° 2, mai 1988, p. 204.
- 97 Voir Andrew S. Newman, « The Amendments to Section 337: Increased Protection for Intellectual Property Rights », *Law & Policy in International Business*, vol. 20, 1989, p. 572.
- 98 Voir Hawk, *supra*, note 67, vol. 1, p. 452.1.
- 99 Cela se reflète dans la proportion des actions intentées en vertu de l'article 337 qui portent sur des droits de propriété intellectuelle. À cet égard, une étude du Government Accounting Office a relevé qu'entre 1974 et 1996, 95 p. 100 des enquêtes entreprises en vertu de l'article 337 portaient sur des DPI. Voir Newman, *supra*, note 97, p. 572.

- 100 Voir Hayhurst, *supra*, note 78.
- 101 Voir, de façon générale, Newman, *supra*, note 97.
- 102 Voir Ronald A. Brand, « Private Parties and GATT Dispute Resolution: Implications of the Panel Report on Section 337 of the U.S. *Tariff Act of 1930* », *Journal of World Trade*, vol. 24, n° 3, juin 1990, p. 5-30. Voir également « GATT's New Hot Topic: Rules of Origin », *Canadian Competition Policy Record*, vol. 10, n° 4, décembre 1989, p. 36-39. Il est à noter que des changements au régime d'application de la législation sur les brevets aux États-Unis ont été proposés par le représentant au commerce de ce pays en réponse aux conclusions auxquelles en est arrivé le comité spécial du GATT. Voir Bureau of National Affairs Inc., « USTR Proposes Changes to Patent Enforcement System Under S.337 », *World Intellectual Property Report*, vol. 4, n° 3, mars 1990, p. 57.
- 103 Bureau of National Affairs Inc., *Patent, Trademark and Copyright Journal*, vol. 49, 8 décembre 1994, p. 129-130.
- 104 Il importe de signaler que l'Union européenne, pour l'application du principe de l'épuisement, impose de la même façon un désavantage aux titulaires étrangers qui tentent d'importer des biens dans l'Union européenne.
- 105 Le Canada est l'un des pays signataires de ce traité.
- 106 Voir Knopf, *supra*, note 12, p. 340, note 15.
- 107 *Loi sur les topographies de circuits intégrés*, S.R.C. I-14.6, paragraphe 11(1).
- 108 Voir U.S. Department of Justice et Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, 6 avril 1995. Pour un exposé utile, voir Richard J. Gilbert, « The 1995 Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property: New Signposts for the Intersection of Intellectual Property and the Antitrust Laws », document présenté à la rencontre du printemps de la section sur le droit antitrust de l'American Bar Association, le 6 avril 1995.
- 109 On peut faire valoir que le changement de politique se situait, dans une certaine mesure, davantage au niveau de la forme que du fond. Voir Willard K. Tom, adjoint spécial du procureur général adjoint du Département de la Justice des États-Unis, « Antitrust and Intellectual Property », document présenté dans le cadre du projet Copyright in Transition: Enforcement, Fair Dealing and Digital Developments, Ottawa (Ont.), 13 octobre 1994.
- 110 Voir R. D. Anderson, S. D. Khosla et M. F. Ronayne, « The Competition Policy Treatment of Intellectual Property Rights in Canada: Retrospect and Prospect », dans *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, publié sous la direction de R. S. Khemani et W. T. Stanbury, Institut de recherche en politiques publiques, Halifax, 1991, chapitre 23, p. 497-538, à la p. 537.
- 111 15 U.S.C. §§ 1 et 2. L'article 1 interdit les ententes qui restreignent indûment le commerce, par exemple les ententes territoriales, tandis que l'article 2 interdit la monopolisation d'un produit ou d'un service en particulier.
- 112 Voir William C. Holmes, *Intellectual Property and Antitrust Law*, Clark, Boardman, Callaghan, New York, 1995, p. 17-5.
- 113 *Brownell v. Ketcham Wire and Mfg. Co.*, 211 F.2d 121 (9th Cir. 1954).
- 114 À titre d'exemple, les parties dans la cause *United States v. Crown Zellerbach Corp.*, 141 F. Supp. 118 (N.D. 111. 1956) dominaient le marché des distributeurs d'essuie-mains et ont été trouvées coupables d'avoir comploté, en contournement de l'article 1 de la *Sherman Act*, pour répartir horizontalement des territoires en utilisant des restrictions dans les licences de brevet. Voir aussi, par exemple, *United States v. National Lead Co.*,

- 332 U.S. 319 (1947). Une excellente analyse est présentée dans l'article de George L. Priest, « Cartels and Patent Licence Arrangements », *The Journal of Law and Economics*, vol. 2, octobre 1977, p. 309-377.
- 115 976 F.2d 700. Le tribunal a fait un examen assez détaillé de la jurisprudence sur cette question.
- 116 *Idem*, à la p. 708. Le tribunal a établi le critère approprié pour déterminer la validité d'une restriction :
- S'il est établi que la restriction entre raisonnablement dans la portée du brevet accordé, c'est-à-dire qu'elle a trait à l'objet du brevet, dans les limites de la revendication de brevet, cela met fin à l'enquête. Cependant, si l'enquête débouche sur la conclusion qu'il existe des effets anticoncurrentiels qui vont au delà du droit d'exclusion que possède le titulaire du brevet en vertu de la loi, ces effets n'annulent pas automatiquement la restriction. Les effets anticoncurrentiels qui ne constituent pas des infractions intrinsèques à la loi sont examinés conformément à la règle de raison. Les titulaires de brevet ne devraient pas se trouver dans une position moins favorable, en raison du droit d'exclusion que confère le brevet, que les détenteurs d'autres biens utilisés dans le commerce.
- [Traduction]
- 117 Les lignes directrices sur la propriété intellectuelle mettent l'accent sur les questions de transfert de technologie et d'innovation et s'appliquent explicitement aux licences de brevet, aux droits d'auteur, aux secrets commerciaux et au savoir-faire. Elles ne s'appliquent pas aux marques de commerce qui soulèvent des questions de différenciation des produits, même si elles indiquent que le traitement des marques de commerce devrait être, dans l'ensemble, semblable.
- 118 *Idem*, p. 16.
- 119 388 U.S. 365.
- 120 433 U.S. 36.
- 121 À cet égard, le tribunal a affirmé que « les économistes avaient identifié un certain nombre de façons dont les manufacturiers pouvaient utiliser de telles restrictions [...] pour concurrencer plus efficacement d'autres manufacturiers [...] et qu'il y avait des éléments scientifiques et judiciaires importants démontrant leur utilité économique. Ainsi, peu d'arguments peuvent être invoqués à l'effet contraire. » [Traduction] 1977-1 Trade Cases (CCH) ¶ 61,488, p. 71,900-901. Les restrictions verticales à l'exportation ont été jugées raisonnables en tant que moyen de protéger l'achalandage d'un fabricant en contrôlant la distribution sur les marchés étrangers parce qu'elles permettent de tenir compte des différences de langue, des variations dans la pratique médicale ainsi que des différences dans la réglementation gouvernementale. *Bruce Drug, Inc. v. Hollister Inc.*, 1982-2 Trade Cases (CCH) ¶ 64,941, p. 72,790-791. Une restriction verticale à l'importation a, de la même façon, été reconnue valide en partant d'une analyse fondée sur la règle de raison dans la cause *Copy-Data Systems, Inc. v. Toshiba America, Inc.*, entendue en 1981; 1981-2 Trade Cases (CCH) ¶ 64,343 (CA-2: 1981). Cependant, il est à noter que la cause *Eiberger v. Sony Corp. of America*, 1980-2 Trade Cases (CCH) ¶ 63,328 (CA-2: 1980) montre que le préjudice causé à la concurrence intra-marque sans preuve d'avantages sur le plan de la concurrence inter-marques peut faire en sorte qu'une restriction verticale soit jugée illégale.
- 122 Les lignes directrices internationales intègrent la doctrine des « effets » élaborés par la Cour suprême dans la cause *Hartford Fire Insurance v. California*, 113 S. Ct. 2891-2909 (1993), qui précise que la *Sherman Act* s'appliquerait à un comportement anti-

- concurrentiel à l'étranger qui viserait et qui, en fait, produirait un « effet substantiel » aux États-Unis. Par définition, les importations parallèles auraient un effet direct sur le marché intérieur aux États-Unis et, par conséquent, cette partie du critère se trouverait satisfaite bien que la question de savoir si elles engendrent les effets importants requis dépend des faits particuliers de chaque situation.
- 123 *United States v. Pilkington plc and Pilkington Holdings Inc.* (CCH 1994-2 Trade Cases ¶ 70,842).
- 124 À cet égard, Henderson affirme que la loi applicable en matière de propriété industrielle créée, au niveau le plus élevé le statut de propriété pour la propriété industrielle [...] mais elle ne peut élever une telle forme de propriété au niveau qui l'exempterait de la réglementation applicable au comportement anticoncurrentiel. Voir Gordon F. Henderson, c.r., « The Control of Abuse of Intellectual Property Rights », *Bulletin de l'Institut canadien des brevets et marques*, série 8, vol. 13, avril 1982, p. 835.
- 125 Henderson, *idem*, affirme, à la p. 835, ce qui suit :
- Si le contrat de vente [d'un produit breveté] impose des conditions à l'acheteur par voie de contrat ou d'avis [...] des considérations relatives à la *Loi sur la concurrence* surgissent alors; le fait que le contrat vise un brevet n'a aucun effet. De même, lorsque le titulaire d'un brevet accorde une licence et impose des limites et des conditions, ces limites et conditions sont afférentes au droit contractuel plutôt qu'au brevet. Encore une fois, le brevet n'a pas d'effet.
- [Traduction]
- 126 S.R.C., ch. C-34, telle que modifiée.
- 127 Cependant, l'exigence selon laquelle les recours pris en vertu de cet article n'aient pas à l'encontre des obligations internationales du Canada en matière de protection de la propriété intellectuelle peut exclure le recours possible à cette disposition.
- 128 59 C.P.R. (3d) 257 (Ont. Ct. Gen. Div.). Ce jugement est présentement sous appel.
- 129 *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. The NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Tribunal de la concurrence).
- 130 *Idem*, à la p. 52.
- 131 *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Chrysler Canada Ltd.* (1989), 27 C.P.R. (3d) 1 (Tribunal de la concurrence).
- 132 Le raisonnement du tribunal dans la cause *E.M.I. v. CBS*, [1976] E.C.R. 811 laisse penser que les brevets des États membres peuvent être invoqués pour bloquer des importations contrefaites en provenance de pays non-membres de la Communauté. Barry E. Hawk, *United States, Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide*, vol. II, Frederick, MD: Aspen Law and Business, 1996, p. 465.
- 133 Pour un aperçu général de la doctrine de l'épuisement dans la Communauté européenne, voir Hawk, *ibidem*, p. 433. En ce qui a trait au fondement de cette doctrine, Hawk (p. 464.1) affirme que même si les jugements du tribunal ne sont pas tout à fait cohérents, il semble que le consentement du titulaire du brevet soit le principe dominant sur lequel s'appuie la doctrine de l'épuisement des droits de brevet.
- 134 Weatherill et Beaumont, *EC Law*, Penguin, London, 1993, p. 727, qui interprètent la cause *Procureur du Roi c. Benoit et Dassonville*, [1974] E.C.R. 837.
- 135 Les articles 59 et 60 prévoient la libre circulation des services. Même s'il n'y a aucune contrepartie à l'article 36 dans la cause *Coditel S.A. c. Cinévog Films*, [1980] E.C.R. 881 (« Coditel I »), la Cour européenne de justice en est venue à la conclusion qu'un

- principe semblable de libre circulation s'appliquait aux services par analogie. Voir Hawk, *supra*, note 132, vol. II, p. 579.
- 136 [1974] E.C.R. 1147.
- 137 Voir Hawk, *supra*, note 132, vol. II, p. 460.1.
- 138 [1985] E.C.R. 2281.
- 139 Voir Hawk, *supra*, note 132, vol. II, p. 464.
- 140 [1974] 2 C.M.L.R. 480.
- 141 [1978] 3 C.M.L.R. 217. Voir Weatherill et Beaumont, *supra*, note 134, p. 741.
- 142 Tel que la Convention de 1975 en vue d'un brevet communautaire (qui n'a toujours pas été ratifié par de nombreux pays), prévoyant l'octroi d'un brevet pour l'ensemble de la Communauté. Dans le domaine des marques de commerce, on retrouve la directive 89/104 de la Commission qui est toujours débattue. Voir *ibidem*, p. 750 et *sqq.*
- 143 *Idem*. Il est à noter que les articles 30 à 36, 59, 60 et 86 peuvent aussi s'appliquer aux restrictions contractuelles visant le commerce parallèle.
- 144 *Nungesser c. Commission*, [1982] E.C.R. 2015
- 145 Bien que cette cause n'ait pas porté directement sur les droits de brevet, le raisonnement du tribunal semble s'appliquer aux licences de brevet. À cet égard, voir Brian Cheffins, « Exclusive Territorial Rights in Patent Licenses and Article 85 of the EEC Treaty: An Evaluation of Recent Developments in the Law », *Boston College International and Competition Law Review*, vol. 10, 1987, p. 89-91; Hawk, *supra*, note 132, vol. II, p. 472.3.
- 146 Pour une définition des licences ouvertes et fermées, voir *Commission (CEE), Douzième rapport sur la politique de concurrence*, ¶ 44, (1983).
- 147 Voir, par exemple, *Coditel S.A. c. Cinévog Films SA (No. 2)*, [1982] E.C.R. 3361, et *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, [1986] E.C.R. 353.
- 148 Voir *Nungesser c. Commission*, *supra*, note 144, et les causes qui y sont citées.
- 149 *Règlement de la Commission (CEE) 2349/84*.
- 150 C(95) 2353.
- 151 *Nungesser c. Commission*, *supra*, note 144, dans laquelle CEJ a statué que la justification en vertu de l'article 36 n'empêchait pas l'application de l'article 85.
- 152 Une politique unilatérale d'épuisement est une politique en vertu de laquelle un pays, indépendamment des politiques des autres pays, interdit aux titulaires nationaux de DPI de restreindre les importations parallèles de biens légitimement produits. Une politique d'épuisement à l'échelle mondiale signifierait une entente internationale entre tous les pays en vue d'interdire la segmentation du marché au moyen de DPI.
- 153 Rappelons l'analyse du traitement, en politique de concurrence, des restrictions contractuelles visant le commerce international, présentée précédemment.
- 154 Cela serait analogue aux vives préoccupations exprimées par les titulaires de DPI des États-Unis en ce qui a trait à l'ancienne politique canadienne d'octroi de licences obligatoires pour la fabrication ou l'importation de médicaments brevetés. Pour un examen de cette question, voir l'étude de McFetridge dans cet ouvrage.
- 155 Des préoccupations connexes sont exprimées par Knopf, *supra*, note 12 :

Même si une certaine latitude sur la question de l'épuisement persiste au bout du compte, les entreprises réorganiseront sans aucun doute leurs affaires pour s'ajuster aux règles plus étroites (c'est-à-dire en cédant des marques de commerce à leurs filiales et en créant de légères différences dans le produit « canadien ») et, ainsi, tenter de parvenir à une segmentation du marché (p. 366).

[Traduction]

- 156 Voir, par exemple, Anderson, Khosla et Ronayne, *supra*, note 11, p. 536-537, et Knopf, *supra*, note 12, p. 338-340; Globberman, *supra*, note 36, et Malueg et Schwartz, *supra*, note 5, pourraient aussi être considérés comme étant disposés à envisager un principe d'épuisement distinct dans le cadre de l'ALENA parce que cela démontre que les résultats de l'application du principe d'épuisement au sein de blocs commerciaux peuvent être différents de ceux découlant de l'application du même principe entre divers blocs commerciaux.
- 157 Knopf, *idem*, p. 337.

REMERCIEMENTS

LES AUTEURS TIENNENT À REMERCIER Marius Schwartz pour ses commentaires utiles, ainsi que Patrick Hughes, Nancy Gallini et Dev Khosla avec qui ils ont eu l'occasion de discuter et de collaborer dans le passé. Les opinions exprimées dans cette étude sont celles des auteurs et ne traduisent pas nécessairement celles de l'une ou l'autre des organisations auxquelles ils sont affiliés.

Commentaire

Marius Schwartz
 U.S. Council of Economic Advisers et
 Université Georgetown

TANT L'ANALYSE ÉCONOMIQUE QUE L'ANALYSE JURIDIQUE PRÉSENTÉES dans cette étude nous présentent un tableau à la fois utile, équilibré et réfléchi. Les auteurs résistent à la tentation de se livrer à des simplifications du genre « toute restriction visant les importations parallèles équivaut à violer le libre échange », un piège dans lequel j'ai vu tomber même de bons économistes.

L'étude identifie l'arbitrage économique pertinent des restrictions visant les importations parallèles. Ces arbitrages dépendent de facteurs qui motivent les importations parallèles – comportement opportuniste ou arbitrage fondé sur une discrimination par les prix à l'échelon international (discrimination systématique ou écarts de prix transitoires). De fait, tant le comportement opportuniste que la différenciation des prix à l'échelon international jouent un rôle. Pour les catégories de biens où se concentrent les importations parallèles – les biens de consommation de marque tels que les caméras, les produits électroniques, les parfums, les voitures de luxe et les produits pharmaceutiques – il existe un volet publicité et commercialisation assez important qui ouvre la porte à des comportements opportunistes. Un autre élément intéressant est la

nature des points de vente où l'on retrouve les importations parallèles – les magasins à rabais – ce qui laisse penser que l'un des buts visés par les importations parallèles est de contourner les restrictions imposées par les détenteurs de licences ou les producteurs dans leur chaîne de distribution. Ceux-ci peuvent vouloir vendre uniquement dans des magasins offrant un service complet, ce qui signifie que les importations parallèles constituent une façon de saper cette stratégie et de mettre le produit à la disposition des vendeurs à rabais, ce qui laisse encore une fois entrevoir un élément d'opportunisme. Ce point pourrait avoir été élaboré davantage dans l'étude des auteurs.

Une autre raison invoquée par Anderson et coll. pour expliquer que les importations parallèles peuvent ne pas être souhaitables est qu'elles engendrent de la confusion parmi les consommateurs. Il ne faudrait pas exagérer ce point, mais il est néanmoins intéressant. Les produits sont effectivement adaptés au goût des consommateurs des différents pays. Il y a une anecdote amusante au sujet des poupées Bout d'chou importées aux États-Unis du Mexique : le fabricant se plaignait que les consommateurs avait le droit d'obtenir le certificat de naissance de la poupée en anglais plutôt qu'en espagnol.

Une bonne façon d'aborder cette question est d'affirmer que si les importations parallèles sont motivées par l'opportunisme, il est alors habituellement souhaitable de les prévenir. Ici la discrimination par les prix – même si ce cas n'est pas inattaquable – est le meilleur argument pour permettre les importations parallèles. La question qui se pose ici est la suivante : qu'est-ce qui est le plus souhaitable, la discrimination par les prix au troisième degré (pratiquer des prix différents dans différents pays) ou des prix uniformes ? La réponse dépend de la perspective adoptée pour répondre à la question – nationale ou mondiale. Beaucoup de plaintes au sujet des importations sur le marché gris proviennent de pays qui estiment qu'ils paient des prix élevés. Même dans ces pays, on observe parfois des tensions entre les consommateurs et les détenteurs de la propriété intellectuelle. Souvent, ce sont les consommateurs des « pays à prix élevés » qui sont les gagnants lorsque l'on permet les importations parallèles pour contrer la discrimination au niveau des prix. La situation prend parfois une tournure schizophrénique, du moins aux États-Unis, parce que nous n'aimons pas les bas prix lorsqu'ils résultent d'un « dumping », mais nous n'aimons pas non plus les prix élevés parce qu'ils portent préjudice aux consommateurs. Alors que voulons-nous exactement ?

David Malueg et moi-même avons rédigé une étude (*Journal of International Economics*, 1994) dans laquelle nous examinons la question en nous plaçant dans la perspective du bien-être à l'échelle mondiale. S'il y a mouvement d'un régime de discrimination vers un régime de prix uniforme, les prix les plus élevés pourront baisser, mais certains bas prix pourraient par contre s'élever. Les deux doivent être pris en compte dans le calcul du bien-être à l'échelon mondial.

Nous avons transposé ce problème en des termes que les économistes ont déjà explorés : qu'est-ce qui est préférable du point de vue du bien-être général,

la discrimination au troisième degré ou un prix uniforme ? Cela dépend du degré de dispersion de la demande. L'arbitrage est simple : la meilleure façon de répartir une quantité donnée est de l'offrir à un prix uniforme, qui permet une égalisation des valeurs marginales. Par ailleurs, la discrimination peut faire en sorte que vous desserviez un plus grand nombre de marchés qu'il n'en serait autrement et, qu'ainsi, la production totale augmente. Pour illustrer le fait que le bien-être peut varier dans un sens comme dans l'autre, envisageons le cas de deux marchés. Si la dispersion de la demande entre ces marchés est faible, le monopoleur qui est forcé d'imposer un prix uniforme servira les deux marchés et, du moins dans le cas des demandes linéaires, la quantité totale sera la même que s'il pratiquait une discrimination par les prix. Par conséquent, le bien-être sera plus élevé dans un régime de prix uniforme que dans un régime de discrimination par les prix car la quantité aura été répartie de façon optimale.

Cependant, si nous étendons l'analyse à plus de deux pays – considérons un continuum de pays – et que nous accroissons la dispersion de la demande entre les pays, alors apparaît un nouvel effet que nous ne pouvons saisir dans le scénario à deux marchés. Si la dispersion devient suffisamment importante et que le monopoleur est tenu de pratiquer un prix uniforme, il choisira tout simplement de laisser tomber certains marchés. Comme auparavant, cela entraîne une réduction de la production, ce qui est mauvais. Par ailleurs, dans les marchés toujours desservis, la production sera répartie de façon optimale en raison de la politique de prix uniforme, ce qui confère un avantage aux régimes de prix uniforme. Plus la dispersion de la demande est grande sur les marchés encore desservis, plus est importante la mauvaise répartition des ressources que l'on ne peut éviter en imposant un prix uniforme. (Cet effet ne peut être saisi dans le scénario à deux marchés parce si la dispersion est suffisamment importante, le marché inférieur ne sera plus servi dans un régime de prix uniforme, tandis que la répartition optimale se produit aussi naturellement sur le marché inférieur en régime de différenciation des prix.) Dans le modèle où il y a dispersion de la demande pour un continuum de pays, nous montrons néanmoins que l'intuition normale est confirmée. Lorsque la dispersion est faible, le fait de permettre la discrimination réduit le bien-être, mais si la dispersion est suffisamment importante, la discrimination est préférable parce que, dans un régime de prix uniforme, un trop grand nombre de marchés seraient abandonnés. La perte de bien-être découlant d'une réduction de la production en vient éventuellement à surpasser la mauvaise répartition des ressources engendrée par la discrimination au niveau des prix.

Une autre question que Malueg et moi-même avons abordée dans notre étude rejoint le point soulevé par Anderson et coll. au sujet de l'ALENA et des blocs commerciaux régionaux. Y a-t-il de meilleures solutions qu'un régime de prix uniforme ou un prix différent dans chaque pays (ce que nous appelons dans notre étude une « discrimination complète ») ? (Dans un régime de discrimination complète, par opposition à une discrimination parfaite, un prix de monopole linéaire est exigé dans chaque pays.) Pour répondre à cette question,

envisageons le cas où le monopoleur – dont le coût marginal est constant par hypothèse – qui est contraint d'imposer un prix uniforme choisira de servir uniquement les pays où le revenu par habitant est supérieur à un certain seuil, disons 10 000 dollars. Un dictateur planétaire pourrait décréter : « Sur les marchés (où le revenu par habitant est supérieur à 10 000 dollars) désignés comme étant le bloc commercial A, un seul prix va s'appliquer ». Ainsi la société n'est pas perdante en vertu d'un système de blocs commerciaux pour ce qui est du premier groupe de pays (le bloc A), qu'elle l'aurait été en vertu d'un régime de prix uniforme. Mais pour les autres pays qui ne sont pas desservis, supposons que le monopoleur est autorisé à demander un prix inférieur. Quel sera ce prix ? Supposons que c'est le prix auquel les pays où le revenu par habitant se situe entre 5 000 et 10 000 dollars seraient prêts à acheter. Le dictateur planétaire désigne alors ces pays comme étant le bloc commercial B et, dans ce bloc commercial, il ne permet qu'un seul prix. Si la répartition des pays en blocs se poursuit en descendant la courbe des revenus, chaque pays sera desservi. Ce résultat constitue une amélioration paretienne par rapport au prix uniforme.

Ce système récuratif, qui est supérieur au régime de prix uniforme, ne permet toutefois pas de maximiser le bien-être global. Un résultat encore meilleur peut être atteint si un nombre plus restreint de pays à revenu élevé se joint au bloc des pays à faible revenu. Il en résulterait une meilleure répartition des ressources parce que ces pays où la demande est élevée bénéficieraient du prix inférieur, plutôt que de payer un prix très élevé, et achèteraient ainsi davantage. Mais si ce groupe devient trop important, il pourrait en résulter un prix plus élevé pour les pays pauvres et une perte de marchés, ce qui signifie une diminution de la production totale.

Cela nous amène au point soulevé par Anderson et coll. au sujet de l'application du principe de l'épuisement des DPI au sein de l'ALENA : est-ce une bonne idée que d'exiger un seul prix à l'intérieur du bloc commercial nord-américain ? Il est vrai que, dans le scénario que nous venons de décrire, certains pays riches et certains pays pauvres sont regroupés. Le problème est que si vous réunissez le Mexique et les États-Unis, le prix mexicain ne demeurera pas près du seuil inférieur mais, plutôt, augmentera sensiblement en direction du niveau du prix des États-Unis, auquel cas nous risquerions de perdre une bonne partie du marché mexicain.

Anderson et coll. pointent du doigt un autre problème soulevé par les prix uniformes qui n'est pas lié aux différences de revenu par habitant (ou à d'autres écarts au niveau de la demande non liées aux politiques). Supposons que les politiques gouvernementales diffèrent quant aux normes de protection de la propriété intellectuelle, au recours obligatoire à des licences ou encore à la présence d'un monopole gouvernemental (par exemple pour les médicaments). En imposant un prix uniforme, on pourrait diluer de façon inefficace les droits des détenteurs de propriété intellectuelle. Ce problème potentiel nécessiterait plus de recherche et l'élaboration de certains exemples empiriques.

Je ne suis pas tout à fait sûr que j'adhère à la description que font les auteurs d'un monde passablement permissif à l'égard des tentatives de contrôler les importations sur le marché gris; je crois qu'il y a une certaine hostilité dans ce domaine. À titre d'exemple, aux États-Unis, dans la cause *K-Mart v. Cartier*, entendue en 1988, la Cour suprême a décidé que le Service des douanes n'avait pas à bloquer les importations parallèles dans les cas où l'entité américaine est affiliée au fournisseur étranger. Ce jugement présente un certain recul par rapport à la protection des droits d'exclusion que possèdent les titulaires de marques de commerce. (Par ailleurs, je ne suis pas sûr que je partage l'affirmation des auteurs selon laquelle l'épuisement existe aux États-Unis même. Cela est vrai pour la doctrine de la première vente; mais il est également vrai que les entreprises peuvent accorder des territoires géographiques exclusifs par contrat et empêcher le distributeur A de vendre sur le territoire du distributeur B.)

Le Japon est particulièrement hostile aux tentatives visant à prévenir les importations parallèles. La Federal Trade Commission du Japon a émis des lignes directrices en 1991 qui interdisent les actions contre les importations parallèles, non seulement en sol japonais, mais aussi en sol étranger. Ainsi, les fabricants japonais ne peuvent se servir du code de produit pour déterminer quel exportateur opérant à partir de Hong Kong fournit les biens parallèles, de manière à pouvoir couper leurs liens avec le distributeur en question.

Enfin, les auteurs soulèvent un point très pertinent, à savoir que dans l'Union européenne (UE), le principe de l'épuisement est motivé par les objectifs de l'intégration des marchés. L'UE pourrait bien avoir mis la charrue devant les boeufs en interdisant les restrictions axées sur les importations parallèles afin de promouvoir l'intégration, plutôt que de laisser l'intégration réduire les différences qui favorisent la discrimination par les prix et, ainsi, stimulent les importations parallèles. Autrement dit, une plus grande intégration réduirait la nécessité de protéger les importations parallèles aux fins de réduire la discrimination au niveau des prix.



Partie IV

Discussion en table ronde et conclusions



*Table ronde sur la politique
de concurrence, la propriété intellectuelle
et les marchés de l'innovation*

NANCY GALLINI : La politique de concurrence devrait-elle être utilisée pour préciser la portée de la politique de propriété intellectuelle (PI), c'est-à-dire, pour tenter de corriger ses abus ou ses lacunes possibles ? Deux positions fondamentales ont été présentées aujourd'hui sur cette question. Selon l'une de ces positions, mise de l'avant par plusieurs auteurs, la politique de concurrence *devrait* être utilisée pour contrôler les effets de la politique de PI. D'après les défenseurs de cette position, la politique de PI est un moyen d'intervention radical qui ne fournit peut-être pas toujours les stimulants appropriés à la recherche : lorsque le niveau de protection est insuffisant, la politique de concurrence devrait jouer un rôle plus permissif; si sa portée est trop vaste, comme certains l'ont soutenu dans le cas de la protection accordée par le droit d'auteur et les brevets dans les industries de réseaux, la politique de concurrence devrait alors intervenir. Selon l'autre point de vue, la politique de concurrence ne devrait pas servir à corriger les lacunes ou les abus au niveau des stimulants à l'innovation; la politique de concurrence devrait considérer la politique de PI comme donnée et mettre l'accent sur l'efficacité des contrats et des transferts de technologie.

Je voudrais maintenant lancer le débat et voir si nous pouvons parvenir à un consensus général sur cette question.

DEREK IRELAND : Je pense que ce que vous dites, c'est qu'il faut rendre à César ce qui appartient à César (c'est-à-dire le domaine de la politique de PI) et ensuite rendre à Dieu ce qui appartient à Dieu, et, manifestement, la plupart d'entre nous serions d'accord pour dire que c'est là le domaine de la politique de concurrence. Mais cette approche soulève des problèmes. Parfois, César n'atteint pas ses objectifs et parfois, hélas, Dieu n'y parvient pas non plus, et nous pouvons citer plusieurs exemples à cet effet. Je pense que, dans la mesure où le Canada, en tant qu'importateur de propriété intellectuelle, ne se sent pas à l'aise face à une norme particulière de propriété intellectuelle, il lui faudra peut-être envisager d'utiliser la politique de concurrence pour rétablir l'équilibre dans ce contexte. À la fin des années 60, nous avons adopté le régime de

licences obligatoires pour les médicaments d'origine aux termes de la législation sur les brevets. L'une des raisons qui explique cette initiative est qu'à l'époque, une grande confusion régnait dans le domaine du droit de la concurrence au Canada, de sorte que celle-ci n'était pas en mesure de relever le défi.

Quand les choses vont mal dans un secteur, il faut souvent se tourner vers un autre domaine pour trouver une solution. Et lorsqu'un problème survient sur le marché, les politiciens, les médias et le grand public ne se préoccupent pas du genre de législation qui s'applique. Ils veulent tout simplement que le problème soit réglé. En d'autres termes, il faut disposer d'une certaine souplesse pour répondre aux problèmes de l'heure, sans égard à une application convenable ou non de l'adage « rendez à César », etc.

MICHAEL SCHERER : Je voudrais me prononcer en faveur de l'utilisation de la politique de concurrence pour préciser la portée de la politique en matière de propriété intellectuelle. Ce qui me préoccupe le plus, c'est le portefeuille de brevets destructeur de Robert Merges et, plus précisément, le maintien au fil du temps de monopoles conférés par les brevets. À titre d'exemple, prenons le cas des mesures prises par la Federal Trade Commission à l'endroit de Xerox. Pour diverses raisons liées à la façon dont la Commission est organisée, ce litige a abouti sur mon bureau et j'ai dû rendre une décision. Je n'ai jamais été aussi effrayé de ma vie que de devoir accepter d'émettre une ordonnance prévoyant l'octroi de licences obligatoires sur tous les brevets de Xerox. Xerox représentait l'un des triomphes technologiques importants du XXe siècle. Il s'agissait d'une innovation majeure et complexe que l'équipe de Xerox avait mise au point avec brio. Pourquoi intervenir dans une telle situation ? Pourquoi s'interposer aux droits conférés par brevet à cette entreprise ? Xerox disposait d'un portefeuille oscillant entre 1 000 et 2 000 brevets au milieu des années 70. À chaque année s'ajoutait à ce nombre environ 200 nouveaux brevets. Xerox contrôlait complètement cette technologie et le fondement de notre décision d'intervenir et d'ordonner l'octroi de licences obligatoires était le fait que le modèle de photocopieur 914 avait été lancé en 1959. Le litige que nous devons trancher a débuté en 1975. Xerox avait bénéficié d'un monopole spectaculaire lié à ses brevets pendant une durée de 16 ans. Pendant combien de temps un monopole devrait-il se prolonger ?

Nous sommes intervenus parce que nous étions essentiellement d'avis qu'une période de 17 ans était ce que la législation prévoyait et qu'il s'agissait d'un laps de temps suffisant. Comme je l'ai mentionné, je redoutais énormément de devoir intervenir dans un processus qui, à mon avis, avait abouti à une merveille de la technologie; mais, avec le recul du temps, je pense que notre intervention était très justifiée parce que Xerox commençait à se reposer sur ses lauriers technologiques. D'ailleurs, l'ancien chef de la direction de Xerox, David Kerns, a confirmé cette conclusion dans son livre. Nous avons alors cru que les sociétés IBM et Kodak allaient envahir ce marché, créant ainsi une concurrence technologique pour la société Xerox. Ce que nous n'avions pas prévu,

c'est que les Japonais saisiraient l'occasion de lancer des photocopieurs plus petits et plus fiables; je pense qu'il s'agit d'une situation que l'on peut rattacher à l'optimum de Pareto en ce sens que la société Xerox fut forcée de sortir de la léthargie dans laquelle elle s'était enlisée pendant les 16 années précédentes. Xerox a alors intensifié ses efforts de R-D, ce qui lui a permis de fabriquer des machines meilleures et plus grosses. Les consommateurs ont alors disposé d'un choix plus vaste. Il est difficile de concevoir comment quiconque aurait pu sortir perdant d'une telle situation.

NANCY GALLINI : Nous faisons face ici à la question du monopole par rapport à celle de la monopolisation dans le cadre de l'application de la législation antitrust à la PI. Doit-on considérer que les responsables de la politique anti-monopole devraient se préoccuper du fait que des entreprises prennent de l'expansion en accumulant des brevets, même si cette situation résulte simplement d'un avantage technologique ? Ou devrait-on se préoccuper uniquement des cas où l'accumulation des brevets ne vise qu'à réaliser une certaine forme d'exclusion – par exemple, dans l'éventualité où des brevets sont utilisés pour couvrir à l'avance tout un champ donné, ou encore lorsqu'ils sont employés pour exclure d'autres entreprises du marché ? Ou encore faudrait-il empêcher des entreprises d'atteindre un certain seuil, même si leur domination résulte d'une accumulation légale de brevets ?

MICHAEL SCHERER : Cette question figurait au coeur même du litige impliquant Xerox. Il y avait tout un éventail de pratiques qui, à mon avis du moins, étaient de nature purement périphérique. Nous les avons utilisées à des fins de contestation. Mais, il s'agissait essentiellement d'une question de sociologie appliquée. Le moment était venu de briser ce monopole et de créer un contexte de concurrence. C'est une tâche qui aurait été difficile à réaliser par le biais du marché, sans intervention, et c'est là la justification essentielle. La théorie au sujet des acquisitions et de certaines pratiques de discrimination par les prix, etc., n'avait qu'un caractère accessoire. Au centre même du litige figurait la question de l'extension du monopole au fil des années par l'intermédiaire de l'accumulation de brevets.

NANCY GALLINI : Jusqu'à quel point devrait-on étendre la portée de cette politique ? Faudrait-il l'appliquer à d'autres moyens d'acquérir une position de monopole, qui n'ont rien à voir avec la PI, par exemple l'achat de toutes les mines de charbon dans une région donnée auprès d'entreprises moins efficaces ou l'expansion d'un marché par des campagnes de publicité réussies ? En d'autres termes, devrait-on s'inquiéter de l'existence des grandes entreprises tout simplement à cause de leur taille ?

MICHAEL SCHERER : Eh bien, le nombre magique de 17 ans était, à mon avis, essentiel dans le litige qui impliquait la société Xerox. Je ne crois pas à une

politique aveugle consistant à démanteler n'importe quel monopole, parce j'estime que la naissance de monopoles résulte souvent d'aptitudes supérieures, de clairvoyance et d'un travail acharné. La question consiste à déterminer la durée appropriée de la période. Quelle est la période de temps qui permet, d'une part, d'assurer une rétribution suffisante pour entretenir l'incitation et, d'autre part, de maintenir l'équité ?

WILLIAM BAXTER : Je ne peux pas laisser sans réponse un argument en faveur de l'intervention. Vous aviez un climat très propice au succès, en un sens, puisque rien ne laissait présager de votre intervention. Si l'intervention avait été prévue, le comportement de Xerox et de tout un éventail de nouveaux venus sur le marché, les Japonais par exemple, aurait été différent. Donc, la question à laquelle il répondre n'est pas celle que vous avez soulevée, mais la suivante : S'il avait été connu au préalable que le gouvernement interviendrait 17 ans plus tard, sans égard à la valeur des améliorations apportées par la suite, sans égard à l'ingéniosité et au maintien pendant 25 ans des secrets commerciaux utilisés dans le procédé de fabrication, quelle en aurait été l'incidence sur l'incitation à innover et le maintien de modes de comportement efficaces ? À mon avis, cela aurait eu un effet très négatif sur les dépenses de R-D aux environs de la douzième année. Par ailleurs, cela aurait pu avoir un effet stimulant sur d'autres entreprises. Il est donc difficile de trancher la question. Mais, je n'arrive pas à m'enthousiasmer ou à me convaincre que notre sort serait amélioré à la suite d'une telle intervention.

MICHAEL SCHERER : Permettez-moi de répliquer en citant la cause qui, à mon avis, est un exemple de ce qu'il ne faut pas faire, en l'occurrence *United Shoe Machinery (USM)*. Le premier jugement fut rendu en 1953; le tribunal a alors rendu obligatoire l'attribution de licences par la USM en avisant l'entreprise que la situation serait réexaminée quelques années plus tard afin de déterminer si elle détenait un monopole et que, le cas échéant, d'autres mesures seraient envisagées. J'ai eu l'occasion d'interroger les dirigeants de la USM en 1958, et il devint manifeste que, dans un effort de diversification, leurs travaux de R-D se sont éloignés du secteur des machines de fabrication de chaussures pour s'orienter vers d'autres domaines où ils se sont soldés par un échec. Entre-temps, la qualité de leur outillage s'est détériorée. L'entreprise a perdu une certaine part de marché mais la baisse n'était pas suffisante pour satisfaire le juge Wyzansky, qui a alors décidé de leur demander de se départir de certains éléments d'actif. La qualité de leur technologie continuait à baisser. Vers 1970, la société USM était à l'agonie. Les Italiens qui, à ce moment-là, produisaient des machines de fabrication de chaussures de qualité très supérieure ont tout simplement envahi l'industrie. Et la société USM fut vouée à une mort lente.

À mon avis, le fait d'annoncer à l'avance, comme Bill l'a proposé, qu'une entreprise sera sous surveillance pendant un certain temps et que, si elle conserve son monopole, elle se fera ramener à l'ordre, aura effectivement un effet

d'incitation négatif. Il faut en quelque sorte sortir de l'ombre à un moment donné, mais combien de fois peut-on le faire avant que les gens n'anticipent la démarche ? Tel est le dilemme dans ce cas.

MARIUS SCHWARTZ : De façon générale, je m'inquiète à l'idée de devoir modifier la politique de concurrence dans le but de corriger les abus ou les lacunes possibles d'un autre ensemble de lois. J'estime qu'il a fallu un immense effort pour donner à la politique antitrust l'orientation raisonnable qu'elle possède actuellement; la perspective de devoir trouver un autre principe pour la maintenir dans la bonne voie, tout en s'immisçant dans un autre régime de lois, me semble quelque peu difficile à accepter. Bien que je me préoccupe de questions comme le maintien sur une très longue période du monopole d'un brevet, j'estime qu'on peut les résoudre en s'appuyant sur les principes et des doctrines antitrust classiques sans introduire de distorsion dans la législation connexe.

Il y a aussi l'exemple que Robert Merges a évoqué hier au sujet de la société Hewlett Packard qui a acquis des brevets qu'elle n'avait aucunement l'intention d'utiliser elle-même mais qu'elle tenait à posséder dans le seul but d'éliminer un concurrent. Ici encore, il y a des doctrines antitrust (un peu controversées quant à la nature des théories du contrôle vertical) qui font intervenir des principes restrictifs intrinsèques qui, à mon avis, les rendent utilisables pour régler les problèmes posés par la monopolisation des marchés. Il nous faudrait les appliquer. Je ne sais trop comment transposer en termes « opérationnels » l'idée d'aller plus loin que cela pour régler les problèmes posés par la législation sur la propriété intellectuelle.

NEIL CAMPBELL : Cette façon de parler des questions de PI et de politique de concurrence me semble quelque peu étrange. Cette impression est devenue plus manifeste hier lorsque Michael Trebilcock a laissé entendre que nous pourrions nous retrouver dans un univers où, en tant qu'économistes, nous serions prêts à accepter le principe de la maximisation du bien-être total, en nous préoccupant à la fois des questions d'affectation statique et des aspects dynamiques à long terme. Nous sommes tous d'accord pour dire que c'est l'objectif que nous voulons atteindre sur le plan social. Il s'agit probablement d'un point de départ éclairé pour situer l'aspect dynamique dans sa juste perspective. Mais le fait de proposer par la suite que la législation sur la concurrence, dans son interaction avec la propriété intellectuelle, ne devrait pas se préoccuper pour une raison ou pour une autre d'une norme de bien-être globale et à long terme – si c'est bien ce que je pense que Michael a voulu dire – me semble illogique. J'aurais pensé que nous voudrions certes continuer d'utiliser la législation sur la concurrence, par une application judicieuse, pour tenter d'atteindre l'objectif du bien-être global, tant à court qu'à long terme. Si, pour quelque raison, nous faisons face à des situations comme celle du portefeuille de brevets destructeur, pourquoi ne dirions-nous pas qu'il est tout à fait acceptable de faire appel aux lois sur la concurrence et d'essayer de s'orienter vers le bien-être global ?

NANCY GALLINI : Je pense que Michael Trebilcock, moi-même et d'autres qui affirment que la législation sur la concurrence ne devrait pas être utilisée pour faire le réglage de précision de la politique en matière de brevets conçoivent la politique de concurrence dans une optique dynamique. Une coordination des deux ensembles de politiques s'avère nécessaire pour atteindre une efficacité dynamique, mais nous croyons que la politique en matière de brevets est peut-être plus efficace pour engendrer les stimulants nécessaires à la R-D, tout en s'assurant que la politique de concurrence respecte ces droits. La politique de concurrence devrait s'intéresser à la diffusion de l'innovation et au maintien de la concurrence aux étapes ultérieures. En d'autres termes, la politique de concurrence ne devrait pas permettre le recours à des restrictions pour que des entreprises intensifient leurs activités de R-D parce que la politique en matière de brevets a déjà pris soin de la question des stimulants. Mais, s'il y a un aspect anticoncurrentiel concernant l'utilisation d'un droit, il s'agit clairement dans ce cas d'une question de concurrence.

ROBERT MERGES : Je voudrais ajouter quelque chose à ce propos, en utilisant encore une fois l'exemple du portefeuille de brevets destructeur. À mon avis, le portefeuille de brevets destructeur est rendu possible par le régime de propriété intellectuelle. Une personne peut s'employer à créer un tel portefeuille et y consacrer beaucoup de temps. Je trouverais acceptable de vivre dans un régime où tous sauraient à l'avance qu'un comportement abusif fondé sur l'utilisation d'un portefeuille de brevets destructeur en vue d'obtenir un pouvoir de marché excessif, artificiel ou déraisonnable, ne sera pas toléré, quelle que soit la norme qui pourrait s'établir en vertu de l'application d'une règle de raison dans la législation sur la concurrence. Cela n'a rien à voir avec l'incitation à innover. La politique en matière de brevets peut servir à accorder une protection raisonnable à l'innovation, mais il faut éviter de conférer un droit absolu de créer des portefeuilles de brevets destructeurs et d'en faire une utilisation abusive.

JEFFREY CHURCH : Je voudrais simplement clarifier certains aspects de ce que nous voulons dire lorsque nous parlons de préciser la portée des politiques. Je pense que ce que j'ai à l'esprit est peut-être différent de ce que Nancy a en tête. Lorsque je parle d'intervention dans le contexte de la politique de concurrence, ce que je veux dire, c'est que la politique de concurrence devrait intervenir pour contrer les restrictions liées à l'utilisation des droits de propriété intellectuelle lorsqu'il y a abus manifeste d'une position dominante. Nous évoluons dans un univers où il y a plusieurs industries (un bon exemple est celui des externalités engendrées par les industries de réseaux) pour lesquelles des droits de propriété intellectuelle limités peuvent se traduire par un avantage immense pour les entreprises concernées. Toutes sortes de pratiques anticoncurrentielles peuvent être employées pour préserver cette position dominante, décourager l'arrivée de concurrents et maintenir un pouvoir de marché. Je ne pense pas que les droits de propriété intellectuelle devraient être une excuse pour les responsables de

la politique de concurrence de fermer les yeux sur les cas de position dominante, notamment s'il y a abus. Si c'est ce qu'on entend par réglage de précision des politiques, je suis alors tout à fait en faveur.

Je vous donne un bon exemple d'une situation à laquelle nous serons confrontés au Canada. Nous avons eu dans le passé une politique d'octroi de licences obligatoires pour les médicaments brevetés et nous l'avons abandonnée. Les fabricants de médicaments de marque tentent maintenant d'entraver l'accès au marché en essayant d'obtenir la protection de marques de commerce pour l'apparence de leurs pilules. Ils tentent donc de faire assujettir la taille, la forme et la couleur de leurs préparations pharmaceutiques à la protection de la marque de commerce; si, par la suite, un fabricant de médicaments génériques devait s'amener et produire une pilule exactement semblable, il violerait alors les droits rattachés à la marque de commerce.

Supposons qu'après une période de 17 ans de protection par brevet, pendant laquelle les consommateurs ont pris connaissance et se sont adaptés aux renseignements dans ce secteur, le coût du passage à un autre produit est élevé, c'est-à-dire que, si les consommateurs ont à choisir entre deux pilules, ils continueront d'acheter celle qu'ils ont utilisée pendant 17 ans. Dans ce cas, je dirais que, si les fabricants de médicaments étaient en mesure d'obtenir une protection pour la taille, la forme et la couleur de leur pilule, la politique de concurrence devrait prendre le relais et s'opposer à ce genre de pratique; dans l'optique de la concurrence, cela n'est pas acceptable. Le fabricant de médicaments génériques devrait avoir la possibilité de produire une pilule de la même taille, de la même forme et de la même couleur.

ROBERT ANDERSON : Voulez-vous dire que les responsables de la politique de concurrence devraient intervenir en entamant des poursuites en justice ou tout simplement qu'ils devraient participer au débat sur les politiques ? Cette dernière possibilité est une autre démarche qui devrait être envisagée. Une bonne partie de nos échanges au cours de la dernière journée et demie a porté sur la mesure dans laquelle l'application de la loi devrait donner lieu à des poursuites judiciaires contre des entreprises qui s'adonnent à des pratiques anti-concurrentielles; mais, l'autre approche consiste à préciser la façon dont les droits de propriété intellectuelle sont définis dans la législation et les politiques, et c'est peut-être aussi ce que les responsables de la politique de concurrence devraient faire davantage, c'est-à-dire intervenir au niveau de l'élaboration des politiques.

Nous avons utilisé cette approche très efficacement dans le passé au Canada. Les gens ne le savent peut-être pas, mais le régime de licences obligatoires que nous avons pour les produits pharmaceutiques a d'abord vu le jour dans les faits à la suite des enquêtes et des représentations faites au niveau des politiques par le Bureau de la concurrence ou son prédécesseur. Différentes approches peuvent être employées pour corriger la portée de la politique de PI et, parfois, le débat sur les politiques peut être la voie préférable à suivre.

JEFFREY CHURCH : D'accord, mais je voudrais signaler que ces deux approches ne s'excluent pas mutuellement. Nous devrions faire pour le mieux sur le plan des politiques mais, lorsque des situations d'abus de position dominante se présentent et qu'une entreprise dominante emploie des pratiques anticoncurrentielles afin de maintenir ou d'étendre son pouvoir de marché, nous devrions appliquer les dispositions de la *Loi sur la concurrence* pour faire cesser ces pratiques, sans égard au dialogue qui se déroule au niveau des politiques. Je peux imaginer des partisans de l'école de Chicago dire que, comme les restrictions à l'utilisation de droits de propriété intellectuelle ont des effets négatifs sur les stimulants à la R-D, il ne faudrait pas avoir recours à de telles mesures.

MICHAEL SCHERER : Permettez-moi de modifier un aspect de mon témoignage, en faisant écho à l'intervention de William Baxter. Supposons que nous ayons dit à Xerox en 1959, « très bien, nous pensons que le modèle 914 et les appareils connexes sont merveilleux, et nous allons vous laisser le champ libre pendant 17 ans pour ces appareils. À la fin de cette période, nous vous demanderons où en est votre part du marché et nous prévoyons vous inviter à ouvrir votre portefeuille de brevets et à accorder des licences sur n'importe quel brevet qui vous reste à 1,5 p. 100 ». Comment la société Xerox aurait-elle réagi dans ces circonstances ? Je ne crois pas que, dans ce cas, Xerox aurait réduit ses dépenses de R-D. Compte tenu de la position de départ de l'entreprise, je pense que ses dirigeants auraient réalisé aux environs de la treizième année qu'ils allaient devoir affronter une concurrence sans restriction quatre ans plus tard et auraient décidé que le moment était venu de rationaliser leurs opérations et de progresser sur le plan technologique le plus rapidement possible. Je soupçonne qu'ils auraient alors fait davantage et qu'ils auraient été en meilleure position pour affronter la menace japonaise qu'ils ne l'étaient lorsque nous sommes littéralement sortis de l'ombre au milieu des années 70.

DONALD MCFETRIDGE : D'abord, je veux me prononcer officiellement contre les interventions visant à préciser la portée des politiques. Il est un peu présomptueux, à mon avis, de parler de réglage de précision lorsque le moteur roule à peine. Mais, nous voulons considérer l'avenir et nous le faisons sans aucun doute. À une échelle plus vaste, je pense que la politique de concurrence et la politique en matière de propriété intellectuelle sont inextricablement liées. Encore une fois, cela remonte aux premiers modèles de type Nordhaus sur la durée optimale des brevets ou, dans les écrits plus récents, sur les questions de portée et de nouveauté. Tout cela est subordonné aux promesses faites par le gouvernement quant à l'importance du surplus créé par l'invention que le breveté est en mesure d'extraire. S'il peut le recueillir au complet, cela suppose une solution, quant à la durée et à la portée, différente de celle découlant d'une situation où l'on ne peut en réaliser qu'une partie. Je ne pense pas qu'il soit possible de les dissocier. Au niveau conceptuel, il faut les aborder simultanément. S'il s'agit de promettre un simple monopole, comme dans le

cas du modèle de Nordhaus, cela est très différent que de promettre le droit à la discrimination, au regroupement, à la coercition ou à un certain nombre d'autres pratiques.

Deuxièmement, je voudrais aborder une question qui a été soulevée avec beaucoup de pertinence : supposons que nous envisagions des situations comme la vente liée ou le regroupement. De telles pratiques peuvent être bonnes ou mauvaises dans un contexte statique. Nous savons très bien que les preuves empiriques nécessaires pour établir une distinction entre les bons et les mauvais cas dans un contexte statique sont très difficiles à produire, de sorte que la probabilité d'y arriver n'est pas très élevée. On peut dire que nous délaissions la règle de raison pour nous orienter vers la légalité en soi (*per se*), mais nous n'en sommes pas encore là. Nous pouvons tous penser à des cas où ces pratiques pourraient être dommageables, mais nous serions réticents à nous lier les mains dans de telles circonstances.

Ajoutons à cela la dimension dynamique. Sans doute, une pratique peut être préjudiciable sur le plan statique mais bonne sur le plan dynamique. Cela peut nous mener encore plus loin; si nous sommes tout juste au seuil de la légalité en soi, des aspects dynamiques pourraient nous faire passer de l'autre côté. Je ne dis pas qu'il en serait ainsi, mais ce genre de choses peut et devrait influencer sur la politique de concurrence.

Une possibilité serait d'envisager ces questions au cas par cas. Nous pouvons retourner à l'exemple de *NutraSweet*, qui portait sur une situation d'abus. Il faut se demander quel est l'enjeu. S'agit-il d'une entreprise qui invente quelque chose et à qui on accorde le droit de toucher des bénéfices monopolistiques pendant 17 ans ? Ou a-t-on promis à l'entreprise qu'elle pourrait utiliser cette propriété intellectuelle pour voir ce qu'elle est en mesure de faire, par l'intermédiaire d'une marque de commerce comme dans le cas de *NutraSweet*, ou par tout autre moyen légal disponible ? Il nous faut encore déterminer ce qui est légalement acceptable. La notion selon laquelle le marché conclu avec le titulaire du brevet exclut toute initiative qui permettrait de percevoir la rente au delà d'une période de 17 ans me semble un peu difficile à accepter.

MARIUS SCHWARTZ : Je pense que ce que nous avons surtout appris au cours de cette conférence est ce qui s'est dit au sujet des réseaux : si l'on estime que la rétribution est à un niveau acceptable dans les autres industries, il est alors probable qu'elle soit excessive dans les industries de réseaux. Cette notion a un caractère provocateur sur le plan intellectuel. Je me préoccupe de ce qu'on pourrait faire dans ces circonstances, notamment au sujet de l'idée de rendre l'interface obligatoire. Je suis véritablement préoccupé par les aspects pratiques de la mise en œuvre d'une telle politique et je reviendrai sur cette question.

Supposons qu'on oblige un intervenant à rendre son interface accessible et à s'assurer que son produit soit compatible avec celui d'un autre. Qu'arrive-t-il si le produit de l'autre ne fonctionne pas ? Qui est à blâmer ? Toutes sortes d'accusations seront alors portées et, dans une industrie technologiquement

complexe, cela pourrait nous mener à un fouillis réglementaire – qu'il s'agisse des responsables de la politique de concurrence ou de qui que ce soit d'autre. Je pense qu'il ne faudrait pas sous-estimer les problèmes pratiques que de telles interventions peuvent poser.

De façon générale, plus un intervenant est mêlé de près à une situation, plus il est conscient de ses limites. Je crois entendre les responsables de la réglementation et les praticiens de la PI déclarer : « Laissons aux responsables de la politique de concurrence le soin de régler ce problème », comme si les gestionnaires du droit de la concurrence étaient des dieux qui disposent d'une boule de cristal. Dans les faits, nous surestimons parfois beaucoup l'apport que nous pouvons faire aux décisions; c'est pour cette raison que je trouve si pertinents les commentaires de Michael Trebilcock et de William Baxter. Combien de ces propositions peut-on véritablement appliquer, compte tenu des coûts de transaction et du système *adversatif* actuel ? Les économistes universitaires tentent de subsumer cette question lorsqu'ils développent leurs modèles et, à la toute fin, ils ajoutent : « Évidemment, il y a autre chose dont il faudrait se préoccuper ». Il s'agit d'une démarche très incomplète sur le plan des politiques.

Je pense que certaines suggestions présentées par William Baxter sur la façon de modifier la procédure judiciaire représentent des avenues très intéressantes pour résoudre ces questions. J'ai aussi apprécié le commentaire de Michael Scherer selon lequel les plaideurs privés sont parfois incités à conclure des accords qui ne solutionnent pas les problèmes dans l'optique de la collectivité. Je pense qu'il s'agit aussi d'une avenue valable à explorer davantage et que, dans des cas semblables, les autorités devraient peut-être intervenir.

RALPH WINTER : Je pense que les deux parties au débat sur le réglage de précision des politiques présentent des arguments convaincants et j'ai tendance à tomber d'accord avec quiconque a été le dernier intervenant. Marius Schwartz a vraiment bien énoncé l'argument que je voulais présenter : quand je réfléchis à la question du réglage de précision des politiques, je ne peux personnellement pas imaginer de règles de raison qui s'appliqueraient à des situations comme celle de l'industrie pharmaceutique ou même à celui des portefeuilles de brevets destructeurs. Je me préoccupe de l'incertitude que cela créerait sur le plan de l'incitation des entreprises à investir au départ, notamment dans le contexte des changements de gouvernement et des modifications apportées à la législation sur la concurrence. Les entreprises doivent prévoir longtemps à l'avance les règles qui seront en place et la portée du réglage de précision, par rapport à la situation où les règles de droit sont définies dans des actes législatifs ou fermement établies dans des principes de common law.

DENNIS YAO : Pour me conformer à la tradition de tomber d'accord avec l'intervenant précédent, ma position se rapproche de celle de Ralph Winter. Sur la question du réglage de précision des politiques, il serait utile d'avoir une idée de la mesure dans laquelle cette démarche influe au préalable sur l'incitation à

innover. Certaines modalités d'encadrement ne sont peut-être pas pertinentes à l'incitation préalable, de sorte que nous sommes en terrain raisonnablement solide. Mais, dans d'autres cas – notamment, ceux qui préoccupent vraiment les gens (par exemple, les réseaux), il se pourrait que l'équilibre soit rompu. S'il en est ainsi et qu'une entreprise prend le contrôle d'une industrie, c'est une situation très sérieuse qui peut influencer sur l'incitation préalable.

L'argument de Ralph Winter m'incite à penser qu'il est très important que le contexte soit prévisible. Il ne faut pas se retrouver dans une situation où le cadre d'analyse change, parce que la personne responsable n'est plus la même ou qu'un autre parti politique est au pouvoir. Il n'y a aucun doute que l'incertitude est néfaste pour la planification des entreprises. S'il semble que cela pose un problème véritable, il serait probablement utile de procéder à une certaine expérimentation graduelle. Il ne s'agit pas de passer d'un régime à un autre, mais de procéder en apprenant en cours de route. La théorie économique n'est pas très utile pour nous aider à déterminer s'il y a un niveau suffisant de R-D dans un contexte précis. Les travaux empiriques ne sont pas très convaincants non plus. Mais, au cas par cas, peut-être pourrions-nous tirer des leçons qui nous guideraient, dans la mesure où le processus se déroule d'une façon graduelle et relativement prévisible. Si les problèmes suscités par l'évolution de la portée des politiques sont identifiés rapidement, avant qu'ils ne deviennent trop sérieux, les correctifs seront alors plus faciles à appliquer. Mais, encore une fois, je ne suis pas convaincu que nous connaissions de façon générale l'ampleur des problèmes que soulèvent au départ la plupart des méthodes de réglage de précision de la portée des politiques, sur le plan de l'incitation à innover.

WILLIAM BAXTER : Je pense que la question de savoir si nous devrions tenter de préciser la portée de la politique de PI est véritablement une fausse question. Dans une large mesure, nous faisons allusion à la marge de manoeuvre discrétionnaire des magistrats. En se référant à la législation américaine simplement à titre d'exemple, il me semble totalement inimaginable qu'un juge puisse dire un jour : « Vous savez, une période de 17 ans commence à paraître passablement longue d'après la documentation actuelle, de sorte que je pense que je vais la réduire à 13 ans, ou apporter des changements semblables ». Par ailleurs, nos statuts prévoient aussi que, si une invention est en vente depuis deux ans, elle ne peut pas être brevetée, et il y a ensuite l'exception expérimentale à cette règle.

Il me semble non seulement possible mais très probable que, dans son interprétation de la façon dont ces diverses pièces législatives s'emboîtent les unes aux autres, un juge tiendra compte de l'effet qu'elles auront sur la portée de l'incitation à innover. Le fait que les juges ne raccourciront pas la période de 17 ans et qu'ils tiendront compte de l'incitation à innover nous fournit la réponse inévitable à la question de savoir si chaque système devrait tenir

compte de l'autre. De toute évidence, ils devraient tenir compte les uns des autres mais, ce faisant, ils devraient se préoccuper surtout de leur propre sphère.

Pour revenir à l'argument que j'ai débattu avec Michael Scherer, je pense qu'il est tout fait acceptable de dire au début de la période, « vous n'aurez que 17 ans de protection », mais je n'aime pas la notion de sabrer dans la structure de rétribution parce qu'une entreprise a eu du succès dans le passé. Je pense qu'il faut avoir fait quelque chose de répréhensible pour justifier une amputation du système de rétribution; tel est le problème fondamental que soulèvent pour moi les commentaires de Michael Scherer.

ROBERT MERGES : Je n'ai certes pas voulu laisser entendre que mon objectif était d'atteindre une sorte d'optimum en matière de sociologie appliquée. Ce n'est pas un subterfuge pour ruiner la légitimité durement acquise du régime législatif sur la concurrence. La raison pour laquelle j'ai préconisé un réglage de précision du côté de la politique de concurrence, est que nous ne le faisons pas tellement du côté de la législation sur les brevets. On peut déplorer le manque de connaissances spécialisées, du moins aux États-Unis, sur les aspects économiques de la législation sur les brevets. Il nous faudrait importer certaines des connaissances économiques spécialisées sur les effets sur la concurrence et les intégrer au débat sur la politique de propriété intellectuelle.

Ce qui m'a incité à faire cette proposition est que les personnes qui s'intéressent à la politique antitrust posent au moins les bonnes questions. Parfois, dans le domaine de la législation sur les brevets, nous semblons être coincés au niveau métaphysique. Dans un univers parfait, nous pourrions importer certaines connaissances spécialisées dans le secteur de la politique antimonopole et élaborer ainsi une politique de propriété intellectuelle mieux éclairée. Je pense qu'il y a espoir de parvenir à un monde meilleur. Les responsables de la politique antitrust aux États-Unis ont enfin reconnu que plusieurs questions stratégiques et législatives dans le domaine de la propriété intellectuelle ont une incidence très importante sur la concurrence. Ce sont là des signes très encourageants.

Une autre lueur d'espoir est le fait qu'en vertu de la pratique de l'intervenant désintéressé (défenseur de la concurrence), les responsables de la politique antimonopole aux États-Unis commencent à s'intéresser davantage aux litiges qui relèvent du domaine de la PI. Je veux parler des litiges du côté de l'attribution des droits, non du côté des abus. Ils comprennent qu'il est tout à fait possible d'avoir des situations d'octroi abusif de droits et ils commencent à réaliser qu'il faut participer au débat dès que l'on s'apprête à étendre ces droits, c'est-à-dire au niveau législatif et, dans certains cas, au niveau des tribunaux d'appel. Il s'agit d'un signe très prometteur.

Permettez-moi de faire une suggestion au sujet des industries de réseaux, parce qu'elle a une pertinence immédiate pour mon argumentation. Une façon possible de résoudre le problème est d'accorder un droit de propriété aux personnes qui, par exemple, élaborent un logiciel d'application qui s'intègre à

l'interface, tout en maintenant aussi les droits de propriété de la personne qui détient l'interface. Dans ce cas, les intervenants s'entendent entre eux, sans intervention de la part des responsables de la réglementation. L'approche employée est celle des brevets apparentés. Dans une certaine mesure, tout auteur d'une amélioration qui détient un brevet apparenté se retrouve dans une situation de monopole bilatéral avec l'inventeur initial; ils doivent alors arriver à une entente. Chose étonnante, la plupart du temps, la formule fonctionne. Il s'agit en fait d'une solution intéressante dont l'origine remonte au XIXe siècle. Cette structure logique pourrait être envisagée comme solution possible au problème des externalités engendrées par les réseaux.

Je pense qu'idéalement, nous devrions préciser la portée des droits de propriété intellectuelle initialement au niveau des politiques (au niveau de la législation ou des décisions judiciaires). Mais je ne suis pas convaincu que nous serons en mesure d'importer les connaissances spécialisées assez rapidement, compte tenu des obstacles institutionnels, pour nous éviter certains problèmes.

Il s'agit définitivement d'un exemple de ce que Marius Schwartz voulait dire. Plus on est près de quelque chose, plus on peut y voir des défauts. Les économistes sont peut-être des borgnes ayant une très mauvaise vision, mais rappelons-nous qu'au royaume des aveugles, les borgnes sont rois.

JEFFREY CHURCH : Selon mon argument, qui est très semblable à celui de Robert Merges, lorsqu'une entreprise dominante possède des droits de propriété intellectuelle sur une norme qui constitue un élément essentiel à la concurrence et que cette entreprise refuse de collaborer ou d'accorder une licence, je crois que les responsables de la politique de concurrence devraient s'intéresser à ce cas, l'examiner et décider s'il y a abus. Les dispositions de la *Loi sur la concurrence* concernant les abus de position dominante au Canada sont tout à fait indiquées pour traiter de ces cas.

Sur le plan des correctifs, les commentaires faits hier par Michael Scherer semblent indiquer que, dans les poursuites visant des licences obligatoires, l'établissement des prix n'avait pas soulevé de problèmes sérieux. Dans la mesure où des problèmes surgissent, des organismes coopératifs d'établissement de normes pourraient peut-être se charger de les résoudre. Une dernière remarque à l'intention de Don McFetridge. Lorsque nous accordons un brevet à ces personnes, nous leur disons, ou nous devrions leur dire, que leur droit d'utiliser ce brevet est assujéti à la loi sur la concurrence. Il s'agit d'une condition qu'ils connaissent au préalable et ils ne peuvent pas prétendre que nous modifions les règles du jeu qui encadrent leurs investissements. Ils savent que des dispositions relatives aux abus de position dominante ont été mises en place.

NANCY GALLINI : Pour résumer, je voudrais faire un tour de table et demander à chacun de décrire la question qu'il juge la plus importante à l'heure actuelle dans le débat portant sur la concurrence et la PI.

WILLIAM BAXTER : Encore une fois, je suis tenté de dire qu'aussitôt que l'on commence à dire aux gens qu'ils doivent traiter les uns avec les autres, c'est-à-dire qu'on les force à participer à des interfaces ouverts ou à concéder des licences obligatoires, il faut être disposé à leur préciser les conditions qu'ils devront respecter à compter de ce moment. À moins d'être prêt à remplir ce rôle réglementaire – qui a un caractère fortement interventionniste –, il faudrait songer à changer de métier, parce que cela fait partie du travail à accomplir.

NEIL CAMPBELL : Je pense qu'il est très important de s'intéresser aux droits à l'étape de la délivrance, que ce soit par le biais de la politique législative ou de décisions judiciaires qui sont rendues au sujet des droits de propriété intellectuelle. Il me semble important que les responsables de la politique de concurrence songent à la mesure dans laquelle ils veulent participer à l'examen de la législation sur la propriété intellectuelle et à des cas où des interventions peuvent être utiles pour des questions connexes au système de réseaux.

Au-delà de ces considérations, je m'intéresse à la question sous l'angle de ce qu'un avocat canadien doit avoir à l'esprit face à ses clients dans le contexte actuel. En quittant cette rencontre, j'ai vraiment l'impression que le Canada s'est donné un bon ensemble de lois sur la concurrence. Elles ne sont pas parfaites – il est toujours possible de faire mieux –, mais les dispositions concernant les abus de position dominante ont une vaste portée et elles sont assez développées. Elles ont été utilisées dans la cause *NutraSweet* et elles ont été employées pour résoudre certains cas difficiles d'abus de position dominante. Peu de changements spectaculaires devraient normalement survenir. Nous avons peut-être une meilleure perception des possibilités d'extension et d'utilisation abusive du pouvoir de monopole par l'intermédiaire de droits de propriété intellectuelle, mais nous n'avons pas besoin d'un système entièrement nouveau.

DON MERCER : Pour donner suite à un commentaire fait plus tôt, je voudrais rappeler à tous qu'il y a des institutions en place, que nous avons un système judiciaire fondé sur la jurisprudence et que l'analyse et les conclusions de ce genre de rencontre entre universitaires et responsables de la mise en œuvre des lois auront éventuellement une certaine influence sur nos politiques d'intervention et notre jurisprudence. Cette influence se fera sentir tant sur notre droit civil que sur notre droit criminel, comme ce fut le cas au cours des années; telle est l'immense valeur qui se rattache à ces délibérations.

MARK RONAYNE : Une question qui n'a vraiment pas été abordée est celle de savoir comment différents éléments de propriété intellectuelle sont liés les uns aux autres. Nous avons pu observer certains de ces liens dans le contexte de l'affaire *NutraSweet* où l'on a tenté, à mon avis, de placer la protection conférée par des brevets dans l'optique des marques de commerce dont la durée de vie est plus longue en cas d'utilisation continue. Un aspect connexe est la

question des secrets commerciaux et la façon dont ils sont reliés à d'autres formes de propriété intellectuelle.

WILLARD TOM : Sur le plan de la mise en œuvre, je ne pense pas que nous ayons pleinement exploité ou épuisé les possibilités d'application des doctrines traditionnelles dans le domaine de la politique de concurrence aux problèmes qui se posent dans les industries où la propriété intellectuelle est importante. Nous devons concevoir de quelle façon nous composerons avec des pratiques précises dans le contexte de marchés et de secteurs industriels précis. Nous ferons peut-être plus de progrès de cette façon du côté de la mise en œuvre qu'en essayant d'élaborer des solutions cosmiques au problème.

En ce qui concerne les activités de représentation, je pense que Robert Merges et Robert Anderson ont raison. La façon dont les mesures de protection de la propriété intellectuelle sont interprétées, créées et mises en œuvre a plusieurs conséquences sur le plan de la concurrence; l'économie de l'organisation industriels, peut-être par opposition à la législation sur la concurrence, peut avoir un rôle important à jouer dans ce domaine.

Je conviens aussi qu'il y a beaucoup d'obstacles institutionnels et politiques qui pourraient compromettre un succès rapide dans ce domaine. On suppose implicitement que le Bureau des brevets et des marques de commerce ou les juristes de la propriété intellectuelle possèdent les connaissances spécialisées dans ces secteurs; dans ce cas, comment la Federal Trade Commission, le Département de la Justice ou le Bureau canadien de la concurrence peuvent-ils oser leur dire comment conduire leurs affaires ? Il s'agit d'une question à laquelle nous aurons à faire face.

Mais je pense qu'il y a des indices encourageants, du moins au niveau de la magistrature fédérale aux États-Unis. Si nous considérons l'assentiment du juge Newman dans la cause *Hilton Davis* ou le jugement de la première cour de circuit dans la cause *Lotus v. Borland*, les juges en sont enfin venus à soulever la question suivante : « Qu'est-ce que les textes économiques ont à dire sur ce problème et contribuent-ils à éclairer la question précise qui nous préoccupe dans ce cas » ? Je considère cela, à tout le moins, comme un signe prometteur.

MARIUS SCHWARTZ : J'ai déjà présenté plus tôt mes principaux commentaires, de sorte que je me contenterai d'ajouter ici une observation et de poser une question à Robert Merges. Je considère intéressante l'idée d'utiliser la politique de concurrence à des fins de représentations en ce qui concerne la propriété intellectuelle et d'autres domaines. C'est ce que nous faisons régulièrement dans de nombreux domaines. Un aspect qui me préoccupe – et je m'adresse ici à Robert Merges –, est que si les intervenants du domaine de la propriété intellectuelle sont aussi puissants que vous le prétendez, n'y a-t-il pas danger qu'ils exercent des pressions auprès des membres du Congrès, si nous commençons à nous mêler un peu trop de leurs affaires ?

MICHAEL SCHERER : Premièrement, compte tenu des difficultés, je pense qu'au lieu de parler de réglage de précision, nous devrions utiliser le terme « équilibrage ». Deuxièmement, je m'inquiète un peu que nous n'ayons pas parlé du tout d'un aspect que Richard Gilbert a évoqué hier en deux phrases environ quand il a fait allusion aux dangers qui surgissent lorsqu'une grande entreprise bien établie et financièrement solide utilise son portefeuille de brevets pour écarter de nouveaux venus ayant des moyens plus modestes. En se fondant sur l'évolution de la doctrine aux États-Unis, il semble que les responsables n'interviennent que dans des cas de comportement plutôt extrême, si l'on en juge par le précédent établi dans la cause *Columbia Pictures*; je pense qu'il s'agit là d'un sérieux problème.

RICHARD GILBERT : Je crois que nous avons encore beaucoup à apprendre sur l'apport de la propriété intellectuelle à la croissance économique et à l'économie; pour cette raison, je serais prudent avant d'entreprendre une incursion agressive dans tout domaine de la propriété intellectuelle ou même de la politique de concurrence, à moins d'avoir une idée assez juste des effets qui en découleront. Le type de réflexion engendrée par une conférence comme celle-ci contribue largement à définir nos intérêts et nos interprétations et à cibler les questions. Les réponses ne viendront que de façon progressive. À l'instar des représentations en matière de concurrence, cela revient à s'attaquer à une montagne, mais même les montagnes finissent par s'user.

DEREK IRELAND : J'ai réalisé depuis longtemps qu'il s'agissait de deux instruments de politique très importants (politique de concurrence et propriété intellectuelle). Je m'inquiète que très peu de gens soient conscients de leur importance et que, en un sens, les deux instruments soient monopolisés par certains intérêts très limités. Je crois que nous devons trouver des mécanismes pour élargir la participation et la compréhension à l'égard de la politique de concurrence et des droits de propriété intellectuelle, tant au niveau de l'élaboration des politiques qu'à celui de la résolution des différends. Nous parlons beaucoup des dispositions relatives à l'abus de position dominante dans la *Loi sur la concurrence* mais, à l'heure actuelle, seul le Directeur peut amener des cas d'abus de position dominante devant le Tribunal de la concurrence. Il s'agit d'une question qu'il faudrait peut-être régler en procédant à une révision de la loi. Une autre chose que j'ai apprise, c'est qu'il est de beaucoup préférable de travailler à partir de ce que nous avons déjà, au lieu de proposer des scénarios insensés ou applicables à un monde idéal. Lorsque des gens comme Willard Tom me disent qu'il y a certains instruments que nous pouvons utiliser et qu'il y a des institutions déjà en place, cela m'incite à croire que je dois en apprendre davantage à ce sujet et m'efforcer de mieux intégrer mes réflexions à ce qui existe déjà. Je pense qu'une partie de l'analyse portant sur le contrôle des marchés découlant des restrictions verticales à la concurrence et l'augmenta-

tion des coûts des concurrents sera utile et importante pour certains des enjeux que nous avons examinés.

ROBERT MERGES : Pour répondre à la question que Marius Schwartz a soulevée il y a quelques instants, je pense que le premier moyen de défense contre un assaut politique, pour ne pas paraître trop utopique, est la cohérence intellectuelle. Certains d'entre nous fréquentons les milieux de Washington depuis assez longtemps pour savoir que, lorsqu'on s'y attend le moins, le recours à un argument intellectuel rigoureux peut sauver la situation ou modifier le cours des événements. Ce n'est certes pas sans importance. Donc, si nous avons une bonne perception au départ de la façon dont la propriété intellectuelle influe sur la concurrence et comment la politique de concurrence dans un contexte de microéconomie appliquée peut nous aider à réfléchir sur la propriété intellectuelle, nous disposerons alors d'un moyen de défense lorsque des juristes spécialisés dans le domaine de la propriété intellectuelle tenteront de nous forcer la main.

Le deuxième moyen de défense a un caractère beaucoup plus pratique parce qu'il s'agit de chercher des appuis au niveau des groupes de pressions. Certains groupes sont en voie de formation. Je ne mentionnerai qu'un seul d'entre eux : le comité américain pour les systèmes interopérables (American Committee for Interoperable Systems) est un groupe qui, outre celui des fabricants de médicaments génériques, se déclare faiblement protectionniste. Étant donné les tendances historiques, l'apparition de groupes de pressions favorables à une faible protection est un indice de l'importance de la rigueur que les droits ont acquis dans certains domaines. Ce serait une bonne chose pour ces groupes de disposer d'un pôle d'attraction intellectuel et d'un pôle d'attraction stratégique.

Enfin, j'ai appris à ne pas oublier combien il peut être agréable de converser avec des gens rationnels et modérés. Quand je me rends au Canada, c'est habituellement la norme que j'observe. Je vais donc terminer en rappelant une blague que tous les Canadiens connaissent mais que certains Américains présents ici pourraient ignorer. Il s'agit d'un concours qu'a lancé, je crois, l'un des journaux de Toronto. Il fallait ajouter les mots manquants dans l'énoncé : « Aussi Canadien que . . . ». Je pense que vous serez tous heureux d'apprendre que la réponse gagnante fut la suivante : « Aussi Canadien qu'il est raisonnablement possible de l'être dans les circonstances ».

DONALD MCFETRIDGE : Un aspect que Derek Ireland a mentionné ce matin mérite d'être commenté. C'est le fait que les objectifs de la politique de concurrence devraient être élargis de nouveau afin d'inclure divers objectifs de protection du consommateur. L'une des plus importantes réalisations des responsables du Bureau de la concurrence ces dernières années a été leur aptitude à préciser leurs objectifs et à mettre l'accent sur des questions de concurrence et d'efficacité au niveau de l'affectation des ressources, tout en réussissant

à ignorer les objectifs des politiques industrielles, les programmes de développement régional et d'autres sources de pression semblables. Il serait très malheureux, à mon avis, de s'engager sur la voie d'un élargissement des objectifs. Cela serait très préjudiciable aux mécanismes de mise en œuvre, tout en allant trop loin sur la voie du réglage de précision de la propriété intellectuelle.

Une question qui a été soulevée et à laquelle j'ignore si une réponse a vraiment été apportée est la suivante : Le régime d'octroi de licences obligatoires est-il un bon correctif si la décision est prise, pour une raison ou une autre, de couper court aux droits de propriété intellectuelle ? L'expérience canadienne m'a appris que, très souvent, l'octroi de licences obligatoires ne permet que d'avoir accès à l'invention; pour obtenir davantage du donneur de licences, il faut entreprendre une longue démarche, en faisant appel à tout un arsenal d'interventions réglementaires pour y parvenir. Dans certains cas, il se pourrait que la solution ne soit pas très bonne.

VAL TRAVERSY : En tant que responsable de la Direction générale de l'économie et des affaires internationales du Bureau de la concurrence, il m'incombe de remercier les participants à ce symposium et, en particulier, ses organisateurs, Nancy Gallini et Robert Anderson, pour les efforts et la contribution qu'ils ont apportés à la tenue de la rencontre. L'événement fut une réalisation remarquable à bien des égards. Le thème du symposium – le rôle de la politique de concurrence dans ses rapports avec la propriété intellectuelle et l'économie du savoir – n'aurait pas pu être abordé à un moment plus opportun. Parmi les participants, on compte un groupe particulièrement impressionnant d'universitaires, d'anciens et d'actuels cadres supérieurs de la fonction publique, et de praticiens du secteur privé, en provenance du Canada et des États-Unis, dans le domaine du droit et de l'économie de la politique de concurrence. La portée de l'apport intellectuel au symposium englobe les domaines de la théorie, de l'analyse empirique, de la conception et de la mise en œuvre des politiques. Même la température s'est mise de la partie, en étant tellement exécrable que tous les participants ont été heureux de demeurer à l'intérieur.

Comme plusieurs d'entre vous l'avez souligné au cours de la dernière journée et demie, le rythme d'activité et les tensions au travail dans les secteurs public et privé sont tels de nos jours qu'il est extrêmement difficile pour les gens de délaissier leurs occupations quotidiennes pour venir rencontrer des observateurs informés, considérer des points de vue nouveaux et faire une réflexion analytique sur la conception et l'application des politiques que nous sommes chargés de gérer. Mais rien ne s'avère plus important que d'assurer une adaptation harmonieuse aux forces du changement.

Nous apprécions aussi le temps et les efforts déployés par les universitaires en vue de raffiner l'analyse et de la rendre plus rigoureuse sur les plans théorique et empirique, tout en la maintenant accessible pour les responsables de l'application des politiques.

Le symposium fut un succès remarquable à ce double titre. À vous tous pour votre apport diversifié aux délibérations, ainsi qu'à l'équipe de Nancy et Robert pour leurs efforts organisationnels et l'esprit d'initiative qui ont rendu possible la tenue de l'événement, je tiens à transmettre des remerciements au nom du Bureau de la concurrence.

NANCY GALLINI : Merci à vous, Val, pour vos commentaires, au Bureau de la concurrence pour son appui, ainsi qu'à tous les participants pour leur apport aux délibérations. Le symposium est maintenant terminé.



Robert D. Anderson
Bureau de la concurrence
Industrie Canada, et
Organisation mondiale du commerce

et Nancy T. Gallini
Département d'économique
Université de Toronto

13

Sommaire et conclusions

UN LARGE ÉVENTAIL DE QUESTIONS liées à l'interaction de la politique de concurrence et des droits de propriété intellectuelle (DPI) a été examiné dans cet ouvrage, en accordant une attention particulière aux brevets et aux pratiques en matière de licences. Comme nous l'avons souligné dans l'introduction, les DPI sont une importante source d'incitation à l'innovation et peuvent faciliter la diffusion des nouvelles technologies dans l'économie. À l'occasion, ils suscitent aussi des préoccupations en raison de l'accumulation et de l'exploitation abusive du pouvoir de marché. La politique de concurrence est un autre important instrument qui intervient pour prévenir l'exploitation abusive du pouvoir de marché, en limitant l'ensemble permis des pratiques et des modalités contractuelles auxquelles les entreprises peuvent recourir. Cela influe à la fois sur l'incitation préalable du titulaire du brevet à innover et l'incitation subséquente qu'il a à diffuser les nouvelles technologies. De façon générale, plus l'ensemble des pratiques légalement permises est étendu, plus grande est la souplesse dont dispose l'innovateur pour accroître le rendement sur son investissement en R-D et restreindre l'imitation et les autres activités des détenteurs de licences qui pourraient dissiper la rente connexe. Par ailleurs, de telles restrictions peuvent avoir un effet préjudiciable sur le bien-être en limitant excessivement l'accès aux nouvelles technologies et en supprimant l'incitation à mettre au point des améliorations ou des substituts. Le défi qui se pose aux responsables des politiques et aux autorités chargées d'appliquer la loi sur la concurrence est de réaliser un arbitrage adéquat de ces divers effets afin d'atteindre une répartition efficiente des ressources sur des marchés dynamiques.

Dans ce dernier chapitre, nous avons réuni certaines des principales conclusions et leçons que l'on peut tirer du présent ouvrage. Bien que les divers chapitres traduisent une diversité d'opinions sur les questions liées au traitement de la propriété intellectuelle dans le cadre de la politique de concurrence, un certain nombre de principes directeurs et d'enseignements en ressortent. Nous traitons de ces constatations ci-après en respectant l'ordre dans lequel elles se présentent dans l'ouvrage. Premièrement, nous envisageons les principes généraux de la politique de concurrence tels que présentés dans les

exposés d'introduction de la partie I; deuxièmement, nous décrivons les principes qui doivent présider au traitement de certaines pratiques de licences dans un contexte de concurrence; et, troisièmement, nous décrivons certaines stratégies en matière de concurrence, notamment dans les pays de l'ALENA, qui pourraient avoir un impact favorable sur l'innovation et la diffusion sur les marchés internationaux.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

LES EXPOSÉS DE LA PREMIÈRE PARTIE traitent de questions générales pertinentes à l'interface de la politique de concurrence et des droits de propriété intellectuelle. Dans le chapitre 2, Gallini et Trebilcock présentent trois approches différentes au traitement de la propriété intellectuelle dans le cadre de la politique de concurrence. Selon l'approche à laquelle souscrivent les auteurs, les autorités responsables de la concurrence devraient concentrer leur attention sur les effets d'un contrat sur la diffusion et les prix, dans l'optique d'une répartition efficiente des ressources, et non tenter de « compenser » les lacunes ou les excès perçus de la protection accordée à la propriété intellectuelle. Lorsque des préoccupations surgissent en matière d'innovation, comme dans le cas des coentreprises ou de l'élimination de l'incitation qu'aurait un rival à faire de la recherche, les auteurs font valoir que la méthode de l'analyse de la concurrence potentielle sur les marchés de la technologie et du produit peut suffire à éclairer les effets d'une licence sur l'innovation, la diffusion et les prix. Gallini et Trebilcock soulignent par ailleurs deux principes fondamentaux que l'on retrouve dans tous les exposés réunis dans cet ouvrage :

1. La politique de concurrence ne devrait pas présumer que les DPI confèrent un pouvoir de marché.

Ce principe, qui ressort également des *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, publiés par le Département de la Justice et la Federal Trade Commission des États-Unis, a une importance capitale pour l'application judicieuse de la politique de concurrence aux droits de propriété intellectuelle. Il traduit le fait que, dans la plupart des cas, de bons substituts existent pour les produits et les procédés brevetés.

2. La politique de concurrence devrait reconnaître que les restrictions rattachées aux licences peuvent avoir un effet positif sur le bien-être si elles favorisent une diffusion efficiente de la propriété intellectuelle.

Ce point est également fondamental à l'application judicieuse de la politique de concurrence aux pratiques en matière de licences. Il souligne le fait que

les restrictions prévues dans les licences ont généralement pour effet d'accroître l'incitation des titulaires de brevets à mettre leur technologie à la disposition des utilisateurs.

À l'opposé du texte de Gallini et Trebilcock, qui s'intéresse avant tout à l'incidence de la politique de concurrence sur la diffusion des innovations, l'étude de Robert Merges insiste sur l'importance des droits de propriété intellectuelle pour assurer la diffusion des innovations. Le principal message qui ressort de cet exposé est que des droits plus rigoureux en matière de brevets pourraient entraîner une plus grande diffusion. Présentant une analyse positive de l'impact des droits de brevet sur l'organisation de la production et la diffusion de l'innovation, il fait valoir que des droits plus rigoureux en matière de brevet inciteraient les entreprises à conclure des accords de licence plutôt qu'à tenter d'intégrer verticalement la production. Une réaction sur le plan de l'organisation à une protection accrue des brevets est que la stratégie classique des « portefeuilles destructeurs » pratiquée par les grandes entreprises intégrées verticalement pourrait cesser de préoccuper autant les responsables de la législation antitrust. Cependant, il indique que de nouvelles stratégies d'acquisition de brevet sont apparues et qu'elles requièrent une certaine vigilance de la part des responsables de la concurrence. Merges souligne une interaction importante entre la protection associée aux brevets et les questions liées à la politique de concurrence :

3. Une protection accrue des brevets donne lieu à des organisations moins bien intégrées et à un plus grand recours à des accords de licences sans lien de dépendance. Ainsi, il sera moins probable que l'on assiste à la constitution de « portefeuilles destructeurs » lorsque les brevets offrent une protection étendue. Cependant, les responsables de la concurrence doivent demeurer à l'affût des stratégies d'acquisition et des accords de licence abusifs qui entravent la concurrence.

McFetridge insiste également sur l'importance des DPI pour la diffusion de l'innovation, en accordant une attention particulière à l'expérience du Canada dans le domaine des licences obligatoires. Il se demande si les licences obligatoires (qui représentent un affaiblissement des droits de brevet) ont ou non suscité une production et utilisation accrues des innovations au Canada. Tout en reconnaissant que les licences obligatoires peuvent permettre d'acquérir une expérience pratique dont les retombées facilitent les innovations subséquentes, il fait valoir que les licences obligatoires n'ont pas constitué une solution efficace en vue d'encourager la R-D et la diffusion de l'innovation au Canada. Contrairement aux États-Unis, les licences obligatoires n'ont pas été utilisées principalement pour lutter contre une exploitation anticoncurrentielle des brevets. Si les politiques américaines et canadiennes diffèrent à plusieurs égards, l'accession du Canada à l'ALENA et aux accords sur les aspects des droits

de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) ont amené des modifications à la *Loi sur les brevets* qui ont réduit les possibilités de conflit avec les politiques américaines. McFetridge conclut que :

4. De façon générale, les licences obligatoires ne constituent pas un mécanisme efficace pour encourager l'exploitation locale d'un brevet puisqu'elles permettent l'accès sans transfert des connaissances nécessaires à l'utilisation commerciale de l'innovation.

LE TRAITEMENT DE CERTAINES PRATIQUES EN MATIÈRE DE LICENCES

LES QUATRE EXPOSÉS PRÉSENTÉS DANS LA PARTIE II s'intéressent à l'application de la politique de concurrence à des pratiques et à des arrangements particuliers en matière de licences. L'étude de Baxter et Kessler aborde la question par une analyse des aspects économiques de la vente liée dans le contexte de la PI, en mettant en contraste les démarches juridiques canadiennes et américaines. Les auteurs signalent que la démarche canadienne est plus conforme aux principes généraux de l'économie dans la mesure où elle évite la nomenclature spécifique que l'on retrouve dans la formule américaine et qu'elle permet un meilleur équilibrage des répercussions favorables et défavorables, sur le plan du bien-être, de modalités particulières de vente liée. Les auteurs affirment aussi que l'une des raisons qui justifient le recours à ces pratiques est l'amélioration du rendement sur l'investissement en R-D, bien qu'ils s'empressent d'ajouter qu'une telle politique pourrait modifier uniquement la nature et non la quantité de R-D effectuée. Voici la principale recommandation qui découle de leur étude :

5. Le traitement, en politique de concurrence, des modalités de vente liée figurant dans les licences de propriété intellectuelle devrait s'appuyer sur une analyse en vertu de la règle de raison. L'approche canadienne convient mieux que l'approche américaine à cet égard, quoique cette dernière se soit rapprochée de la pratique canadienne au cours des dernières années.

Cette recommandation figure également dans le document de Rey et Winter, qui traite des dispositions d'exclusivité dans les contrats de licence, y compris les contrats conclus avec un seul détenteur de licence, les accords d'exclusivité et les restrictions territoriales. Les auteurs signalent les différentes approches qui s'appliquent à ces pratiques, notamment au niveau de la politique de concurrence, entre l'Amérique du Nord et l'Union européenne. Comme dans le cas du traitement des biens non liés à la PI, les auteurs recommandent

que la politique de concurrence applique la doctrine de la règle de raison aux restrictions de ce genre, mais tout en tenant compte que les modalités d'exclusivité pourraient réduire l'incitation à innover. Par conséquent, ils proposent que les responsables de la concurrence soient prêts à intervenir dans les cas où les DPI ont pour effet de fermer les marchés à des innovateurs potentiels. Dans la mesure où l'analyse de la concurrence éventuelle peut servir à évaluer les coûts sociaux de la suppression d'innovations futures par des entreprises rivales, cette recommandation concorde avec celle faite par Gallini et Trebilcock et débouche sur la recommandation suivante :

- 6. Les responsables de la politique de concurrence devraient être prêts à contester les restrictions axées sur l'exclusivité qui se rattachent aux licences de PI dans la mesure où elles se répercutent sur la concurrence éventuelle sur les marchés de la technologie et du produit.**

L'étude de Suzanne Scotchmer traite de l'efficacité et des répercussions anticoncurrentielles des coentreprises de recherche et des ententes horizontales connexes. Reconnaissant que la politique de concurrence au Canada et aux États-Unis redoute davantage les accords horizontaux que les accords verticaux, elle signale que les deux types d'entente peuvent présenter des avantages compensatoires sur le plan de l'efficacité. L'auteure met en contraste les pratiques *ex ante* et *ex post* en matière de licences, en notant que si les deux facilitent la diffusion des innovations, les premières parviennent plus efficacement à réduire les éléments d'inefficacité associés au gaspillage dans le domaine de la R-D. Même si les coentreprises présentent le risque non souhaitable de faciliter la monopolisation et la réduction des dépenses de R-D, elle s'empresse d'ajouter qu'il ne faut pas accorder une importance indue à cette préoccupation. En ce qui a trait à l'application de la politique de concurrence aux coentreprises, Scotchmer recommande que :

- 7. Les ententes horizontales en matière de PI devraient être évaluées en fonction d'une norme fondée sur la règle de raison.**
- 8. Les alliances *ex ante* devraient être permises à moins qu'elles ne facilitent des pratiques qui seraient interdites *ex post* si elles avaient été rendues possibles grâce à une restriction anticoncurrentielle rattachée à une licence.**

Enfin, l'étude de Church et Ware porte sur l'interaction de la politique de concurrence et des DPI dans le contexte des industries de réseaux, où les questions de normalisation et de compatibilité sont importantes. Étant donné l'évolution rapide de la technologie, les auteurs invitent les responsables de la concurrence à reconnaître que le degré de pouvoir de marché conféré par les DPI peut parfois être excessif dans ces industries, où les effets habituels des DPI

peuvent se trouver amplifiés par des externalités de réseau et, en particulier, les avantages considérables que possèdent les premiers partants. Ils notent que, contrairement à leur propre opinion quant au niveau approprié de protection, la protection de la PI dans les industries de réseaux (y compris la protection accordée par les brevets, le droit d'auteur ou la législation sur les topographies des circuits intégrés) a augmenté progressivement. Les restrictions associées aux licences, qui englobent le refus d'accorder une licence, les ententes horizontales, les accords d'exclusivité et les pratiques consistant à lier des logiciels à des systèmes d'exploitation protégés par droit d'auteur viennent accentuer le pouvoir exercé sur le marché. Dans la mesure où la protection de la PI est excessive, les auteurs font valoir que la politique de concurrence pourrait jouer un rôle important en vue de faire contrepoids au pouvoir de marché découlant des DPI. Voici, en résumé, leurs observations et recommandations en ce qui a trait à la politique de concurrence et à la politique en matière de brevets :

9. Les droits de propriété intellectuelle et les externalités dans les industries de réseaux se conjuguent souvent pour engendrer un pouvoir de marché qui pourrait gêner l'innovation future tout en engendrant des éléments d'inefficience statique.
10. Dans les industries de réseaux, la politique de concurrence devrait intervenir pour faire contrepoids à la portée de la protection de la PI en limitant l'exercice du pouvoir de marché par le jeu des restrictions rattachées aux licences.

EXAMEN COMPARATIF DES ENJEUX ET DES QUESTIONS DE POLITIQUE

LE TROISIÈME VOLET DU VOLUME renferme une analyse comparative de la politique de concurrence à l'égard de la PI au Canada, aux États-Unis et (dans une moindre mesure) dans l'Union européenne. Les avantages possibles du recours à des lignes directrices pour orienter la production et la diffusion de l'innovation, tant sur le marché intérieur que sur le marché international, sont examinés dans cette partie. L'étude de Derek Ireland aborde divers aspects du contexte des politiques au Canada en faisant ressortir des aspects particuliers du comportement des consommateurs qui sont pertinents à l'application de la politique de concurrence et de la politique en matière de PI. L'auteur souligne que les préoccupations des consommateurs ne sont pas toujours prises en compte dans ces politiques. À titre d'exemple, il attire l'attention sur les dangers qu'il y aurait à accorder une protection rigoureuse à la PI en réponse aux initiatives de producteurs à la recherche de rentes, en particulier pour les technologies encore relativement méconnues qui pourraient avoir des conséquences défavorables pour les consommateurs. Le message de l'auteur ressemble davantage à une mise

en garde qu'à une prescription et souligne le fait que la politique de concurrence pourrait avoir un rôle à jouer pour en arriver à un arbitrage entre ces divers éléments de l'équation du bien-être, en particulier pour les technologies ou les produits à l'égard desquels les innovateurs possèdent une information asymétrique.

Le traitement des DPI dans le cadre de la politique de concurrence aux États-Unis est le thème de l'étude de Tom et Newberg. Les auteurs présentent un aperçu historique de l'amalgame complexe de lois, de lignes directrices et de causes couvrant une période allant du lendemain de l'adoption de la *Sherman Act* jusqu'aux *lignes directrices* publiées en 1995 par le Département de la Justice (DOJ) et la Federal Trade Commission (FTC). Contrairement à la doctrine juridique qui a prévalu au cours des décennies antérieures, les *lignes directrices* envisagent la PI essentiellement de la même façon que les autres formes de droits de propriété. Cette approche évite les effets préjudiciables d'une hostilité excessive à l'égard des droits de monopole accordés pour une innovation ou le laxisme tout aussi excessif à l'endroit des pratiques de licence motivé par leurs effets éventuels sur l'innovation. Les auteurs font valoir qu'il est fondamental de donner aux innovateurs une certitude au sujet des paramètres qui délimitent leur champ d'action si l'on veut promouvoir un climat de recherche à la fois sain et dynamique, dans lequel de nouvelles innovations sont mises au point et largement diffusées. Les auteurs recommandent donc que :

11. **Les lignes directrices pour le traitement de la PI dans le contexte de la politique de concurrence favorisent la découverte et la diffusion d'innovations en fournissant une plus grande certitude quant au cadre des politiques dans lequel les entreprises peuvent opérer.**
12. **Un régime juridique distinct n'est pas requis pour atténuer les préoccupations que soulève la PI dans l'optique de la politique de concurrence. Plutôt, l'application des lois actuelles sur la concurrence pourrait être adaptée de manière à tenir compte des considérations propres à la PI et des droits accordés en vertu de la législation sur les brevets.**

La dernière étude présentée dans cette partie est celle d'Anderson, Feuer, Rivard et Ronayne. Les auteurs examinent les conséquences sur le plan du bien-être et des politiques de l'utilisation des brevets pour segmenter les marchés au niveau international. Un bon argument peut être élaboré autour du fait que les brevets et les autres DPI de portée nationale peuvent se révéler efficaces et pratiques dans de nombreuses circonstances. De fait, dans un contexte multilatéral, un certain degré de divisibilité territoriale des droits peut être nécessaire pour prévenir un abaissement non souhaitable des normes de protection. Néanmoins, les auteurs soutiennent qu'il faudrait envisager éventuellement d'appliquer une politique d'« épuisement » des droits de PI à l'ensemble de la

zone de libre-échange nord-américaine parce que cela favoriserait la concurrence et la libre circulation des biens et des services. Cela serait comparable à la politique en vigueur dans l'Union européenne, où les articles brevetés de fabrication légitime qui sont mis en marché dans un État membre peuvent circuler librement dans l'ensemble de l'Union. L'application d'une politique d'épuisement nécessite une convergence effective de la politique de concurrence et de la politique en matière de PI. Ainsi, les auteurs recommandent ce qui suit :

13. À mesure que convergent les politiques d'application des lois sur la concurrence et la PI et que l'intégration économique progresse, on devrait envisager d'adopter une politique d'« épuisement » des DPI dans l'ensemble de la zone de libre-échange nord-américaine, ou à tout le moins, entre le Canada et les États-Unis.

DISCUSSION EN TABLE RONDE

L'OUVRAGE SE TERMINE PAR UN SOMMAIRE DU DÉBAT en table ronde qui s'est déroulé lors du Symposium des auteurs. Plusieurs questions importantes, examinées dans les diverses études, ont été abordées et analysées à nouveau dans le cadre de la table ronde. Bien que l'on ne soit pas parvenu à un consensus sur tous les points soulevés, les participants se sont livrés à un échange de vues animé sur une vaste gamme de sujets : Quel rôle devrait jouer la politique de concurrence lorsque la protection accordée aux brevets est trop faible ou trop grande ? La politique de concurrence devrait-elle remettre en question la croissance d'une entreprise lorsque la taille de cette dernière est attribuable à l'accumulation de brevets, même lorsque ces brevets ont été obtenus de façon légale ? Le niveau d'intervention des responsables de la concurrence en vue de limiter les pratiques controversées dans le domaine de la PI devrait-il varier d'une industrie à l'autre ? Les licences obligatoires réduisent-elles l'incitation à innover ? Le refus de vendre ou d'accorder une licence à l'égard d'un élément essentiel devrait-il être considéré comme un abus de position dominante en vertu de la *Loi sur la concurrence* ?

Plusieurs leçons importantes ressortent du Symposium :

- Tant la politique de concurrence que les droits de propriété intellectuelle jouent un rôle essentiel en vue de promouvoir l'innovation et la diffusion des nouvelles technologies.
- Notamment dans les secteurs où l'on emploie des technologies complexes, comme les industries de réseaux, les DPI peuvent parfois faciliter l'exercice d'un pouvoir de marché indu. Même si une politique de concurrence énergique peut contribuer à freiner cette tendance, il est important que des règles de raison claires et prévisibles soient

élaborées pour traiter des cas où les DPI ont un caractère abusif ou sont tout simplement trop étendus. L'incertitude au sujet des politiques pourrait nuire au progrès technologique dans ces secteurs.

- Les responsables des politiques devraient procéder prudemment au moment d'imposer des interfaces ouverts ou des licences obligatoires parce que ces interventions risquent de transformer les responsables de la concurrence en un organisme de réglementation. Bien que les initiatives de ce genre prises par les responsables de la concurrence ou les tribunaux puissent être appropriées dans certaines circonstances (notamment dans les industries de réseaux), on devrait procéder, dans la mesure du possible, de manière à limiter au minimum le besoin d'assurer par la suite une surveillance réglementaire continue.
- La meilleure façon d'assurer un équilibre approprié entre les politiques en matière de concurrence et de propriété intellectuelle pourrait être de faire participer les responsables de la concurrence aux examens des lois pertinentes, notamment lorsqu'elles s'appliquent à des technologies complexes.
- La participation des responsables de la concurrence à l'examen des politiques en matière de PI pourrait être la meilleure façon d'assurer un équilibre approprié entre ces dernières et la politique de concurrence, notamment dans leur application aux technologies complexes.
- En élaborant des stratégies d'application de la loi dans le domaine de la PI, les responsables de la concurrence devraient garder à l'esprit la contribution importante de la PI à la croissance économique, de même que les effets préjudiciables possibles du pouvoir exercé sur le marché.

Cet ouvrage visait à faire le point sur notre compréhension du rapport qui existe entre la propriété intellectuelle et la politique de concurrence d'un point de vue juridique et économique, ainsi qu'à articuler et à explorer les questions qui demeurent encore sans réponse dans ce domaine. La complexité et l'évolution rapide des nouvelles technologies, l'expansion des marchés sur la scène internationale et la multitude des accords commerciaux conclus depuis quelque temps nécessitent une analyse plus approfondie de la façon dont la propriété intellectuelle est et devrait être traitée dans le cadre de la législation sur la concurrence. Le présent ouvrage nous offre cadre d'analyse et d'orientation en vue de l'application judicieuse de la politique de concurrence dans la nouvelle économie du savoir.



Les Auteurs

Robert D. Anderson est conseiller à la Division de la propriété intellectuelle et de l'investissement de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), à Genève, où il est affecté aux travaux de recherche sur des questions émergentes ayant trait à l'interface entre la politique de concurrence et la politique commerciale. Récemment, il a contribué à une étude spéciale sur le commerce et la politique de concurrence qui doit être publiée dans le rapport annuel de 1997 de l'OMC. Avant d'entrer à l'OMC en mai 1997, il était à l'emploi du Bureau de la concurrence d'Industrie Canada où il a successivement détenu les postes de chef de la Politique économique et directeur par intérim des Affaires internationales. M. Anderson a obtenu un baccalauréat spécialisé en économie de l'Université de la Colombie-Britannique et une licence en droit de l'École de droit Osgoode Hall de l'Université York; il a également fait des études supérieures en économie et en affaires internationales à l'Université York et à l'Université Carleton. Il est l'auteur ou le coauteur de nombreux articles et monographies traitant de la politique de concurrence et de la réglementation économique, notamment l'interface entre la politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle.

William F. Baxter détient un baccalauréat ès arts et un doctorat en droit de l'Université Stanford. Il est entré à la Faculté de droit de l'Université Stanford immédiatement après avoir obtenu son diplôme et il a enseigné à cette institution durant plusieurs années avant d'aller pratiquer le droit au sein du cabinet Covington et Burling, à Washington (DC). Il est retourné à Stanford en 1960. Il a ensuite enseigné à l'Université Yale et, en 1968 et 1969, il a été membre du Groupe de travail du Président sur la politique antitrust et du Groupe de travail du Président sur les télécommunications internationales. En 1971, il a représenté un groupe de détaillants auprès de la United States Price Commission, puis il a passé une année au Centre for Advanced Study in the Behavioral Sciences. Il a été procureur général adjoint des États-Unis de 1981 à 1983. Il a obtenu gain de cause dans la poursuite du gouvernement contre la société IBM, mené à sa conclusion la poursuite intentée contre la société AT&T, négocié la réorganisation de cette société et supervisé la rédaction des lignes directrices de 1982

sur les fusions. Il est retourné enseigner à Stanford en 1984, en plus de servir de conseiller juridique auprès du cabinet Shearman & Sterling.

Neil Campbell est associé chez McMillan Binch, un important cabinet de droit commercial de Toronto. Sa pratique est consacrée principalement au droit de la concurrence, aux questions de commercialisation et de distribution, à l'investissement étranger et au commerce international. M. Campbell a été médaillé d'or au moment d'obtenir son baccalauréat spécialisé de l'Université Western Ontario en 1982 et il détient une licence en droit de Osgoode Hall (1989) ainsi qu'un M.B.A. de l'Université York (1989); il est également comptable en management accrédité (CMA). Il a complété un doctorat en droit de la concurrence à l'Université de Toronto en 1993 et sa thèse sur le système d'examen des fusions au Canada s'est méritée la médaille Alan Marks décernée à la meilleure thèse du cycle des études supérieures à la Faculté de droit. M. Campbell est l'auteur de *Merger Law and Practice: The Regulation of Mergers Under the Competition Act* (Carswell, à paraître) et il a publié de nombreux articles sur le droit de la concurrence et les questions de régie d'entreprise. Il a enseigné à l'École d'administration des affaires de l'Université Western Ontario, à l'Université York et à la Faculté de droit de l'Université de Toronto. M. Campbell est ancien président du Comité de la concurrence et du commerce international de la Section du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien.

Jeffrey Church détient un doctorat en économie de l'Université de la Californie, à Berkeley, et est actuellement professeur associé au Département d'économie de l'Université de Calgary. Ses domaines de spécialisation sont l'organisation industrielle, l'économie de la réglementation et la politique de concurrence. Parmi les travaux de recherche qu'il a publiés, il faut mentionner des articles sur les externalités de réseau, la concurrence stratégique, la dissuasion à l'entrée ainsi que les aspects juridiques et économiques de l'abus de position dominante; il est par ailleurs coauteur, avec Roger Ware, d'un ouvrage qui doit paraître bientôt, en l'occurrence *Industrial Organization: A Strategic Approach*. Au cours de 1995-1996, il a occupé la chaire T. D. MacDonald en économie industrielle au Bureau de la concurrence d'Industrie Canada.

Joseph Farrell est professeur d'économie, professeur affilié d'administration des affaires et universitaire affilié au Centre for Law and Technology, de l'Université de la Californie, à Berkeley. Une bonne partie de ses recherches ont porté sur les effets de réseau et l'investissement captif. Monsieur Farrell est responsable de la rédaction pour l'Amérique du Nord du *Journal of Industrial Economics* et il a été président de l'Industrial Organization Society. Au moment de la conférence, il était en congé de son poste de professeur à Berkeley et servait à titre d'économiste en chef auprès de la Federal Communications Commission des États-Unis.

Paul M. Feuer est avocat au sein de la Direction de l'économie et des affaires internationales du Bureau de la concurrence. Il est entré au Bureau en 1995 et, depuis, il a collaboré à la rédaction d'études sur la concurrence, le commerce et la propriété intellectuelle. Il détient un baccalauréat ès arts de l'Université d'Ottawa et une licence en droit de l'Université du Manitoba.

Nancy T. Gallini est professeure d'économique et est actuellement présidente du Département d'économique de l'Université de Toronto. Elle a obtenu un doctorat de l'Université de la Californie, à Berkeley, en 1980 et a occupé des postes de professeur invité à l'Université de la Californie (Berkeley), à l'Université Yale et au Centre de recherche en économique et statistique, à Paris. Parmi les travaux qu'elle a publiés, mentionnons des études dans le domaine de l'organisation industrielle portant sur l'économie des ressources, les licences de technologie, la politique de concurrence et le droit de la propriété intellectuelle. Elle siège actuellement au comité de rédaction de *l'American Economic Review*, du *International Journal of Industrial Organization* et du *Journal of Industrial Economics*.

Richard Gilbert est professeur d'économique et d'administration des affaires à l'Université de la Californie, à Berkeley. De 1993 à 1995, il a été sous-procureur général adjoint pour les questions économiques à la Division antitrust du Département de la Justice des États-Unis, le poste le plus élevé en économique au sein de cette division. À ce titre, il a dirigé le groupe de travail qui a produit les *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, publiées conjointement par le Département de la Justice des États-Unis et la Federal Trade Commission. Les travaux de recherche du professeur Gilbert portent principalement sur la politique de concurrence, la réglementation, la propriété intellectuelle et l'économie de l'énergie.

Derek Ireland a acquis une trentaine d'années d'expérience comme économiste dans les secteurs public et privé au Canada. Il a occupé plusieurs postes de haut niveau au gouvernement fédéral et à celui de la Saskatchewan et a travaillé une dizaine d'années comme consultant au sein du cabinet DPA Group, à Vancouver. M. Ireland est retourné au gouvernement fédéral en 1988 à titre d'économiste principal au ministère de la Consommation et des Corporations où ses responsabilités englobaient la réforme de la loi sur la propriété intellectuelle, la faillite et les sociétés. Il est par la suite devenu directeur des Affaires économiques et internationales au Bureau de la concurrence de 1990 à 1994. Durant cette période, M. Ireland a contribué notamment aux travaux de l'OCDE sur le droit international de la concurrence et les liens entre la politique de concurrence et la politique commerciale. Depuis août 1995, M. Ireland occupe le poste de directeur de la Recherche et de l'analyse en consommation au Bureau de la consommation, à Industrie Canada. Dans les travaux qu'il a effectués tant au gouvernement que dans le secteur privé, M. Ireland a dirigé

des projets d'aide internationale et fournit une assistance technique, notamment dans les domaines de la politique de concurrence et de la consommation, à un grand nombre d'économies de marché en émergence, comme la Russie, la Malaisie, le Brésil, le Sri-Lanka, le Pakistan et la République arabe du Yémen.

Daniel P. Kessler est professeur adjoint d'économie, de droit et de politique à la Graduate School of Business de l'Université Stanford et chercheur universitaire auprès du National Bureau of Economic Research. Il détient un doctorat en droit de l'École de droit de l'Université Stanford ainsi qu'un doctorat en économique du M.I.T. Il a publié des articles dans des revues de sciences politiques, de droit et d'économique. Les domaines de recherche qui l'intéressent sont l'analyse économique des causes et effets du droit et de la réglementation. Notamment, il se consacre à l'étude des déterminants des réformes juridiques, notamment celles portant sur le système de responsabilité délictuelle, sur la façon dont le droit de la responsabilité délictuelle influe sur le fonctionnement du système, notamment les délais de la procédure judiciaire et des modalités de règlement et, enfin, sur la façon dont le droit de la responsabilité délictuelle et la politique de concurrence influent sur l'innovation et l'efficacité, en particulier dans le secteur des soins de santé.

Donald G. McFetridge est actuellement professeur et président du département d'économique de l'Université Carleton, à Ottawa. M. McFetridge a publié de nombreux articles et ouvrages et il a supervisé des travaux de recherche au niveau du doctorat sur divers aspects de l'économie industrielle, de l'économie de l'innovation, de la politique scientifique et de la politique de concurrence. Il a occupé la chaire T. D. MacDonald en économie industrielle au Bureau de la concurrence, à Ottawa, au cours de l'année universitaire 1992-1993. Il préside le Comité du droit et de l'économique de la Section nationale du droit sur la concurrence de l'Association du Barreau canadien et il est membre du comité de rédaction du *Canadian Competition Record*.

Robert P. Merges a reçu un baccalauréat en sciences de l'Université Carnegie-Mellon, un doctorat en droit de l'Université Yale et une maîtrise en droit de l'Université Columbia. Avant de se joindre au corps enseignant du Boalt Hall de l'Université de la Californie, à Berkeley, M. Merges a enseigné à l'École de droit de l'Université de Boston et il a été professeur invité à l'École de droit de l'Université Harvard. Il est l'auteur ou le coauteur de quatre ouvrages : *Patent Law and Policy – Cases and Materials* (deuxième édition); *Intellectual Property in the New Technological Age, Cases and Materials*; *Legal Protection for Computer Technology*; et *Outer Space: Problems of Law and Policy* (deuxième édition, 1997). En outre, le professeur Merges a publié de nombreux articles sur la propriété intellectuelle et les nouvelles technologies dont, plus récemment, « Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations », *California Law Review*, 1997. Il est par ailleurs rédacteur

en chef des *Intellectual Property Abstracts*, le principal service de résumés analytiques accessible en direct dans le domaine de la propriété intellectuelle. Le professeur Merges a récemment été nommé titulaire inaugural de la chaire Wilson Sonsini Goodrich & Rosati en droit et en technologie/propriété intellectuelle. Il a été co-directeur du Centre for Law and Technology de l'Université Berkeley, qui se consacre à l'étude du rôle des institutions juridiques dans le développement technologique.

Joshua A. Newberg est procureur au Bureau of Competition de la Federal Trade Commission des États-Unis, où il a servi d'avocat-conseil auprès du commissaire Roscoe B. Starek, III. Il a obtenu un baccalauréat es arts (B.A., 1982), une maîtrise es arts (M.A., 1982) et un doctorat en droit (J.D., 1989) de l'Université de la Pennsylvanie. Avant d'entrer à la Federal Trade Commission en 1994, il a été adjoint judiciaire de l'hon. William J. Jolloway Jr., juge en chef de la Cour d'appel des États-Unis pour le dixième circuit (1989-1990) et il a été procureur associé aux bureaux de New-York et de Washington du cabinet d'avocats Shearman et Sterling (1990-1994). Au cours de l'année universitaire 1996-1997, il a été professeur associé à l'école d'administration des affaires de l'Université du Texas, à Austin.

Patrick Rey a obtenu des diplômes de l'École polytechnique et de l'ENSAE (École nationale de la statistique et de l'administration économique) et un doctorat en économie de l'Université de Toulouse. Il a été professeur adjoint à l'ENSAE et économiste à l'INSEE (Institut national de la statistique et des études économiques), professeur invité au MIT et directeur du Laboratoire d'économie industrielle (LEI-CREST). Il est actuellement professeur de sciences économiques à l'Université de Toulouse, directeur de la recherche à l'Institut d'économie industrielle (IDEI) et professeur associé à l'École polytechnique.

Brian A. Rivard est économiste au sein de la Direction de l'économique et des affaires internationales du Bureau de la concurrence. Il est entré au Bureau de la concurrence à titre d'économiste en 1993. Il détient une maîtrise ès arts et un doctorat de l'Université Western Ontario.

Mark F. Ronayne est économiste principal à la Direction des affaires civiles du Bureau de la concurrence. Il est entré au Bureau de la concurrence à titre d'économiste en 1983. Il est coauteur de plusieurs études traitant de l'interface de la législation sur la concurrence et des droits de propriété intellectuelle. M. Ronayne détient un baccalauréat ès arts et une maîtrise en économie de l'Université Carleton.

F. Michael Scherer est professeur Larsen de politique publique et de gestion à la John F. Kennedy School of Government, de l'Université Harvard. Il a aussi enseigné à l'Université Princeton, à l'Université du Michigan, à l'Université

Northwestern et au Collège Swarthmore. De 1974 à 1976, il a été économiste en chef à la Federal Trade Commission des États-Unis. Ses travaux de recherche portent sur l'économie industrielle et l'économie du changement technologique et ont débouché sur la publication d'ouvrages tels que *Industrial Market Structure and Economic Performance* (troisième édition, en collaboration avec David Ross), *The Economics of Multi-Plant Operation: An International Comparisons Study* (avec trois coauteurs), *International High-Technology Competition*, *Competition Policies for an Integrated World Economy*, *Mergers, Sell-offs and Economic Efficiency* (en collaboration avec David J. Ravenscraft), *Innovation and Growth: Schumpeterian Perspectives*, *The Weapons Acquisition Process* (deux volumes, dont l'un a été rédigé en collaboration avec M. J. Peck) ainsi qu'un nouveau manuel d'enseignement, *Industry Structures, Strategy and Public Policy*.

Marius Schwartz est professeur d'économie à l'Université Georgetown. Il a obtenu un baccalauréat en sciences avec grande distinction de la London School of Economics, en 1976, et un doctorat en économique de l'Université de la Californie, à Los Angeles, en 1982. Il a publié et présenté de nombreux travaux sur des sujets tels que les restrictions verticales, la discrimination au niveau des prix, la propriété intellectuelle, les pratiques d'exclusion, la concurrence potentielle et la réforme de la réglementation. Entre avril 1995 et juin 1996, il a été économiste principal au sein du President's Council of Economic Advisers, avec responsabilité pour les questions d'organisation industrielle, notamment la politique de concurrence et la réglementation; il a travaillé notamment sur la *Telecommunications Act*, la concurrence dans les services internationaux par satellite et la restructuration de l'industrie des services d'électricité. Depuis 1980, il est consultant auprès de la Division antitrust du Département de la Justice des États-Unis et d'organisations internationales dans une vaste gamme de dossiers liés à la concurrence; il a aussi enseigné la microéconomie et la politique de concurrence à des dirigeants d'entreprises et à des responsables gouvernementaux aux États-Unis et à l'étranger.

Suzanne Scotchmer est professeure d'économie et de politique publique à l'Université de la Californie, à Berkeley; auparavant, elle a enseigné à l'Université Harvard. Elle possède des diplômes d'études supérieures en économie et en statistique. Elle a été professeure invitée à l'Université de Tel Aviv, à l'Université de Paris I (Sorbonne), à la Boalt School of Law, à l'École de droit de l'Université de Toronto, à l'Université Yale, à l'Université Stanford et à la New School of Economics de Moscou. Elle a publié dans le domaine du droit et de la propriété intellectuelle, des règles relatives à la preuve, du recouvrement des impôts, de la théorie des jeux coopératifs, de la théorie des clubs ainsi que de la théorie des jeux évolutifs. Elle est membre du comité de rédaction du *Journal of Economic Perspectives* et du *Journal of Public Economics*.

Willard K. Tom est directeur adjoint responsable de la Section de la politique et de l'évaluation, du Bureau de la concurrence, à la Federal Trade Commission des États-Unis. Avant d'entrer à la FTC, M. Tom a été conseiller auprès du procureur général adjoint de la Division antitrust du Département de la Justice des États-Unis. Il a été membre du groupe de travail qui a rédigé les *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* publiées par le Département de la Justice et la Federal Trade Commission des États-Unis. M. Tom a présidé le Comité de rédaction du traité l'American Bar Association intitulé *Antitrust Law Developments* (troisième édition, 1992); il a prononcé des conférences et écrit sur divers sujets liés à la politique de concurrence. M. Tom est diplômé du Harvard College (baccalauréat ès arts avec distinction, 1975) et de l'École de droit de l'Université Harvard (doctorat en droit avec distinction, 1979).

Michael J. Trebilcock est professeur de droit et directeur du Programme de droit et d'économique à l'École de droit de l'Université de Toronto. Il est l'auteur de *The Common Law of Restraint of Trade* (1986), *The Limits of Freedom of Contract* (Harvard University Press, 1993) et *Exploring the Domain of Accident Law: Taking the Facts Seriously* (Oxford University Press, 1995), et coauteur de *Canadian Competition Policy* (1987), *Trade and Transitions: A Comparative Analysis of Adjustment Policies* (1990) et *International Trade Regulation* (Routledge, Londres, 1995). Ce premier ouvrage a été couronné du prix Walter Owen en 1988, qui est décerné au meilleur texte juridique publié en anglais au Canada durant les deux années précédentes. M. Trebilcock a également participé à diverses études sur la politique de concurrence au Canada, les entreprises publiques au Canada, les sauvetages d'entreprises au Canada, le droit de la publicité trompeuse et des pratiques commerciales déloyales, la réforme de la réglementation et le choix des instruments de régie, la « réforme » des gouvernements, la réglementation des professions, les politiques d'aide à l'adaptation liée au commerce, le droit des recours commerciaux, la refonte du droit de la responsabilité délictuelle et la crise de l'assurance-responsabilité, la réglementation de la sécurité routière et la responsabilité découlant des fautes professionnelles médicales. Il enseigne le droit des contrats, le droit de la concurrence, le droit du commerce international, ainsi que les objectifs publics et les moyens privés à l'École de droit de l'Université de Toronto. Il a été membre du Tribunal de la concurrence de 1987 à 1989 et professeur invité à l'École de droit de l'Université de Chicago (1976) et à l'École de droit de l'Université Yale (1985). En 1986, il a été élu membre de la Société royale du Canada et, en mai 1991, il a été nommé professeur émérite à l'Université de Toronto.

Roger Ware est professeur d'économique à l'Université Queen's. Il détient des diplômes de l'Université de Cambridge, de l'Université de Sussex et de l'Université Queen's. Il a enseigné à l'Université de Toronto et à l'Université de la Californie, à Berkeley. Il est spécialiste des questions touchant à l'organisation industrielle et à la politique de concurrence et il a publié de nombreux

textes dans des revues scientifiques et des périodiques consacrés aux politiques. En 1993-1994, il a occupé la chaire T. D. MacDonald réservée à un universitaire invité, au Bureau de la concurrence d'Industrie Canada.

Ralph A. Winter est professeur à l'Université de Toronto où il enseigne au Département d'économique, à la Faculté de gestion et à la Faculté de droit. Le professeur Winter a obtenu un baccalauréat en mathématiques et en économique de l'Université de la Colombie-Britannique, une maîtrise en statistique ainsi qu'un doctorat en économique de l'Université de la Californie, à Berkeley. En plus d'enseigner à l'Université de Toronto, il a occupé la chaire internationale à la Hoover Institution, de l'Université Stanford, et a été boursier Olin en droit et en économique à l'École de droit de l'Université Yale. Les travaux de recherche du professeur Winter englobent l'application de la théorie des contrats aux questions touchant à la politique de concurrence et à l'interaction du droit de la responsabilité délictuelle et des marchés de l'assurance-responsabilité.

Dennis A. Yao est professeur associé de politique publique et de gestion à la Wharton School de l'Université de la Pennsylvanie. Il détient un doctorat de la Graduate School of Business de l'Université Stanford. Entre 1991 et 1994, M. Yao a occupé l'un des cinq postes de commissaire de la Federal Trade Commission des États-Unis. Ses travaux de recherche portent principalement sur le domaine de l'économie de l'organisation industrielle et des relations entre les entreprises et le gouvernement; il a publié divers travaux traitant de la politique de concurrence, des contrats d'achat dans le secteur public, ainsi que de l'innovation et de la propriété intellectuelle.

Achevé d'imprimer en juillet 1998 chez



à Boucherville, Québec

QUEEN HF 1414 .C6814 1998
Anderson, Robert D.
La politique de concurrence

INDUSTRY CANADA/INDUSTRIE CANADA



124496

LES DOCUMENTS DE RECHERCHE D'INDUSTRIE CANADA

Les documents de recherche d'Industrie Canada visent à fournir une tribune pour l'analyse des principaux enjeux microéconomiques auxquels l'économie canadienne est confrontée. Ces ouvrages sont aussi conçus en vue de contribuer au débat sur les politiques gouvernementales qui s'appliquent dans ce domaine et, en définitive, de faciliter l'élaboration de mesures constructives dans un contexte économique en évolution rapide.

LA POLITIQUE DE CONCURRENCE ET LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS L'ÉCONOMIE DU SAVOIR

S'assurer d'un taux élevé d'innovation et d'amélioration de la productivité est l'un des principaux défis qui attendent l'économie canadienne à l'abord du prochain siècle. Afin de relever ce défi, il est primordial d'appliquer avec discernement des politiques gouvernementales bien conçues pour maximiser l'incitation à innover tout en maintenant une saine rivalité entre les entreprises qui évoluent sur le marché.

En examinant ces questions, nous devons garder à l'esprit non seulement les questions qui nous intéressent ici même au pays, mais aussi les événements qui surviennent à l'étranger. Ces dernières années, les États-Unis, la Communauté européenne et le Japon ont réexaminé le traitement qu'ils accordent à la propriété intellectuelle dans le cadre de leur législation sur la concurrence et ils ont publié des lignes directrices officielles pour guider l'application de la loi dans ce domaine.

Cet ouvrage est le fruit d'un programme de recherche entrepris par le Bureau de la concurrence en collaboration avec l'Office de la propriété intellectuelle du Canada et la Direction générale de l'analyse de la politique micro-économique, d'Industrie Canada. Il renferme des études de fond rédigées par des juristes et des économistes de renommée internationale et des analystes chevronnés du secteur gouvernemental ayant évolué au sein des organismes chargés de l'application de la politique de concurrence au Canada et aux États-Unis.

DIRECTEURS GÉNÉRAUX DE LA PUBLICATION

Robert D. Anderson est conseiller à la Division de la propriété intellectuelle et de l'investissement, au sein de l'Organisation mondiale du commerce, à Genève. Avant de se joindre à l'OMC en mai 1997, il était chef de la Politique économique au Bureau de la concurrence, à Industrie Canada. **Nancy T. Gallini** est professeure d'économie et présidente du Département de sciences économiques, à l'Université de Toronto.

LA COLLECTION DOCUMENTS DE RECHERCHE D'INDUSTRIE CANADA

- INVESTISSEMENT ÉTRANGER, TECHNOLOGIE ET CROISSANCE ÉCONOMIQUE
- LA MONDIALISATION DES SOCIÉTÉS PAR LE JEU DES FUSIONS ET ACQUISITIONS
- LES MULTINATIONALES EN AMÉRIQUE DU NORD
- LES MULTINATIONALES CANADIENNES
- LA PRISE DE DÉCISION DANS LES ENTREPRISES AU CANADA
- LA CROISSANCE FONDÉE SUR LE SAVOIR ET SON INCIDENCE SUR LES POLITIQUES MICROÉCONOMIQUES
- LA RÉGION DE L'ASIE-PACIFIQUE ET L'ÉCONOMIE MONDIALE : PERSPECTIVES CANADIENNES
- LE FINANCEMENT DE LA CROISSANCE AU CANADA
- LA POLITIQUE DE CONCURRENCE ET LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS L'ÉCONOMIE DU SAVOIR

UNIVERSITY OF CALGARY PRESS

ISBN 1-895176-98-0

ISSN 1188-0996;v. 9

ISBN 1-895176-98-0



9 781895 176988