

LES LICENCES OBLIGATOIRES SOUS L'ANGLE DE LA LOI SUR LES CARTELS EN DROIT SUISSE

Rapport pour la Ligue internationale du droit de la concurrence

Christophe RAPIN^{*}, Lic. Iur., DEA, avocat aux barreaux de Bruxelles et Genève
Nadine MAIER-VIÑAS^{**}, RA, Lic. Iur, MBL-HSG

I. Les licences obligatoires en droit suisse

1. Introduction

En droit suisse, il existe a priori deux possibilités de remédier à une situation où le monopole du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ne semble pas acceptable et implique l'intervention du juge ou de l'autorité afin de limiter cette position monopolistique. Il s'agit, d'une part, de la possibilité d'octroyer des licences obligatoires qui sont prévues par la législation de la propriété intellectuelle et, d'autre part, de fonder l'octroi de telles licences sur le droit de la concurrence. Dans cette dernière hypothèse, il pourrait s'agir soit d'intervenir afin de faire cesser une situation inacceptable, soit de prendre une mesure préventive dans le cadre d'un contrôle d'une concentration.

S'agissant de la première hypothèse, les différentes lois de propriété intellectuelle contiennent des dispositions spécifiques relatives à l'octroi de licences obligatoires, en particulier la Loi sur les brevets d'invention (LBI). S'agissant du droit de la concurrence, la doctrine suisse s'est engagée dans un débat animé sur la question de savoir si des licences obligatoires peuvent également être octroyées sur la base de la Loi sur les cartels (LCart), mais il est vrai qu'à défaut de jurisprudence en la matière¹, la discussion reste à ce stade assez théorique. On relèvera toutefois que quelques précédents existent en matière de contrôle des concentrations.

Afin d'analyser le débat sur les licences obligatoires fondées sur le droit de la concurrence, il est indispensable de faire un état des lieux des différentes licences obligatoires prévues par le droit de la propriété intellectuelle. Cet état des lieux sera suivi d'une discussion sur les rapports entre le droit de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence en droit suisse. Enfin, il sera fait état du débat doctrinal relatif à l'octroi de licences obligatoires sur la base de la LCart ainsi que de la pratique de la Commission fédérale de la concurrence (Comco) en la matière.

^{*} Christophe RAPIN est associé de l'Etude PESTALOZZI LACHENAL PATRY à Genève et responsable du bureau de Bruxelles de cette Etude.

^{**} Nadine MAIER-VIÑAS est collaboratrice de l'Etude PESTALOZZI LACHENAL PATRY à Genève.

¹ Hormis un arrêt du Handelsgericht Bern du 6 juillet 2005 publié in : sic ! 2006, S. 348-357 ("Anschlaghalter III"), qui traite brièvement de la question, la jurisprudence suisse ne s'est pas encore penchée sur la question de l'octroi de licences obligatoires motivées par le droit de la concurrence.

2. Les licences obligatoires prévues par le droit de propriété intellectuelle

2.1 Les licences obligatoires dans la LBI

La LBI contient une disposition commune applicable à tous les cas de licence obligatoire qu'elle prévoit. Il s'agit de l'art. 40b al. 1 LBI qui prévoit que la question de l'octroi d'une licence obligatoire ne peut entrer en ligne de compte que si les efforts entrepris par le requérant afin d'obtenir une licence contractuelle à des conditions commerciales raisonnables n'ont pas abouti dans un délai raisonnable². En d'autres termes, la licence obligatoire est un remède subsidiaire qui doit s'inscrire dans le respect de l'alinéa 6 de cette même disposition qui prévoit que le titulaire du brevet a droit à une rémunération adéquate.³

Mis à part ce critère général de subsidiarité, la LBI prévoit actuellement cinq cas de figure dans lesquels une licence obligatoire peut être octroyée.

2.1.1 Les inventions dépendantes (art. 36 LBI)

L'art. 36 LBI prévoit que lorsqu'une invention faisant l'objet d'un brevet ne peut pas être utilisée sans violer un brevet antérieur, le titulaire du brevet plus récent aura droit à l'octroi d'une licence non exclusive, ceci dans la mesure nécessaire à l'exploitation de son invention et à condition que la deuxième invention brevetée présente, par rapport au brevet antérieur, un progrès technique important d'un intérêt économique considérable.

Dans un arrêt du 6 juillet 2005, le Tribunal de commerce du canton de Berne s'est penché sur les conditions de l'art. 36 LBI. Il a d'abord déclaré que le critère du progrès technique important présentant un intérêt économique considérable pouvait se compenser mutuellement jusqu'à un certain point. Selon cette instance, un progrès technique considérable est réalisé par exemple lorsque la nouvelle invention entraîne une simplification ou une plus grande rapidité des procédés, qu'elle engendre moins d'inconvénients ou qu'elle présente une solution équivalente à un problème technique, mais obtenue de manière différente. Il faut encore qu'un besoin de disposer de ce moyen de substitution existe. Lors de l'examen de l'intérêt économique considérable, il y a lieu de tenir compte en particulier de l'importance que revêt l'invention pour le titulaire du brevet plus récent. Cette importance est moindre lorsque la demande correspondante est faible. Dans le cas d'espèce, l'application de cet article a été rejetée, le tribunal considérant que l'invention dépendante n'apportait pas un progrès technique important⁴.

Dans un arrêt plus ancien, le Tribunal de commerce de Zurich⁵ avait précisé que l'invention dépendante se distingue de l'imitation du fait que, par sa propre qualité inventive, elle n'est pas entièrement incluse dans le champ de protection de l'invention antérieure. En l'espèce, le procédé utilisé par le demandeur permettait la fabrication du même antibiotique que celui qui faisait l'objet du brevet antérieur mais par un procédé différent, inventif en lui-même. Toutefois, l'instance cantonale n'avait pas non plus admis l'existence d'une invention dépendante.

² Exception est faite dans des situations d'urgence nationale ou dans d'autres circonstances d'extrême urgence.

³ cf. aussi art. 40b al. 4 LBI

⁴ Handelsgericht Bern du 6 juillet 2005 publié in : sic ! 2006, S. 348-357 ("Anschlaghalter III").

⁵ Pfizer Inc. C. Lagap SA, publié in RSPIDA 1991 198 = BZR 1989 293 n°102

On relèvera à la lumière de ces exemples que cette disposition tend d'abord à résoudre un strict conflit entre des droits de propriété intellectuelle, soit la collision entre deux inventions légalement protégées par un brevet. Elle ne nécessite pas nécessairement, pour être mise en œuvre, un accord illicite, une position dominante ou encore l'abus d'une telle position au sens du droit des cartels.

2.1.2 La garantie de l'exploitation de l'invention sur le marché suisse (art. 37 LBI)

Par cette disposition, le législateur suisse vise à garantir l'approvisionnement du marché national en assurant l'exploitation des inventions brevetées, malgré le fait qu'un droit préférentiel a été octroyé à l'inventeur. C'est ainsi qu'en vertu de l'art. 37 LBI toute personne qui justifie d'un intérêt pourra demander au juge l'octroi d'une licence non exclusive pour utiliser un brevet que le titulaire n'exploite pas dans une mesure suffisante en Suisse, lorsque ce dernier ne peut justifier son inaction. Cette requête peut être effectuée trois ans après la délivrance du brevet, mais au plus tôt quatre ans après le dépôt de la demande. A noter que les mesures d'importation sont considérées comme étant équivalentes à l'exploitation du brevet en Suisse. Par ailleurs, si le but de l'approvisionnement du marché suisse n'est pas atteint dans un délai de deux ans à partir de l'octroi de la première licence, le juge pourra alors aller jusqu'à prononcer, sur requête, la déchéance du brevet⁶.

A notre connaissance, il n'existe aucun arrêt qui aurait conclu à l'application de cette disposition afin d'octroyer une licence. Lorsqu'elle a été invoquée, cette disposition a systématiquement été écartée au motif de l'absence de la preuve d'un intérêt légitime du défendeur, intérêt qui ne saurait résulter de l'existence d'un risque de contrefaçon⁷.

Quoique l'hypothèse visée par cette disposition pourrait rappeler certaines situations d'abus de position dominante ainsi que la théorie du droit d'accès aux facilités essentielles, il n'en demeure pas moins qu'elle contient cet élément de police du commerce tendant à garantir l'approvisionnement du marché national qui va, à notre sens, bien au-delà de l'arbitrage entre opérateurs économiques dont l'un a besoin d'un accès aux ressources de l'autre pour exercer son activité, lequel ressort du droit de la concurrence.

2.1.3 L'octroi d'une licence fondé sur l'intérêt public (art. 40 LBI)

L'art. 40 LBI prévoit la possibilité d'octroyer une licence justifiée par l'intérêt public⁸. A teneur de cette disposition, celui qui s'est vu refuser l'octroi d'une licence par le titulaire du brevet sans raisons suffisantes peut, lorsque l'intérêt public l'exige, demander que le juge lui accorde une licence obligatoire afin de pouvoir utiliser l'invention. L'intérêt public peut être justifié par des motifs techniques, économiques, sociopolitiques, écologiques ou médicaux.⁹

Le Tribunal de commerce du canton de Zürich a eu l'occasion de préciser les contours de la notion d'intérêt public au sens de cette disposition¹⁰. Il a en particulier considéré que lorsque des motifs d'intérêt public justifient qu'il soit fait usage d'une substance brevetée dans le

⁶ L'article 38 LBI prévoit toutefois que lorsque la législation du pays dont le titulaire du brevet est ressortissant ou dans lequel il est établi admet, l'action en déchéance du brevet faute d'exploitation de l'invention dans le pays, cette action sera admise en lieu et place de l'action en octroi de licence telle que prévue par l'article 37 LBI en cas d'exploitation insuffisante du brevet sur le territoire suisse.

⁷ ATF 93 II 504 ; JT 1968 I p. 637 spec. p. 638

⁸ C'est en outre en raison de l'intérêt public que le Conseil fédéral pourrait ordonner, en vertu de l'art. 32 LBI, l'expropriation partielle ou totale d'un brevet.

⁹ Thierry CALAME in : SIWR IV, 6. Kapitel: Die Wirkung des Patents, p. 497 et ses références.

¹⁰ Handelsgericht Zürich du 2 juillet 1996 publié in: sic ! 1997, S. 208-357

cadre de recherches scientifiques, ces motifs ne justifient pas l'utilisation libre de la substance protégée, mais tout au plus une licence obligatoire. L'instance cantonale a précisé que même dans l'hypothèse où seul un petit nombre de patients peut être traité au moyen d'une substance thérapeutique qui entre en conflit avec un brevet existant, l'intérêt public à leur guérison l'emporte sur la protection conférée par le brevet et justifie l'octroi d'une licence obligatoire. Dans le cas d'espèce, le tribunal n'a toutefois pas fait usage de cette disposition.

La plupart des auteurs sont d'avis que la notion « d'intérêt public » au sens de l'art. 40 LBI comprend également l'objectif de concurrence efficace poursuivi par la loi sur les cartels¹¹ de sorte que l'art. 40 LBI pourrait donc aussi s'appliquer en cas d'exploitation abusive d'un brevet par une entreprise ayant une position dominante ou d'accord entre entreprises portant refus d'octroyer une licence à un tiers par exemple. La question de savoir si, au-delà de cette disposition, il existe un intérêt à pouvoir octroyer des licences obligatoires directement sur la base de la LCart lorsque les mêmes licences pourraient être octroyées sur la base de la disposition spécifique de l'art. 40 LBI fait l'objet d'un débat animé et sera traitée ci-après.¹²

2.1.4 Le cas particulier de la technologie des semi-conducteurs (art. 40a LBI)

Le quatrième cas de figure prévu par la LBI s'agissant de l'octroi de licences obligatoires concerne le domaine très spécifique de la technologie des semi-conducteurs. L'art. 40a LBI prévoit que « *dans le cas d'une invention dans le domaine de la technologie des semi-conducteurs, une licence non exclusive ne peut être accordée que pour remédier à une pratique déclarée anticoncurrentielle à l'issue d'une procédure judiciaire ou administrative* ». Cet article transpose l'art. 37 lit. c TRIPS dans la législation suisse.

Le message relatif à cette disposition légale spécifie expressément qu'une licence obligatoire non exclusive ne peut être accordée sur la base de cet article que pour remédier à une pratique déclarée anticoncurrentielle.¹³ Par conséquent, il s'agit là de l'unique motif qui justifie l'octroi d'une licence obligatoire dans le domaine de la technologie des semi-conducteurs¹⁴. En d'autres termes, cette disposition n'apporte aucun élément nouveau au débat faisant l'objet du présent rapport, mais limite les cas d'octroi de licences obligatoires à une seule hypothèse en matière de technologie des semi-conducteurs, soit celle d'une infraction aux règles de concurrence. Elle se tranche en revanche pour la question du fondateur légal d'une telle licence obligatoire qui pourrait avoir sa source au droit des cartels.

2.1.5 L'hypothèse de l'art. 29 al. 2 LBI

Pour terminer cette énumération il convient de mentionner l'art. 29 al. 2 LBI sur la base duquel un preneur de licence peut demander, lorsque le brevet a été cédé sur requête à un tiers, l'octroi d'une licence non exclusive s'il a déjà, de bonne foi, utilisé l'invention professionnellement en Suisse ou s'il a effectué des préparatifs particuliers à cette fin.

Il s'agit là encore à nos yeux d'une règle propre au droit des brevets qui tend à protéger le preneur de licence en cas de transfert du brevet sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'une atteinte à la concurrence pour justifier cette intervention, étant précisé qu'on

¹¹ Werner STIEGER Kodak- eine Momentaufnahme des Schnittbereichs von Immaterialgüter- und Kartellrecht aus helvetischer Sicht“, sic! 2001, 89 ss.p.100; Thierry CALAME in : SIWR IV, 6. Kapitel: Die Wirkung des Patents, p. 498 et ses références.

¹² Cf. ci-dessous, notamment chapitre 3.2.

¹³ FF 1994 IV 995, p. 1032.

¹⁴ Thierry CALAME in : SIWR IV, 6. Kapitel: Die Wirkung des Patents, p. 498 et ses références.

ne saurait non plus exclure dans les cas d'application de cette disposition que l'attitude du cessionnaire du brevet, voire la convention de cession du brevet, ne prètent, de surcroît, le flan à la critique sous l'angle de LCart.

2.1.6 Les autres licences obligatoires proposées dans le cadre de la révision de la LBI

La LBI fait actuellement l'objet d'une révision. Parmi les nouvelles dispositions législatives que contient le projet de loi, trois hypothèses dans lesquelles des licences obligatoires pourraient être octroyées sont envisagées.

Tout d'abord, conformément à l'art. 40b P-LBI, le projet de loi entend proposer une licence légale pour les instruments de recherche, soit une licence non exclusive qui pourrait être octroyée à celui qui veut utiliser une invention biotechnologique brevetée comme instrument ou accessoire de recherche¹⁵.

Ensuite, en vertu de l'art. 40c P-LBI des licences obligatoires pourraient être prévues pour les méthodes de diagnostics, notamment lorsque celles-ci sont en rapport avec des inventions relevant du génie génétique et protégées par des brevets. Le texte de loi proposé spécifie expressément que la licence non exclusive est accordée afin de remédier à une pratique déclarée anticoncurrentielle à l'issue d'une procédure administrative ou judiciaire. Contrairement à l'art. 40a LBI évoqué ci-dessus, l'art. 40c P-LBI ne restreint pas les cas d'application de licences légales pour un type particulier d'invention, mais crée bel est bien une licence légale, octroyée en application de la LBI, lorsqu'une pratique a été déclarée anticoncurrentielle. En ce sens, on pourrait considérer que cette disposition, si elle est adoptée, confirme l'hypothèse que des licences légales ne peuvent être octroyées en application de la loi sur les cartels. Les choses ne semblent malheureusement pas aussi simples si l'on croit le Message du Conseil fédéral :

« Lors de la procédure de consultation, les organisations de professionnels du droit de la propriété intellectuelle ont souvent considéré que ce point ne méritait pas d'être réglé dans la loi. Selon elles, la LCart, lorsqu'elle est applicable, prévoit également les sanctions nécessaires, à savoir la possibilité d'obliger le responsable de l'entrave à la concurrence à conclure avec la partie lésée des contrats conformes aux usages du marché ou de la branche (obligation de contracter). On peut répondre à ces arguments, somme toute pertinents, que les circonstances justifient de préciser la situation juridique, eu égard notamment à l'art. 3, al. 2 »¹⁶.

Enfin, le projet de loi introduit un nouvel article 40d P-LBI visant à mettre en œuvre le mécanisme prévu par la décision du Conseil général de l'OMC du 30 août 2003¹⁷ dans le cadre de la Déclaration dite de Doha relative à l'accès aux médicaments, notamment dans les pays en voie de développement Ce système doit permettre aux membres de l'OMC qui ne disposent pas des capacités de production suffisantes dans le domaine pharmaceutique et qui

¹⁵ FF 2006 I 1, p.72.

¹⁶ FF2006 I 1, p. 74, nous soulignons.

¹⁷ La dénomination exacte est « Décision sur la mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique » du 30 août 2003.

doivent faire face à des problèmes de santé publique, d'importer les médicaments dont ils ont besoin à des prix accessibles grâce à l'octroi d'une licence obligatoire¹⁸.

2.2 *Les licences obligatoires dans le domaine des droits d'auteur (LDA)*

Lorsqu'une œuvre musicale est enregistrée en Suisse ou à l'étranger sur un phonogramme et que, sous cette forme et avec l'autorisation de l'auteur, elle est proposée au public, aliénée ou, de quelque autre manière, mise en circulation, tout producteur de phonogramme ayant un établissement industriel en Suisse peut exiger du titulaire du droit d'auteur la même autorisation pour la Suisse¹⁹. Cette licence intervient naturellement à titre onéreux.

Le fondement de cette disposition vise à empêcher que par son monopole, un producteur de phonogramme puisse bloquer d'autres enregistrements faits par de nouveaux interprètes et faire ainsi obstacle à l'amélioration qualitative d'enregistrements fait sur phonogramme d'une certaine œuvre musicale. Par conséquent, cette disposition n'est pas applicable à l'interprète lorsque c'est lui-même qui enregistre et travaille l'œuvre²⁰.

En ce sens, on peut considérer que cette disposition tend à sanctionner une certaine forme d'abus et couvrir en cela un état de fait également appréhendable par la LCart. Ceci dit, cette disposition figure dans une loi de 1992 et il est dès lors difficile de déduire quoi que ce soit de son existence afin de déterminer si elle exclut ou non le recours à la LCart pour imposer une mesure similaire, cette dernière loi datant en effet de 1995.

2.3 *La licence obligatoire prévue par la loi fédérale sur la protection des obtentions végétales (LOPV)*

Sur la base de l'art. 22 LOPV, une licence obligatoire peut être octroyée par le juge si l'intérêt public le commande lorsqu'une demande de licence est rejetée sans raisons suffisantes par le détenteur. Un intérêt public peut en effet justifier une distribution plus étendue de l'obtention végétale. Le preneur d'une licence obligatoire paiera une indemnité qui équivaut à des redevances raisonnables. La licence obligatoire est incessible et non exclusive. Le requérant déposera une garantie pour assurer le paiement ultérieur des redevances fixées par le juge²¹. Cette hypothèse est similaire à celle de l'article 40 LBI.

Cette énumération met en évidence le droit de propriété intellectuelle et est en mesure de prendre en considération des violations du droit de la concurrence dans le contexte de l'octroi de base légale. Dans certaines hypothèses, une telle violation est même sous condition sine qua non. Mais les règles de propriété intellectuelle évoquées ne contiennent aucun indice permettant de conclure à une application exclusive ou non du droit de la propriété intellectuelle par rapport au droit des cartels en matière de licences légales.

¹⁸ Daniel KRAUS, Les licences obligatoires pour l'exportation de produits pharmaceutiques, AJP/JPA 11/2005., Christophe RAPIN, Importations parallèles et produits thérapeutiques – Etude de droit suisse et de droit de l'OMC relative aux régimes d'épuisement des droits découlant des brevets susceptibles d'être appliqués par la Suisse, disponible sur : www.orifarm.ch/files/Orifarm%20CH/PDF/Press%20release/Gutachten%20Rapin%20-%20Parallelimporte.pdf

¹⁹ Article 23 LDA.

²⁰ Roland VON BÜREN / Lucas DAVID, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Basel, 1995, p. 216.

²¹ François DESSEMONTET, La propriété intellectuelle, CEDIDAC, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne 2000, p. 318.

3. Les licences obligatoires sous l'angle du droit de la concurrence

3.1 *Le rapport entre le droit de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence (Art. 3 al. 2 LCart)*

Selon la conception qui prévaut dans l'Union européenne, les licences obligatoires prévues par les différents régime de droit de la propriété intellectuelle ne sont pas considérées comme relevant d'une forme de *lex specialis* par rapport au droit de la concurrence. En d'autres termes, la possibilité d'octroyer des licences obligatoires fondées sur le droit de la concurrence n'est pas d'emblée exclue par le fait que les lois de propriété intellectuelle contiennent des prescriptions spécifiques sur les licences obligatoires²².

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

Dans notre ordre juridique national, le débat s'articule autour de l'art. 3 al. 2 LCart qui détermine les rapports entre droit de propriété intellectuelle et droit de la concurrence en prescrivant que la LCart *n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle?*

Pendant longtemps, la règle posée à l'art. 3 al. 2 LCart a été interprétée comme établissant une séparation totale entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence. Cette interprétation avait pour conséquence d'immuniser le droit préférentiel conféré par une loi de propriété intellectuelle contre toute application du droit des cartels.²³

Aujourd'hui, la doctrine majoritaire est d'avis que cette disposition ne revêt pas un caractère absolu, dans la mesure où l'applicabilité de la LCart ne doit finalement être exclue que si les effets sur la concurrence résultent *exclusivement* de la protection d'un droit de propriété intellectuelle, tel que l'art. 3 al. 2 LCart le prévoit au sens strict du terme²⁴.

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

Il est vrai que les droits exclusifs sur des biens intellectuels donnent à leurs titulaires la faculté d'interdire à tous tiers l'usage du bien protégé. Par conséquent, tout droit de propriété intellectuelle a nécessairement des effets sur la concurrence.²⁵ La difficulté principale à laquelle on est confronté est de trouver des critères sur lesquels on peut se fonder pour déterminer si les effets sur la concurrence résultent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. Cette difficulté a probablement été renforcée en 2004 par l'adjonction

²² Andreas HEINEMANN, Informatikrecht in der Praxis, Zwangslizenzen im Kartellrecht, document distribué aux participants lors du séminaire „Immaterialgüterrechte und Kartellrecht am Beispiel des Heilmittelmarkts“ ayant eu lieu le 18 janvier 2007 au Europa Institut de l'Université de Zurich, p. 2.

²³ CR Concurrence – Pierre-Alain KILLIAS, N 2 ad art. 3 al. 2 LCart : Il s'agit là de la "theorie des droits inhérents" ("inherency doctrine", "Eigenständigkeitstheorie").

²⁴ Thierry CALAME, in : SIWR IV, 6. Kapitel: Grundlagen, p. 43 s.

²⁵ CR-Concurrence - Pierre-Alain KILLIAS, N 25 ad art. 3 al. 2 LCart.

de la phrase complémentaire suivante à l'article 3 al. 2 LCart : «*En revanche, les restrictions aux importations fondées sur des droits de propriété intellectuelle sont soumises à la présente loi* ». ²⁶

Dans une perspective historique, l'avis de la doctrine majoritaire n'emporte pas nécessairement la conviction. En effet, on ne peut s'empêcher de s'interroger sur la nécessité pour le législateur d'inclure spécifiquement les mesures contre les importations parallèles dans le champ d'application de l'art. 3 al. 2 LCart suite à l'arrêt *Kodak (Suisse) SA c/ Jumbo Markt AG* du 7 décembre 1999. On rappellera que dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait estimé qu'il y avait un abus au sens de l'art. 7 LCart, lorsqu'une entreprise ayant une position dominante utilise son droit à l'importation "*um den schweizerischen Markt abzuschotten und insbesondere unangemessene Preise oder sonst unangemessene Geschäftsbedingungen zu erzwingen*". ²⁷ C'est à la suite de cet arrêt que l'art. 3 al. 2 LCart a été complété par l'adjonction indiquée ci-dessus. Mais à quoi bon cette adjonction stipulant une sorte d'exception relative aux restrictions aux importations si l'art. 3 al. 2 LCart première phrase n'avait pas pour effet d'immuniser les comportements relevant de l'exercice de droits tirés d'une loi spécifique de propriété intellectuelle ?

D'un point de vue pratique, l'hypothèse que l'exercice des droits préférentiels octroyés par la législation sur la propriété intellectuelle soit totalement immunisé dans le cadre de l'application de la LCart n'est pas satisfaisante. En effet, si cela devait être le cas, on pourrait corriger les effets anticoncurrentiels inacceptables résultant de l'exploitation abusive d'un produit breveté dans le cas d'une position dominante ou encore d'un accord illicite entre entreprises en ayant recours à la clause générale de l'art. 40 LBI (licence obligatoire dans l'intérêt public). Mais à défaut de base légale similaire prévue par les autres lois de propriété intellectuelle, aucune correction ne serait envisageable s'agissant de l'exploitation d'autres droits préférentiels que ceux tirés du brevet. On peut notamment songer au cas du droit d'auteur qui couvre en particulier les logiciels informatiques... Ainsi l'abus de ce droit pour le logiciel Windows, par exemple, ne pourrait être traité au moyen d'une licence légale, faute de base légale. Si la LCart n'était pas applicable en la matière, une décision telle que celle prononcée par la Commission européenne en mars 2004 à l'encontre de MICROSOFT ²⁸, en condamnant cette entreprise notamment à la divulgation des sources codes du programme *Windows*, ne pourrait être prononcée sous l'angle du droit suisse.

Nous retiendrons donc ici l'interprétation moderne de l'art. 3 al. 2 LCart, soit une interprétation stricte qui laisse la place à l'application de la loi sur les cartels aux droits préférentiels de propriété intellectuelle.

Quelle que soit l'interprétation que l'on donne de l'art. 3 al. 2 LCart, cette disposition ne s'applique que si le bien intellectuel est protégé par la législation sur la propriété intellectuelle. Il s'ensuit que les effets sur la concurrence résultant des biens immatériels non

²⁶ RO 2004 1385, 1390 ; c.f. ci-dessus l'extrait du Message du Conseil fédéral dans le cadre de la révision de la LBI qui considère que « les circonstances » ainsi que le nouvel art. 3, al. 2 LCart, justifie une précision dont il est « pertinent » de dire qu'elle n'aurait probablement pas sa place dans la LBI !

²⁷ ATF 126 III 129; JT 2000 I 529. En revanche, le Tribunal avait peu avant cette décision refusé d'appliquer la LCart dans le cadre de l'importation parallèle d'œuvres protégées par le droit d'auteur (ATF 124 III 321).

²⁸ Décision de la Commission européenne du 24 mars 2004, COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*.

protégés par un droit exclusif, tels que le savoir-faire ou une invention non brevetée, tombent sans réserve aucune sous le coup de la LCart²⁹.

3.2 *Le rapport entre les licences obligatoires stipulées par la législation sur la propriété intellectuelle et les licences obligatoires motivées par le droit de la concurrence*

Comme nous venons de le voir, le débat relatif à l'art. 3 al. 2 LCart est directement lié à la question du rapport entre les licences obligatoires prévues par la législation sur la propriété intellectuelle, en particulier par la LBI, et les licences obligatoires motivées par le droit de la concurrence.

Cette question est, elle aussi, largement débattue en doctrine.

STIEGER³⁰ est d'avis que l'art. 40 LBI relatif à l'octroi de licences obligatoires justifiées par l'intérêt public prévaut sur les actions prévues aux articles 12 et 13 LCart en vertu desquels la victime d'une restriction illicite à la concurrence peut demander notamment la suppression de l'entrave à la concurrence, ce qui peut amener le juge à condamner le défendeur à une obligation de contracter³¹.

CALAME et RAUBER, en revanche, soutiennent la thèse de l'application parallèle de la LCart par rapport à toutes les dispositions spécifiques de la LBI.³²

HILTY opère une distinction entre les art. 40a LBI et 40c P-LBI, d'une part, et l'art. 40 LBI, d'autre part : il défend la thèse selon laquelle les dispositions 40a LBI et 40c P-LBI, qui mentionnent expressément les effets anticoncurrentiels justifiant l'octroi d'une licence obligatoire doivent être considérées en tant que *lex specialis* par rapport à l'art. 7 LCart. Pour ce qui est en revanche de l'art. 40 LBI, HILTY propose une application parallèle de la LCart, tout en soutenant que l'art. 40 LBI est doté d'un potentiel important dans la mesure où celui-ci permettrait de préserver la concurrence au-delà des limites de l'art. 7 LCart³³.

Pour les motifs déjà évoqués, l'assimilation de l'art. 40a LBI à l'art. 40c P-LBI nous semble discutable. La première des deux dispositions vise en effet à transposer en droit suisse une norme de droit international qui fixe une limite au droit interne s'agissant de l'octroi de licences légales. S'agissant de la deuxième, le Conseil fédéral parle de "circonstances" et de "clarification", par des *Lex specialis*³⁴

²⁹ Jean-Paul VULLIÉTY, Faut-il redouter l'application du droit cartellaire aux contrats de licence in: SJ 2000 (n°17) II p. 549 : cet auteur émet une opinion contraire en considérant que la réserve de l'art. 3 al. 2 LCart doit comprendre la notion de propriété intellectuelle au sens large, en incluant les contrats ayant pour objet un savoir-faire (know-how).

³⁰ Werner STIEGER, „Kodak- eine Momentaufnahme des Schnittbereichs von Immaterialgüter- und Kartellrecht aus helvetischer Sicht“, sic! 2001, 89 ss.p.102.

³¹ Art. 13 let. b LCart.

³² Thierry CALAME, in : SIWR IV, 6. Kapitel: Die Wirkung des Patents, p. 499; Georg RAUBER, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, in : STOFFEL/ZÄCH (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 2004, p. 192 ss. Le premier auteur rajoute que si le demandeur conclut à l'octroi d'une licence obligatoire motivée par la LCart, il conviendrait de considérer l'application de l'art. 40b LBI par analogie.

³³ Reto HILTY, Schutzrechte und Kartellrecht : Rechtliche Standortbestimmung und Zukunftsperspektiven, document distribué aux participants lors du séminaire „Immaterialgüterrechte und Kartellrecht am Beispiel des Heilmittelmarkts“ ayant eu lieu le 18 janvier 2007 au Europa Institut de l'Université de Zurich , p. 16 et 20.

³⁴ cf. note 26

Comme déjà évoqué, la jurisprudence ne traite pas de cette question. L'arrêt rendu par le Tribunal de commerce de Berne en 2005³⁵ fait mention de la problématique sans y apporter de solution définitive. L'état de fait du cas d'espèce a d'abord été traité sous l'angle de l'art. 36 LBI (voir point 2.1); puis, le tribunal cantonal s'est brièvement penché sur la question de l'application de la LCart. Il a admis le principe de son application lorsque le titulaire d'un droit exclusif conclut des accords illicites ou abuse de sa position dominante tout en rejetant l'idée d'une application parallèle de la LCart lorsque le titulaire du droit exclusif ne l'exploite pas ou pas suffisamment³⁶. Il a néanmoins admis que l'application parallèle de la LCart pourrait être exceptionnellement envisagée dans le cas de biens ou services répondant à la théorie dite des «*essential facilities*». Toutefois, lorsque le titulaire du droit exclusif est en mesure de couvrir la demande, le tribunal estime qu'il n'y a alors plus de place pour l'application du droit de la concurrence.³⁷

HEINEMANN considère, à juste titre selon nous, que le tribunal de commerce de Berne aurait dû procéder différemment en examinant tout d'abord si le détenteur du droit de propriété intellectuelle ne se trouvait pas en position dominante, puis en se demandant si, dans le cas particulier, le refus de l'octroi d'une licence pouvait être considéré comme un abus de cette position³⁸.

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

3.3 Conditions à réaliser en vue de l'application de la LCart

Pour juger de l'admissibilité d'une restriction à la concurrence fondée sur des droits de propriété intellectuelle, KILLIAS propose d'appliquer une *rule of reason*. Ce moyen, qui s'écarte au demeurant du texte de l'art. 3 al. 2 LCart, permettrait en effet de pondérer les effets pro-concurrentiels et les effets anti-concurrentiels de la restriction en cause.³⁹

Dans la mesure où l'intérêt d'octroyer une licence obligatoire semble nettement plus concret en regard de pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante sur le marché au sens de l'art. 7 LCart, nous nous limiterons à l'analyse de cette hypothèse. A priori, ce genre d'abus peut prendre la forme de l'imposition de prix inadéquats ou abusifs (cf. art. 7 al. 2 let. c LCart)⁴⁰, ou encore celle du refus d'accorder une licence⁴¹. L'abus peut enfin prendre la forme du refus arbitraire de livrer des produits ou services (cf. art. 7 al. 2 let. a LCart).⁴²

³⁵ Handelsgericht Bern du 6 juillet 2005 publié in : sic ! 2006, S. 348-357 ("Anschlaghalter III").

³⁶ Cette approche tranche notamment avec l'approche de la Commission européenne qui est habilitée dans les cas de crise, d'extrême urgence ou lorsqu'il s'agit de remédier à des effets anticoncurrentiels, à accorder des licences à des tiers lorsque le titulaire de la licence ne l'exploite pas ou insuffisamment.

³⁷ Handelsgericht Bern du 6 juillet 2005 publié in : sic ! 2006, S. 348-357 ("Anschlaghalter III"), p. 354 s.

³⁸ Andreas HEINEMANN, op. cit., p. 18 f.

³⁹ CR-Concurrence - Pierre-Alain KILLIAS, N 46 ad art. 3 al. 2 LCart.

⁴⁰ Thierry CALAME, in : SIWR IV, 6. Kapitel: Grundlagen, p. 44.

⁴¹ CR-Concurrence - Pierre-Alain KILLIAS, N 88 ad art. 3 al. 2 LCart; cf. toutefois l'arrêt "Anschlaghalter III" cité sous chapitre 3.2.

⁴² CR-Concurrence - Pierre-Alain KILLIAS, N 258 ad art. 7 LCart.

En principe, la position dominante résultera du droit de propriété intellectuelle lui-même dès lors qu'il est par définition exclusif. Ainsi, et comme le relève HEINEMANN, l'octroi d'une licence obligatoire n'entre en considération en application de l'art. 7 LCart que si le titulaire du droit exclusif abuse de sa position soit parce qu'il désavantage d'autres partenaires commerciaux soit parce qu'il entrave leur accès à la concurrence⁴³.

HEINEMANN⁴⁴ propose les conditions suivantes à l'octroi d'une licence obligatoire fondée sur l'art. 7 LCart.:

1. Le titulaire du droit de propriété intellectuelle dispose d'une position dominante sur le marché ;
2. Le droit de propriété intellectuelle est indispensable pour l'exercice d'une certaine activité (renvoi à la théorie des "*essential facilities*") ;
3. Le refus est susceptible d'exclure toute concurrence sur le marché déduit ;
4. Le refus ne peut être justifié.

En principe, le détenteur d'un droit de propriété intellectuelle reste libre de décider s'il souhaite octroyer une licence. C'est uniquement de manière exceptionnelle que le refus de l'octroi d'une licence devrait être considéré comme étant abusif⁴⁵.

3.4 La pratique de la Comco

Les conséquences civiles d'une pratique qui entrave la concurrence sont énoncées aux art. 12 et 13 LCart. En particulier, l'art. 13 let. b LCart prévoit qu'afin d'assurer la suppression ou la cessation de l'entrave à la concurrence, le juge peut notamment décider que celui qui est à l'origine de l'entrave à la concurrence doit conclure avec celui qui la subit des contrats conformes au marché et aux conditions usuelles de la branche. Cet article fonderait donc la possibilité d'octroyer une licence obligatoire fondée sur le droit de la concurrence car découlant de la violation par une entreprise de l'art. 7 LCart⁴⁶. Comme déjà évoqué, cette possibilité n'a de portée pratique que pour les autres droits de propriété intellectuelle que les brevets dans la mesure où le même juge civil peut en tout état de cause octroyer une licence obligatoire de brevet sur la base de la LBI en appliquant les critères de la LCart au nom de l'intérêt public.

La question est débattue de savoir si une licence obligatoire peut également être octroyée par l'autorité de régulation de la concurrence dans le cadre de la procédure administrative au sens des articles 26 et ss. LCart⁴⁷.

A titre liminaire, il convient de rappeler que la Comco a d'ores et déjà imposé l'octroi de licences obligatoires dans le cadre de la procédure d'examen d'une opération de concentration.

⁴³ Andreas HEINEMANN op. cit., p. 20.

⁴⁴ Andreas HEINEMANN, op.cit., p. 2.

⁴⁵ Il convient de citer ici un extrait du jugement du Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'affaire Microsoft : « *bien que l'octroi de licence obligatoire enfreigne les prérogatives du propriétaire des droits de propriété intellectuelle, le non respect desdites prérogatives ne peut constituer en soi un préjudice grave et irréparable* » (T-313/05 Microsoft c/ Commission européenne).

⁴⁶ KRAUSKOPF/SENN, sic ! 2003, S.5.

⁴⁷ Thierry CALAME in : SIWR IV, 6. Kapitel: Die Wirkung des Patents, p. 500 avec la citation de l'avis contraire.

L'art. 9 LCart prévoit un contrôle des opérations de concentration mettant, sous certaines conditions, à charge des entreprises participantes une obligation de notification de leur projet de concentration avant que celui-ci ne soit mis en œuvre. La loi prévoit que l'autorité de régulation de la concurrence autorise la concentration mais qu'elle peut également poser des conditions ou des charges aux entreprises afin de garantir que la concentration ne crée pas ou ne renforce pas une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace⁴⁸. D'un point de vue concret, et indépendamment du débat précédemment évoqué, la Comco peut donc indiquer à des entreprises participant à une concentration que celle-ci sera autorisée moyennant certaines licences obligatoires et refusées sinon elle aura dès lors *de facto* la possibilité d'imposer de telles licences.

En 2001, la Comco s'est penchée sur une concentration impliquant les entreprises GLAXO WELLCOME et SMITHKLINE BEECHAM⁴⁹. Durant la phase de l'examen préalable, la Comco a considéré que le projet de concentration posait des problèmes manifestes de concurrence sur le marché des certains antiviraux⁵⁰. En effet, le Zovirax commercialisé par l'entreprise GLAXO WELLCOME et le Famir appartenant à SMITHKLINE BEECHAM auraient totalisé, une fois la concentration effectuée, 85 à 95% des canaux de distribution. La Comco a autorisé cette concentration après que les parties se sont engagées à effectuer une cession de licence de façon à opérer une partition du marché et à laisser entrer sur ce marché une entreprise tierce. Dans sa décision, la Comco a considéré que l'ouverture du marché qui découlerait de la cession de licence supprimait la cause qui aurait créé ou renforcé la position dominante générée par la concentration⁵¹. En cas de non respect de la charge, les sanctions administratives prévues aux articles 51 et 55 LCart sont applicables⁵².

L'intérêt de cette affaire réside dans le fait que, si la cession de licence provoque une ouverture du marché qui supprime la cause qui aurait créé ou renforcé la position dominante, il semble difficile de considérer que l'atteinte à la concurrence ne découle pas exclusivement de l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle ! En d'autres termes, à teneur de l'art. 3, al. 2 LCart, cette loi ne serait pas applicable. La conséquence logique de cette situation est que la Comco peut bien en faire un préalable à l'octroi de son autorisation, mais qu'elle ne pourrait en principe pas sanctionner le refus d'octroyer une licence ! Par contre, une fois la charge imposée, le fait qu'elle ne soit pas respectée générerait une violation de la loi qui ne découlerait plus exclusivement de l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle ce qui rendrait dès lors la loi applicable. De fait, quelle que soit l'interprétation que l'on donne à l'art. 3 al. 2 LCart, la Comco a la latitude de proposer aux parties une solution sous forme de licences obligatoires et de veiller au respect de leur engagement.

Lors de l'examen préalable de la concentration entre SANOFI-SYNTHÉLABO SA et AVENTIS SA, qui avait aussi été notifiée aux autorités de la concurrence de l'Union européenne, la Comco a confirmé sa pratique⁵³. Cette opération de concentration avait été préalablement autorisée par la Commission européenne dont la décision avait cependant été également

⁴⁸ Art. 10 al. 2 lit. a. LCart.

⁴⁹ DPC 2002/1 p. 200.

⁵⁰ DPC 2001/2 p. 339.

⁵¹ DPC 2001/2 p. 339.

⁵² Ces articles prévoient notamment que l'entreprise pourra être tenue au paiement d'un montant d'un million de francs au plus, ou en cas de récidive, d'un montant de 10% au plus du chiffre d'affaires total réalisé en Suisse par l'ensemble des entreprises participantes.

⁵³ DPC2004/3 p. 822

assortie de mesures correctrices⁵⁴ sous la forme de cession ou de vente de licence pour plusieurs produits. Dans son analyse, la Comco a pris en compte les exigences posées par la Commission européenne et a autorisé la concentration sous réserve que ces exigences soient respectées.

Pour revenir à l'hypothèse d'une procédure administrative pour abus de position dominante, il convient de relever que l'art. 29 LCart, confère au secrétariat de la Comco la compétence de proposer aux entreprises concernées par une procédure un accord amiable sur les modalités de suppression de l'entrave. Ainsi, le Secrétariat pourrait parfaitement, à l'instar de ce qui prévaut en matière de contrôle des concentrations, faire savoir aux entreprises concernées qu'un accord portant octroi d'une licence pourrait être de nature à mettre un terme à la procédure en cours et obtenir un engagement de leur part.

Ceci étant et s'agissant du fond du problème, nous sommes d'avis que la différence fondamentale qui existe entre la LBI et la LCart tient précisément au fait que la concurrence sur le marché est sanctionnée par une autorité qui peut se saisir elle-même et pas seulement par un juge dépendant de l'intervention d'une partie.

Conclusion

Dans un ordre juridique tel que celui qui prévaut en Suisse, à savoir qu'il n'existe pas de droit supranational qui s'impose dans le domaine de la concurrence ou de la propriété intellectuelle, l'application parallèle de ces deux régimes ne présente pas nécessairement d'intérêt matériel.

Ceci dit, d'un point de vue pratique, permettre à une autorité administrative d'envisager d'imposer des licences légales alors que cette autorité peut se saisir d'office ou sur plainte est souhaitable dans la mesure où cette compétence renforce la lutte contre les comportements inadéquats sur le marché.

En pratique, la Comco peut certainement proposer des charges ou des accords amiables portant licence obligatoire. Une fois ces charges ou ces accords approuvés par les entreprises concernées, les termes même de l'art. 3 al. 2 LCart permettent à l'autorité d'en assurer le respect, sous peine de sanctions.

* * *

⁵⁴ En effet, en vertu de l'article 7 du règlement 1/2003 qui régit la mise en œuvre des articles 81 et 82 du Traité de l'Union européenne, la Commission européenne qui constate une infraction aux articles 81 et 82 TUE peut imposer aux entreprises toutes mesures correctives de nature structurelles ou comportementales qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction. On peut illustrer cette règle par la décision du Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'affaire TETRA PAK RAUSING SA. Dans cet arrêt, il a été considéré que l'entreprise avait violé sa position dominante en raison de « l'acquisition d'une société concurrente, titulaire d'une licence exclusive portant sur la seule technologie permettant le remplissage automatique de cartons, empêchant ainsi l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché en refusant de leur concéder une sous-licence » (affaire T-51/89, arrêt du TPI du 10 juillet 1990).