II

(Actes dont la publication n'est pas une condition de leur applicabilité)

COMMISSION

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 11 juillet 1983

relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/29.395 — Windsurfing International)

(Les textes en langues allemande et anglaise sont les seuls faisant foi.)

(83/400/CEE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne,

vu le règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (1), modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de la Grèce, et notamment son article 3 paragraphe 1 et ses articles 4 et 15 paragraphe 2,

vu les plaintes adressées à la Commission dans cette affaire, conformément à l'article 3 paragraphe 1 du règlement n° 17, par les entreprises IMA AG, Arbon; Tabur Marine SA, Paris; Dufour SA, Paris; Tabur Marine (Great Britain) Ltd, Slough; SC France, Marseille; Surfer's Paradise GmbH, Rosenheim; Cowabanga Sportartikel, Munich; European Surfing Company BV, Amersfoort; Alpina Plast AG, Eichberg; Kunststofftechnik Peter Degler GmbH, ainsi que SC-Products Surfgerät- und Zubehör-Handels GmbH, toutes deux établies à Grassau; Seal Marine Ltd, Liskeard, et Surf Sales Ltd, St. Leonards-on-Sea; Point Sportgeräte GmbH, Point AG et Exa Point Marine Vertrieb GmbH, toutes de Munich; Sodim, Paris; Brakeborough Ltd, Headley Down (Nr. Bordon); Daher France, Marseille; Skipper International, Hennebont; Crit SA, Saint-Ouen; Open Surf, Saint-Rémy-les-Chevreuses et Helmut Kertscher & Co, Hambourg,

vu la décision de la Commission, du 7 juin 1982, d'engager la procédure dans cette affaire,

après avoir donné aux entreprises concernées l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus par la Commission, conformément aux dispositions de l'article 19 paragraphe 1 du règlement n° 17 en liaison avec le règlement n° 99/63/CEE de la Commission, du 25 juillet 1963, relatif aux auditions prévues à l'article 19 paragraphes 1 et 2 du règlement n° 17 du Conseil (2), et vu les réponses écrites des entreprises Windsurfing International Inc., Ostermann, Akutec, Klepper et Windsurfing Central et vu également l'audition orale des entreprises Windsurfing International Inc. et Windsurfing Central, le 20 septembre 1982,

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, conformément à l'article 10 du règlement n° 17, le 23 mars 1983,

(1) JO n° 13 du 21. 2. 1962, p. 204/62.

(2) JO n° 127 du 20. 8. 1963, p. 2268/63.

considérant les points de fait et de droit suivants:

A. LES FAITS

Les faits peuvent se résumer comme suit:

I. LE PRODUIT

Les planches à voile sont nées de l'idée de se servir des planches de *surf* utilisées depuis longtemps pour aller à l'assaut des vagues, aussi sur des eaux sans vagues suffisantes comme engin nautique propulsé par le vent. Les planches à voile se composent d'une coque en matière plastique, remplie de mousse et traversée en son centre par une dérive (flotteur), et d'une installation pour la voilure fixée sur le flotteur et pouvant être tournée et orientée dans toutes les directions. Cette installation comporte essentiellement un mât, une articulation pour le mât, une voile et un *wishbone*; elle sera désignée par la suite «gréement».

Ce produit nouveau ayant évolué, les planches se différencient aujourd'hui par les matériaux utilisés pour la mousse de remplissage et pour le revêtement extérieur, par leur type de construction (monobloc ou à assembler) et par leurs applications, liées à leur forme (planches polyvalentes, planches de régate, *fun boards*, ou planches pour grandes vagues). Les dimensions de la voile varient elles aussi en fonction de l'utilisation (voile de régate, voile polyvalente, voile tempête). Depuis avril 1980, il existe, en Allemagne, une norme industrielle DIN 7873 définissant les exigences de sécurité pour les planches à voile au sens de la loi sur la sécurité des appareils (BGBl n° 42, 1re partie, 1968).

Les éléments du gréement, ainsi que les gréements complets et les flotteurs peuvent être assemblés souvent indépendamment de leur fabrication d'origine. Tous les éléments des appareils sont offerts séparément sur le marché en tant que pièces de rechange. Les prix de revient et de vente des planches dépassent en moyenne ceux des gréements de 50 % à 100 %. Des flotteurs sont aussi fabriqués par des amateurs individuels qui peuvent trouver des instructions à ces fins dans des magazines spécialisés.

II. LES ENTREPRISES CONCERNÉES

1. Windsurfing International Inc. (WSI), Torrance, Californie, États-Unis d'Amérique, est une entreprise familiale, fondée par Hoyle Schweitzer, lequel a joué un rôle considérable dans la mise au point de la planche à voile. Ses activités s'étendent au monde entier. En 1980, son chiffre d'affaires a été de . . . . dollars [1] provenant en partie des ventes de planches à voile et en partie des redevances sur les licences de fabrication de ces appareils. Il y a peu de temps encore, WSI ne fabriquait pas de planches à voile en Europe, où ses activités directes ne consistaient qu'en la gestion et l'exploitation de ses droits de propriété industrielle, le plus souvent par l'intermédiaire de l'agent en brevets Axel Hansmann, de Munich.

À l'origine, le modèle de planche à voile «Windsurfer», mis au point par WSI, était vendu en Europe par Koninlijke Textielfabrieken Nijverdal Ten Cate NV, par l'intermédiaire de leur filiale Ten Cate Sports BV (Ten Cate). En vertu d'un accord du 1er janvier 1973, WSI concédait à Ten Cate, pour l'Europe, le droit exclusif de fabriquer le «Windsurfer» et de le vendre, conformément au savoir-faire que WSI lui avait communiqué et continuerait à lui communiquer. Le même accord attribuait à Ten Cate les marques verbales «Windsurfer» et «Windsurfing», déposées en Allemagne et en France, ainsi qu'une marque figurative représentant une voile stylisée, dénommée «logo», que Ten Cate s'engageait à utiliser. Ten Cate devait s'employer à faire déposer ces marques dans d'autres pays européens. À l'expiration de l'accord, WSI reprenait tous les droits afférents aux marques.

En outre, Ten Cate jouissait à l'origine, tout au moins en pratique, du statut de titulaire principal d'une licence exclusive sur tout droit de propriété industrielle qui pourrait éventuellement être accordé pour l'ensemble ou une partie du savoir-faire communiqué; elle pouvait, le cas échéant, accorder des sous-licences, avec l'accord de WSI. C'est à ce titre que Ten Cate a passé des accords de sous-licence avec Ostermann en 1976 (voir point 2) et avec Shark en 1977 (voir point 3). Ces sous-licences portaient sur l'exploitation du brevet allemand 19 14 602.4-22, déjà déposé, et des brevets qui seraient déposés ultérieurement en Europe. En vertu d'avenants du 6 juillet 1978 à ces deux accords, WSI reprenait sa place de donneur de licence, sans intermédiaire. Tous les accords de licence ultérieurs ont été passés directement par WSI. Un accord spécial entre WSI et Ten Cate, daté du 9 août 1979, établit expressément que seul WSI avait le droit de conclure tout nouvel accord de licence.

Depuis le 21 avril 1982, les rapports entre Ten Cate et WSI sont régis par de nouvelles dispositions contractuelles, en vertu desquelles les deux sociétés ont d'abord

---

[1] Conformément à l'article 21 paragraphe 2 du règlement n° 17, les chiffres d'affaires ne seront pas publiés au *Journal officiel des Communautés européennes*.

créé une entreprise commune, « Windsurfing International Europe BV », dans laquelle WSI reprenda, avant la fin de 1984, toutes les actions détenues par Ten Cate. WSI entend développer à partir de cette entreprise sa propre production et sa propre vente de « Windsurfer » en Europe. Ten Cate conservera une licence non exclusive sur les brevets de WSI et ne sera plus autorisée désormais à exploiter les marques précitées. Les rapports contractuels entre WSI et Ten Cate ne font pas l'objet de la présente décision.

2. Windglider Fred Ostermann GmbH (Ostermann), Altforweiler, république fédérale d'Allemagne, se consacre exclusivement à la fabrication et à la vente de planches à voiles et de leurs accessoires. Elle a commencé cette activité en 1976, sur la base d'un accord de licence, initialement conclu avec Ten Cate et repris ensuite par WSI. Les chiffres d'affaires réalisés par Ostermann avec la vente de planches à voile s'élèvent à:

1978	. . . DM
1979	. . . DM
1980	. . . DM

À part les flotteurs, qu'elle fabrique en partie elle-même, Ostermann achète à l'extérieur tous les éléments de ses planches à voile, soit en bloc, soit pour les assembler. Les modèles d'Ostermann se sont fait connaître notamment sous la dénomination de « Windglider ». Par décision des associations sportives compétentes, cette planche a été déclarée provisoirement planche de régate olympique. Une épreuve de planches à voile figurera en effet parmi les épreuves des jeux Olympiques de 1984.

Au début de 1982, Ostermann a été repris par le groupe français Bic Marine SA, auquel appartient également l'entreprise Dufour, considérée depuis peu comme le plus gros producteur mondial de planches à voile.

3. Shark Wassersportgeräte GmbH (Shark), Bassum, république fédérale d'Allemagne, est une filiale à 100 % de Kolbus Kunststoffwerke GmbH. Initialement, Ten Cate lui avait accordé une sous-licence le 30 mars 1977. Depuis le 6 juillet 1978, elle travaille directement sous licence de WSI. Les chiffres d'affaires réalisés par Shark avec la vente de planches à voile s'élèvent à:

1978	. . . DM
1979	. . . DM
1980	. . . DM.

Les flotteurs, les mâts, les pieds de mât et les *wishbones* de Shark proviennent tous de la société mère Kolbus, qui approvisionne aussi Ten Cate et d'autres titulaires de licence. Quant aux voiles, Shark se les procure, comme la plupart de ses concurrents, chez un fabricant de Hong-Kong. Jusqu'à présent, Shark a principalement fabriqué des planches à assembler, connues sous le nom de *systemboards*. La production est encore relativement réduite.

4. Akutec Angewandte Kunststofftechnik GmbH (Akutec), Munich, république fédérale d'Allemagne, est une entreprise de façonnage de matière plastique. Elle fabrique et vend des planches à voile sous licence de WSI, en vertu d'un accord passé le 1er juillet 1978. Les chiffres d'affaires réalisés par l'entreprise par la vente de planches à voile s'élèvent à:

1978	. . . DM
1979	. . . DM
1980	. . . DM.

Jusqu'en 1980, Akutec achetait tous ses éléments à des sous-traitants. Depuis peu, la firme fabrique elle-même des flotteurs et des *wishbones*. Les modèles offerts à la vente par Akutec portent le nom « HiFly ».

5. SAN Warenvertriebsgesellschaft mbH (SAN), Neckarsulm, république fédérale d'Allemagne, filiale à 100 % de Binder Kunststofftechnik GmbH, est depuis le 1er janvier 1979 titulaire d'une licence de WSI. Les chiffres d'affaires quelle a réalisés avec la vente de planches à voile s'élèvent à:

1978	. . . DM
1979	. . . DM
1980	. . . DM.

SAN ne dispose pas d'installations de production. Tous ses composants sont achetés ou fabriqués par d'autres producteurs suivant ses spécifications.

6. Klepper Beteiligungs-GmbH & Bootsbau KG (Klepper), Rosenheim, république fédérale d'Allemagne, appartient à Klepper Beteiligungs-GmbH & Co, qui, outre la construction de bateaux et de yachts, fabrique du matériel et des vêtements de sport et de gymnastique. Klepper a obtenu de WSI, avec effet au 1er janvier 1979, une licence pour la fabrication et la vente de planches à voile, activités qu'elle exerçait déjà précédemment. Les chiffres d'affaires qu'elle a réalisés avec la vente de planches à voile s'élèvent à:

1978	. . . DM
1979	. . . DM
1980	. . . DM.

Klepper fabrique elle-même ses pieds de mât, ses *wishbones* et ses voiles; elle achète ses mâts et fait fabriquer les flotteurs suivant ses spécifications. Les modèles fabriqués par Klepper portent la lettre « S ».

7. Marker Surf GmbH (Marker), Garmisch-Partenkirchen, république fédérale d'Allemagne, est une filiale à 100 % de Marker GmbH qui se consacre principalement à la fabrication de fixations de skis. L'accord de licence entre WSI et Marker a été conclu le 21 août 1980. Marker n'a pas vendu de planches à voile en 1980. Depuis 1981, elle assemble des planches à voile à

partir d'éléments achetés ou fabriqués conformément à ses spécifications et les met en vente sous le nom « Mark 1 ».

8. Windsurfing Central GmbH (WSC), Rodgau, république fédérale d'Allemagne, est une société commerciale spécialisée dans la vente de planches à voile et accessoires; elle agit en qualité d'importateur exclusif indépendant de Ten Cate pour l'Allemagne, où elle approvisionne environ 400 détaillants. Le chiffre d'affaires qu'elle a réalisé avec les ventes de planches à voile s'est élevé à .....DM en 1980. Depuis peu, elle vend aussi les planches à voile d'autres fabricants.

Les contrats de licence passés par WSI avec d'autres entreprises depuis la fin de 1981 ou le début de 1982 ne forment pas l'objet de la présente décision.

III. LE MARCHÉ DES PLANCHES À VOILE

Le marché des planches à voile en Europe, encore relativement nouveau, se caractérise par son grand dynamisme, qui a entraîné, au cours de ces dernières années, un taux de croissance considérable — encore que fort variable d'un État membre à l'autre — et un changement rapide des positions que ses nombreux distributeurs occupent sur le marché. Un brevet déposé en Allemagne portant sur un « gréement de planche à voile » ainsi qu'un brevet déposé au Royaume-Uni (ci-après dénommé « brevet UK ») assurant une protection plus vaste encore, tous deux détenus par WSI (voir point IV.1), ont influencé sensiblement les rapports de concurrence. En l'absence de statistiques précises, les chiffres ci-dessous ne peuvent représenter qu'une estimation qui traduit cependant assez bien les ordres de grandeur.

1. Un tiers environ de la production européenne de planches à voile est vendu en Allemagne. Jusqu'au début de 1980, environ 70000 unités ont été vendues. En 1980, au moins 80000 planches à voile auraient été vendues en plus sur le marché.

En 1979/1980, les titulaires de licence se partageaient environ 70% du marché allemand. D'après les estimations de Ten Cate, les ventes se répartissent comme suit en nombres d'unités et en pourcentages:

Firmes	1979		1980	
	Nombre	%	Nombre	%
Ostermann	± 12 000	30	± 20 000	25
Ten Cate (WSC)	± 6 000	20	± 12 000	15
SAN	± 4 500	11	± 12 000	15
Akutec	± 3 500	9	± 5 600	7
Klepper	± 2 500	7	± 3 200	4
Shark	—	—	± 3 200	4
Ensemble des titulaires de licence	28 500	77	56 000	70
Volume du marché	35 000	100	80 000	100

Les positions relatives des différents titulaires de licence sur le marché se sont depuis lors sensiblement modifiées. Toutefois, ils se partagent, dans l'ensemble, toujours 70% du marché allemand et peut-être même plus, depuis la mise en pratique plus effective de la protection du brevet contre les distributeurs non licenciés. Ceux-ci n'offrent en partie que des planches sans gréements, ou alors ils approvisionnent le marché allemand depuis des points de fabrication et de vente situés hors d'Allemagne, mais à proximité de ses frontières.

2. Le nombre total de planches à voile vendues en 1980 dans les autres États membres s'établit comme suit:

France	85000 unités
Pays-Bas	40000 unités
Italie	10000 unités
Royaume-Uni	5000 unités
Belgique	3000 unités.

Il ressort de ces chiffres que les Pays-Bas et la France représentent, avec l'Allemagne, les marchés les plus importants de la Communauté. Les titulaires de licence ont estimé leur part du marché de la Communauté économique européenne (Allemagne non comprise) à 35% environ pour 1980. Sur un total de 40 fabricants, les principaux concurrents des titulaires de licence dans les États membres de la Communauté où le produit n'est pas breveté sont les firmes Mistral, Dufour (Bic Marine), Skipper International et Sainval (toutes françaises), ainsi que Sordelli (Italie).

Pour 1980, les titulaires de licence ont estimé à 40 % environ leur part du marché néerlandais et à 15 à 20 % leur part du marché français. D'après d'autres informa-

tions, leur part du marché français serait légèrement inférieure:

	Unités	%
Ten Cate	6 000	± 7
SAN	2 400	± 3
Ostermann	1 500	± 1,8
Akutec	500	± 0,5
Klepper	170	± 0,2
Ensemble des titulaires de licence		± 12,5

En 1979 et en 1980, les exportations des titulaires de licence vers les autres États membres ont représenté dans l'ensemble 45 et 50% de leur chiffre de vente global (le pourcentage diffère suivant les entreprises).

IV. LES ACCORDS ENTRE WSI ET LES TITULAIRES DE LICENCE ALLEMANDS

1. Objet des accords de licence

Les accords de licence ont pour objet le brevet allemand n° 19 14602.4-22 et le brevet UK n° 1.258.317 (complété par le brevet n° 1.551.426).

a) Invoquant la priorité du dépôt effectué aux États-Unis le 27 mars 1968, Hoyle Schweitzer et le co-inventeur James Drake ont, le 21 mars 1969, déposé une demande de brevet pour la république fédérale d'Allemagne. Les revendications initiales portaient respectivement sur un «véhicule propulsé par le vent» (demande du 21 mars 1969) et sur une «planche munie d'un mât porteur de voile» (demande modifiée du 18 juillet 1973). Après avoir exprimé des réserves quant aux revendications ainsi formulées en raison de l'état de la technique connue, l'office allemand des brevets a laissé entendre, par une communication du 21 août 1973, qu'il envisagerait l'octroi d'un brevet pour un dispositif combinant une planche à voile munie d'un mât orientable en toutes directions et d'une bôme à deux branches écartées l'une de l'autre en forme d'ovale. Sur ce, WSI a introduit, les 7 et 9 janvier 1974, des revendications modifiées, portant toujours sur une «planche à voile», et dans lesquelles l'objet de l'invention était défini comme étant la mise au point d'une planche à voile qui ne présenterait pas, en cours de manœuvre, les inconvénients propres aux dispositifs déjà connus dans l'état de la technique. L'office des brevets n'a toutefois pas admis ces revendications, mais a proposé, par avis du 24 janvier 1974, d'axer la revendication principale sur un «gréement de planche à voile». Il modifiait en conséquence la description de telle sorte que l'objet de l'invention y apparaissait comme étant la construction d'un «gréement de planche à voile qui permette de naviguer relativement près du vent, sans renoncer pour autant aux possibilités de choquer facilement la voile ou le gréement, en sorte que la planche puisse subir une forte rafale sans chavirer ni sombrer». La solution prévue se caractérise par le fait «que le pied du mât, grâce à un joint articulé, est fixé au flotteur tout en étant pivotable et orientable librement en tous sens, et que les espars servant à maintenir et à ajuster la voile ou le gréement consistent en deux montants convexes opposés l'un à l'autre, aux extrémités desquels la voile est fixée et entre lesquels elle passe librement, la chute inférieure de la voile descendant en oblique de ces extrémités jusqu'au mât et les deux montants étant fixés au mât au-dessus du point d'amure».

WSI s'est déclarée d'accord sur cette version modifiée. C'est donc celle-ci qui a été rendue publique le 27 juin 1974, sous la classe de brevets B63H (propulsion et gouverne des navires), sous-catégorie 9/00 (éléments de propulsion mus par le vent; agencements). Par décision du 31 mars 1978, l'office allemand des brevets a délivré le brevet sous une forme qui ne différait pas, sur l'essentiel, de la version rendue publique. L'objet principal de l'invention est défini cette fois de la manière suivante: «un gréement de planche à voile ... construit de telle sorte que la voile, grâce à de meilleures possibilités de profilage, puisse prendre, même dans des conditions de navigation difficiles, les diverses positions requises par la manœuvre souhaitée et, en particulier, puisse tourner facilement, de manière à éviter, bien que le pied du mât s'oriente et pivote librement en tous sens par rapport au flotteur, une séparation inopportune du mât et du flotteur». D'après la description du brevet, la solution préconisée se caractérise par la maniabilité du gréement, qui, au contraire des dispositifs manuels déjà connus, permet un louvoiement au plus près et un comportement stable, même en cas de forte rafale ou de houle côtière. La Commission a examiné, au cours de la procédure, les pièces du dossier de l'office allemand de brevets relatif à la délivrance du brevet.

La décision d'octroi a suscité de nombreuses oppositions, fondées sur l'état de la technique connue, et sur lesquelles la Cour fédérale des brevets s'est prononcée par décision du 28 novembre 1979. Cette décision rejette l'essentiel des oppositions et remplace la revendication principale du brevet par le libellé

suivant, conforme à une revendication secondaire II déposée par le demandeur lui-même à la date du 13 novembre 1979: «Gréement de planche à voile, qui comporte une voile tendue entre un mât et un espar incurvé auquel le planchiste se tient et qui est fixé au flotteur au moyen d'un joint articulé, susceptible d'être orienté et de pivoter librement en tous sens, ce qui permet d'ajuster le gréement par rapport au flotteur et au vent, la voile n'étant fixée à l'espar que par ses extrémités, sa chute inférieure descendant en oblique des extrémités vers le mât et l'espar étant fixé au mât au-dessus du point d'amure se caractérisant par le fait que la voile (. . .) est fixée au mât (. . .) par sa chute antérieure (. . .) et que l'espar destiné à fixer et à ajuster la voile ou le gréement consiste en deux montants (. . .) convexes opposés l'un à l'autre, entre lesquels la voile (. . .) passe librement». Dans sa décision, la Cour fédérale des brevets cite comme caractéristique essentielle de l'invention le *wishbone* composé de deux montants convexes opposés l'un à l'autre.

Le brevet allemand a fait l'objet de nombreuses actions en contrefaçon, que WSI a engagées contre diverses entreprises. Au cours d'une procédure engagée contre un fabricant de voiles spécialement conçues pour les gréements de planches à voile, la Cour fédérale allemande (Bundesgerichtshof) a cité dans l'exposé des faits de son arrêt (n° X ZR 70/80) du 10 décembre 1981 (1) en tant qu'éléments de la combinaison, le mât orientable et pivotable librement en tous sens, la voile et les espars convexes *(wishbones)*. Dans le cadre d'une autre procédure engagée devant le tribunal de grande instance (Landgericht) de Munich I, WSI a tenté de faire interdire à un importateur de planches à voile de vendre des flotteurs seuls en Allemagne, au motif qu'il s'agissait pour le moins d'une violation indirecte du brevet, le flotteur faisant partie de la combinaison brevetée. En se référant à l'arrêt susmentionné de la Cour fédérale allemande, le tribunal de grande instance de Munich I a rejeté cette plainte, en considérant notamment que le brevet porte sur un «gréement pour planche (à voile)», et nullement sur un «gréement avec planche (à voile)». L'appel de WSI a été rejeté par la cour d'appel de Munich (n° 6 U 2244/82) par jugement du 13 janvier 1983.

b) Au Royaume-Uni, WSI est protégé par un brevet principal n° 1.258.317 — déposé le 28 février 1969 en invoquant la priorité aux États-Unis d'Amérique déjà citée et publié le 30 décembre 1971 — ainsi que par un brevet complémentaire n° 1.551.426 — notifié le 8 novembre 1976, complété par des additifs en 1977 et publié dans son intégralité le 30 août 1979.

La revendication n° 1 du brevet n° 1.258.317 est libellée comme suit: «un véhicule propulsé par le vent, qui se compose d'une carcasse, d'un mât sans étai, relié à ladite carcasse par un joint articulé permettant au mât de se mouvoir en tous sens, pour autant qu'il ne soit pas retenu par l'utilisateur, d'une voile conduite le long du mât à l'aide d'une lisière et d'une paire de montants cintrés qui se rejoignent et sont fixés latéralement audit mât à l'une de leurs extrémités, tandis qu'à l'autre, elles se rejoignent tout en étant reliées à la voile de telle sorte que celle-ci puisse être tendue entre les montants». Les autres revendications, n°s 2 à 7, précisent certains éléments de la revendication n° 1 et indiquent notamment que l'embarcation constituée par le véhicule peut être équipée en outre d'une dérive.

Le brevet n° 1.551.426 étend essentiellement la revendication aux véhicules du type susmentionné dont les deux montants ne sont pas cintrés de manière à se faire face, mais prennent — à l'aide de fixations adéquates — la forme d'un rectangle, d'un triangle, etc. La seule spécification qui y est apportée en ce qui concerne la carcasse consiste à prévoir une ouverture gainée pour une dérive ajustable (revendication 16).

Au cours d'une action en violation de brevet engagée par WSI devant la High Court de Londres, les brevets ont été retirés à la suite de la demande reconventionnelle déposée par le défendeur en raison de l'absence de nouveauté et d'activité inventive [Windsurfing International Inc. contre Tabur Marine (Great Britain) Ltd — arrêt du 7 avril 1982 — Whitford J.]. Un recours a été formé contre cette décision.

Compte tenu de la situation incertaine du brevet UK, la Commission a renoncé à inclure le marché britannique dans la présente procédure.

2. Contenu des accords

Jusqu'à une date récente, tous les accords prévoyaient pour l'essentiel, avec certaines différences rédactionnelles d'un cas à l'autre, ce qui suit.

a) Le produit sous licence y était défini comme étant une planche à voile complète, composée du gréement et d'un type de flotteur bien précis, fabriqué par le titulaire de licence, les caractéristiques de ce flotteur étant spécifiées dans une annexe formant

(1) *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht,* 1982, page 165.

partie intégrante de l'accord. Par référence au produit complet ainsi défini, WSI accordait à chaque preneur respectif d'une licence sur le brevet allemand susvisé, une licence non exclusive de fabrication, d'utilisation et de distribution. La licence sur le brevet UK ne portait que sur la vente.

L'accord avec Shark, qui ne s'étendait pas expressément au brevet UK, ne faisait pas mention d'un modèle précis de flotteur au sens indiqué plus haut, il ne mentionnait d'ailleurs comme objet de la licence qu'un « gréement de planche à voile ». Il était cependant interdit à Shark de « fabriquer, offrir et vendre » des gréements autrement qu'avec des planches à voile à assembler.

Les accords exigeaient aussi l'approbation de WSI avant toute modification du flotteur défini comme faisant partie du produit sous licence ou avant le montage du gréement breveté sur d'autres types de flotteurs par le titulaire de licence. WSI s'engageait à ne pas refuser son approbation sans motif raisonnable, pourvu que les changements envisagés ne portent pas atteinte à la qualité du produit sous licence. En outre, le nouveau flotteur ne devrait pas porter atteinte aux « droits de Ten Cate » (accord avec Akutec) ou aux « droits des autres titulaires de licence » (accords avec SAN, Klepper et Marker). Quant à Ostermann, il lui était interdit, de façon générale, de fabriquer des flotteurs en polyéthylène.

b) Comme l'accord avec Shark, les accords passés avec SAN, Klepper et Marker prévoyaient en outre expressément que le titulaire de licence ne pouvait fabriquer les produits brevetés ou des éléments de ces produits que pour les intégrer au produit complet, défini comme faisant l'objet de l'accord de licence, et ne pouvait les offrir en vente qu'associés à celui-ci.

c) La redevance convenue était un pourcentage déterminé du prix de vente net du produit sous licence tel qu'il était défini dans l'accord, c'est-à-dire de la planche à voile complète. Certains accords (Akutec, SAN et Klepper) prévoyaient en outre une redevance d'un même montant sur les recettes nettes provenant des locations de planches à voile.

d) Quant aux limites territoriales de la licence, elles variaient d'un accord à l'autre.

L'accord avec Ostermann prévoyait un droit de fabrication et de vente pour l'Europe entière. Le droit de fabrication de Shark était limité au territoire de la république fédérale d'Allemagne.

La licence d'Akutec était expressément limitée, pour ce qui est de la fabrication, au lieu où le titulaire de licence avait ses ateliers de production au moment de la conclusion de l'accord. Il en était de même — après une modification intervenue en décembre 1980 — des accords passés avec SAN, Klepper et Marker. Au cas où le lieu de production serait déplacé, WSI pourrait mettre fin à l'accord sans préavis.

Les accords passés avec SAN, Klepper et Marker prévoyaient à l'origine un droit de fabrication pour l'ensemble de la république fédérale d'Allemagne. Les titulaires étaient toutefois autorisés à fabriquer en dehors du territoire contractuel des éléments du produit sous licence, pourvu qu'ils soient ramenés ensuite pour y être assemblés afin d'en faire des planches à voile complètes. En revanche, la vente directe, hors du territoire contractuel, d'éléments fabriqués à l'extérieur, de même que le transfert de l'unité de production toute entière hors du territoire contractuel, y étaient indiqués comme motifs justifiant la résiliation immédiate de l'accord.

e) Les titulaires de licence étaient obligés d'indiquer sur le flotteur de toute planche à voile qu'ils mettaient en vente, que celui-ci était fabriqué sous licence de WSI ou de Hoyle Schweitzer (les accords avec Ostermann et Shark prévoyaient à l'origine l'obligation de mentionner que le flotteur était fabriqué sous licence de Ten Cate).

f) Les titulaires de licence étaient tenus de ne pas utiliser les marques verbales « Windsurfer » et « Windsurfing », ni la marque figurative « logo », alors exploitées en Europe par Ten Cate, et de reconnaître ces dernières en tant que marques valables.

g) Les accords passés avec Ostermann et Shark obligeaient les titulaires de licence à ne pas contester le brevet.

Depuis la fin 1981/début de 1982, WSI a conclu avec les titulaires de licence susmentionnés de nouveaux accords où les obligations susmentionnées ont été supprimées ou modifiées. Ces nouveaux accords ne font pas l'objet de la présente décision. La Commission se réserve cependant de les examiner ultérieurement en ce qui concerne l'applicabilité des articles 85 et 86 du traité CEE.

3. Les accords dans la pratique

Les documents obtenus par la Commission dans le cadre de son enquête révèlent encore les faits suivants.

a) Le critère déterminant pour l'octroi des licences et l'autorisation de nouveaux flotteurs des titulaires de licence était, aux yeux de WSI, l'existence d'un

«écart» suffisant entre les différents types de flotteurs. C'est pourquoi, dans la correspondance examinée par la Commission, on insiste constamment sur le fait que «les licences accordées par WSI portent uniquement sur des produits, et non sur des entreprises». Il fallait entendre par «produits» les flotteurs des planches à voile. WSI incitait également les titulaires de licence à présenter, avant l'autorisation définitive, leurs nouveaux modèles à d'autres titulaires de licence pour avis — sans, pour autant, accorder à ces derniers un droit formel d'autorisation. C'est ainsi que WSI a, de fait, refusé certains types de flotteurs considérés comme trop semblables aux flotteurs déjà existants d'autres licenciés. En revanche, des exigences de qualité ou de sécurité n'ont joué aucun rôle dans l'autorisation des flotteurs. Sur ce point, WSI n'exerçait d'ailleurs aucun contrôle sur la production courante des titulaires de licence.

b) Outre les nombreuses actions en violation de brevet intentées par WSI déjà évoquées, WSI a fait envoyer, par l'intermédiaire de son agent en brevets allemand, plusieurs lettres d'avertissement à des fabricants ainsi qu'à des commerçants établis en Allemagne, dans lesquelles elle les mettait en garde contre le risque d'une action en violation de brevet, notamment au cas où ils vendraient des flotteurs non couverts par une licence ou livreraient des gréements séparément. Par ailleurs, WSI a adressé aux titulaires de licence à plusieurs reprises des circulaires soulignant le danger d'une pénétration de tiers sur le marché au cas où des gréements leur seraient fournis. Certains titulaires de licence ont expressément approuvé cet avertissement. Et encore en octobre 1981 WSI menaçait plusieurs d'entre eux, dont Akutec, de résilier leur accord au cas où ils offriraient des gréement séparément, sauf approvisionnement en pièces de rechange.

Ainsi, des fabricants ou importateurs indépendants de flotteurs qui se sont adressés à divers titulaires de licence pour s'approvisionner uniquement en gréements, ont généralement essuyé un refus. S'ils répondaient à ces demandes, les titulaires de licence invoquaient soit la structure de leur assortiment, qui ne comportait pas de gréements isolés, soit leurs besoins propres, qui absorbaient toute leur capacité, soit la situation du brevet qui entraînerait un risque de violation de brevet. Lors d'une réunion tenue à Munich le 9 octobre 1980, les titulaires de licence sont même convenus, à l'initiative de WSI, de ne présenter que des planches à voile complètes dans la publicité et aux expositions.

V. POLITIQUE DE VENTE DE CERTAINS TITULAIRES DE LICENCE ALLEMANDS, AINSI QUE DE LEURS IMPORTATEURS EXCLUSIFS DANS DIVERS ÉTATS MEMBRES

1. Distribution des produits Ostermann («Windglider»)

Dans le cadre de la présente procédure, la Commission a enquêté sur les ventes de ces produits aux Pays-Bas, en Belgique et en Allemagne.

a) *Distribution en dehors de l'Allemagne*

aa) Aux Pays-Bas, la firme Thijs, de Middelburg, agit comme inportateur exclusif d'Ostermann. L'existence d'un accord écrit n'a pu être prouvée. La Commission dispose cependant d'un projet de contrat d'importation de 1980, émanant de Thijs, qui s'engage «à ne vendre qu'en Hollande les articles fournis par Windglider. Toute livraison à l'étranger est subordonnée à l'accord préalable d'Ostermann. Thijs s'engage à ne conclure avec ses clients que des contrats qui leur interdisent de vendre, directement ou indirectement, des planches à l'étranger.»

Au moins cette disposition a été appliquée en fait par les parties. C'est ainsi que Thijs a refusé d'approvisionner un détaillant néerlandais qui s'était adressé à lui pour satisfaire à une importante commande en provenance d'Allemagne. Les échanges de télex entre Ostermann et Thijs montrent que dans d'autres cas Ostermann s'efforçait conjointement avec Thijs, d'assurer le maintien dans le pays des planches à voile livrées aux Pays-Bas et, en cas de livraisons à l'étranger, faisait adresser une mise en garde aux distributeurs intéressés. Le contrôle s'appuyait aussi sur un «système de fiches des planches» introduit en 1981: conformément aux instructions adressées par Ostermann «à tous les importateurs généraux», Ostermann conserve un double de la «fiche de contrôle», l'importateur conserve une copie et le revendeur une autre copie indiquant le nom et l'adresse du consommateur final. Thijs devait transmettre ces indications aux distributeurs néerlandais.

bb) En Belgique, Ostermann a accordé verbalement à d'Ieteren, Braine-le-Château, un droit de distribution exclusive. Ici encore, les parties étaient convenues de ne pas admettre de livraisons en dehors du territoire concédé. C'est ce qui ressort notamment de la communication de d'Ieteren à Ostermann du 9 avril 1981, d'après laquelle d'Ieteren et Thijs s'étaient donné

mutuellement l'assurance qu'elles imposeraient dans leurs territoires respectifs des interdictions d'exporter, même au niveau de la vente au détail.

b) *Ventes intérieures*

En Allemagne, Ostermann vend directement ses produits aux revendeurs, désignés sous le nom de «commerçants spécialisés», sans que cette qualification soit autrement précisée. Jusqu'en 1982, Ostermann avait conclu avec eux des contrats «de partenaire», aux termes desquels le commerçant spécialisé s'engageait à ne vendre les produits contractuels qu'aux seuls consommateurs finals. Il était interdit de les livrer à des revendeurs établis dans le pays ou à l'étranger, même s'il s'agissait d'autres «partenaires» d'Ostermann.

2. **Distribution des produits Akutec («HiFly»)**

Dans le cadre de la présente procédure, la Commission a examiné les ventes de ces produits aux Pays-Bas, en Belgique, en Italie et en Allemagne.

a) *Distribution en dehors de l'Allemagne*

Akutec a désigné des importateurs exclusifs (dénommés «agents») pour les Pays-Bas (Horwa BV, Oosterhout; depuis 1981, l'entreprise Taselaar BV, Zwijndrecht), la Belgique (Ertisport NV, Destelbergen) et l'Italie (RaFly, Spinea, Venise).

Un contrat type conclu avec ces entreprises contenait une clause en vertu de laquelle il était interdit à «l'agent», sous peine d'amende conventionnelle, de réimporter dans le pays du fabricant ou de vendre en dehors du territoire concédé.

b) *Ventes intérieures*

Les produits Akutec sont distribués en Allemagne à travers un réseau de «dépôts» indépendants. Ceux-ci ne livrent la marchandise qu'aux distributeurs figurant sur une «liste de clients» établie de concert avec Akutec. Jusqu'en 1982, un tel distributeur devait, pour être admis sur la liste, s'engager à ne pas livrer à d'autres revendeurs les marchandises fournies par Akutec sans l'accord préalable exprès de celle-ci. Il recevait alors un «passeport de distributeur», qui lui permettait de s'approvisionner en produits Akutec auprès de tout dépôt Akutec. Toute infraction à l'interdiction des ventes horizontales entraînait l'expulsion du groupe des distributeurs. En outre, Akutec avait instauré en 1980 un système de contrôle numérique des planches ayant pour but, d'après une circulaire d'Akutec aux distributeurs, de retracer et d'empêcher les ventes horizontales et les réimportations.

3. **Distribution des produits Klepper**

Klepper distribue ses planches à voile à l'étranger par l'intermédiaire d'importateurs exclusifs, sur la base de contrats qui au début contenaient tous, jusqu'en 1982, un avenant équivalant en fait à une interdiction d'exporter, aux termes duquel «la réimportation en Allemagne et l'importation dans d'autres pays que ... (le territoire contractuel) sont subordonnées à notre autorisation expresse».

Pareils accords ont subsisté jusqu'en 1982 avec Telstar, à Harderwijk (Pays-Bas) et Citabel Sports à Luxembourg. Ils ont existé entre 1979 et 1981 avec Intersurf, à Sterzing (Italie) et Media Loisirs, à Strasbourg (France).

4. **Distribution des produits Shark (Systemboard)**

Un accord de distribution a existé entre Shark et l'importateur néerlandais Renka Sport BV, Almelo, resté en vigueur de janvier 1978 à décembre 1980, dans lequel il était prévu que «Renka s'engage à ne pas offrir en vente ou livrer de produits Shark hors des Pays-Bas. Toute exception est subordonnée à l'accord préalable de Shark».

5. **Distribution des produits Ten Cate par WSC («Windsurfer»)**

WSC a organisé la distribution en Allemagne sur la base de ce qu'elle appellait des contrats de partenaire» avec les revendeurs. Ces accords avaient pour but, d'après leur paragraphe 1, la mise en place d'un «système de distribution organisé». Aux termes du paragraphe 3, le distributeur était tenu «de ne vendre les produits livrés par WSC en aucun cas à des revendeurs mais seulement à des consommateurs finals».

Tous les restrictions susmentionnées à la distribution — dans la mesure où elles subsistaient — ont été supprimées par les intéressés au cours de l'enquête de la Commission.

B. APPRÉCIATION JURIDIQUE

I. APPLICATION DE L'ARTICLE 85 PARAGRAPHE 1 DU TRAITÉ CEE

Selon l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de

restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

Toutes les parties en cause sont des entreprises au sens de cette disposition.

1. **Les accords entre WSI et les titulaires de licence allemands**

a) La limitation, pour les titulaires de licence, du droit d'exploitation de l'invention sous licence seulement à certains types de flotteurs, définis par le contrat, sur lesquels seuls pouvaient être montés les gréements brevetés, ainsi que l'obligation, pour les titulaires de licence, de présenter au donneur de licence pour agrément avant la mise sur le marché, tout nouveau type de flotteur prévu pour le montage des gréements brevetés, constituaient une restriction de la liberté d'entreprise des titulaires de licence au sens de l'article 85 paragraphe 1 du traité.

aa) La portée de la protection du brevet — même si cette protection couvrait le flotteur également en Allemagne — ne pourrait en aucun cas à elle seule justifier lesdites restrictions pour autant qu'il s'agissait de restrictions d'application à l'intérieur d'un même domaine technique d'application — à savoir la construction de planches à voile allant sur l'eau.

bb) D'autre part, le droit dont WSI se prévalait d'exercer un contrôle de qualité et de sécurité sur les flotteurs ne découlait pas de l'objet spécifique du brevet, tout au moins dans le cas d'espèce, de sorte que la restriction qui en résultait pour les licenciés n'échappe pas à l'application de l'article 85 paragraphe 1.

Dans le cadre de l'objet spécifique du brevet, un tel droit ne se justifierait que dans la mesure où les exigences de qualité et de sécurité imposées par le donneur de licence portent uniquement sur un produit effectivement couvert par le brevet ou une partie protégée de celui-ci, dans la mesure où de plus elles ne doivent garantir que la mise en œuvre effective de l'instruction technique donnée dans le brevet et appliquée par le titulaire de licence, et dans la mesure où elles ont été fixées dès le début et selon des critères objectivement vérifiables.

Il n'est guère utile de s'étendre ici sur la portée effective de la protection des brevets en cause, et notamment du brevet allemand n° 19 14 602.4-22, car, en tout état de cause, le droit que WSI s'était réservé, dans les accords de licence, de contrôler la qualité et la sécurité du produit était formulé d'une manière tellement vague qu'il ne répondait pas aux critères susmentionnés, mais soumettait dans une large mesure la politique des licenciés en matière de modèle aux seuls *desiderata* du donneur de licence. Au cours de la procédure de la Commission, WSI a certes soumis une liste, établie par elle, des critères techniques qu'elle prétend avoir appliqués au contrôle des flotteurs. Mais, indépendamment de la question de savoir si cette liste répond ou non aux principes susmentionnés, force est de constater qu'elle n'était pas incluse dans les accords examinés et qu'elle ne liait donc pas les parties contractantes.

En théorie, les titulaires de licence auraient cependant pu agir en justice contre tout refus d'autorisation d'un flotteur de la part de WSI considéré comme «déraisonnable». En pratique, ils ne pouvaient le faire, sous peine de nuire à leurs rapports avec le donneur de licence. En outre, pareille procédure aurait considérablement retardé l'introduction sur le marché de nouveaux modèles par un titulaire de licence, limitant ainsi sa liberté d'entreprise.

Dans la mesure où WSI — indépendamment de la portée de la protection du brevet — invoque la nécessité de veiller à la qualité et à la sécurité en raison de la responsabilité qui lui incomberait, en qualité de donneur de licence du fait du produit aux États membres, cet élément ne joue, de toute façon, aucun rôle dans le cas d'espèce, étant donné la situation juridique différente qui existe dans les États membres de la Communauté. Il convient de noter en outre à cet égard que WSI n'a pas procédé à un contrôle courant de la production auprès des titulaires de licence.

cc) Si le droit que WSI s'est réservé d'approuver la qualité et la sécurité des flotteurs n'échappe donc pas à l'application de l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE, ses exigences en la matière étant trop imprécises, il en va de même du droit invoqué par WSI de contrôler au préalable tout nouveau flotteur pour empêcher une imitation servile de ceux déjà mis dans le commerce.

La protection contre l'imitation servile ne fait pas partie de l'objet spécifique d'un droit de propriété industrielle quelconque, mais est un moyen de défense accordé par les tribunaux de nombreux pays contre l'imitation déloyale de produits par des concurrents. Même si l'on part du principe que l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE a pour but de protéger uniquement les formes de concurrence loyale, on ne peut nier que, dans le cas précis, il est difficile de

définir exactement les limites de l'imitation servile et cela dépend pour une large part du pouvoir d'appréciation considérable dont dispose le tribunal saisi. Si, par une clause contractuelle appropriée, le donneur de licence s'érige en arbitre unique à la place du tribunal pour statuer sur tout cas douteux futur, il est à craindre qu'il n'exploite ce pouvoir discrétionnaire uniquement en sa faveur, et ne restreigne la liberté de concurrence des titulaires de licence au-delà du domaine proprement dit de la concurrence déloyale.

En particulier, le donneur de licence acquiert ainsi la possibilité de réduire la concurrence des titulaires de licence tant envers lui qu'entre eux, en isolant les uns des autres les produits de ses licenciés au moyen d'une approbation « sélective ».

La teneur des diverses consultations qui ont lieu entre WSI et les différents titulaires de licence à l'occasion de l'autorisation de nouveaux types de flotteurs, montre que WSI a, en l'espèce, délibérément fait usage de cette possibilité, avec l'approbation des titulaires de licence (voir point A.IV.3): s'il n'y était guère question d'exigences de sécurité ou de critères de qualité, par contre les désavantages dans la concurrence que l'admission de nouveaux flotteurs risquait d'entraîner pour les intéressés y étaient abondamment discutés.

Il n'existait donc, sous aucun aspect juridique, de motif de soustraire cette restriction imposée aux titulaires de licence à l'application de l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE.

b) L'obligation imposée aux titulaires de licence de vendre les éléments couverts par le brevet allemand n° 19 14 602.4-22, donc spécialement les gréements, uniquement ensemble avec les flotteurs approuvés par le donneur de licence, c'est-à-dire uniquement en tant que planches à voile complètes — sauf en cas de fourniture de pièces de rechange —, constituait également une restriction de concurrence interdite en vertu de l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE. Elle limitait la liberté des licenciés de décider s'ils voulaient intervenir sur le marché en tant que producteurs et distributeurs de seuls flotteurs de leur propre fabrication ou livrer également des gréements également séparément à des tiers. Ceci empêchait en même temps d'autres producteurs et distributeurs de flotteurs d'offrir avec succès des flotteurs aux licenciés ou bien de compléter leur propre gamme par les gréements des licenciés.

aa) Bien que cette obligation ne figurât expressément que dans les accords conclus avec Shark, SAN, Klepper et Marker, elle était implicite dans les autres accords puisque les titulaires de licence n'étaient notamment autorisés à vendre que le produit sous licence, déterminé par le donneur de licence en fonction du type de flotteur qu'elle avait approuvé, et défini par lui comme étant une planche à voile complète. Dans la mesure où WSI conteste cette interprétation des accords, elle s'appuie sur des extraits de ceux-ci, sans les replacer dans leur contexte. Au surplus, le comportement de WSI et de ses représentants indique à suffisance qu'elle même comprenait les accords dans le sens précité et qu'elle les faisait comprendre de cette manière à ses preneurs de licence. C'est ainsi qu'à maintes reprises des pressions ont été exercées sur les titulaires de licence — même si leur contrat, à l'instar de celui d'Akutec, ne contenait pas expressément l'interdiction visée — pour qu'ils renoncent à fournir séparément des gréements, sauf en cas de fourniture de pièces de rechange (voir point A.IV.3).

Les licenciés se sont dès lors abstenus, en règle générale, de fournir des gréements seuls, malgré les demandes des tiers dans ce sens. WSI croit pouvoir expliquer cela par le fait qu'il s'agissait de décisions autonomes, prises par chaque titulaire de licence, et dictées par leur intérêt propre à ne préparer, dans le cadre de leurs capacités de production, des gréements que pour les flotteurs de leur propre fabrication en vue de les vendre eux-mêmes en tant que planches à voile complètes. Mais il convient à cet égard de noter que, en raison même des obligations contractuelles des licenciés, obligations explicites directes ou au moins indirectes, il ne pouvait s'agir seulement d'une décision autonome de leur part. De plus, ces décisions ont été prises sous la pression des multiples « avertissements » adressés à tous les titulaires de licence, comportant entre autre la menace d'une résiliation prématurée de l'accord. Quant à l'intérêt économique propre des titulaires de licence, la déclaration de WSI est contredite par le fait qu'il n'existe aucun lien technique entre la production de gréements et celle de flotteurs; beaucoup de titulaires de licence ne fabriquent d'ailleurs pas eux-mêmes les gréements, mais les achètent à divers sous-traitants spécialisés. La livraison séparée de gréements pouvait donc être économiquement fort intéressante, de sorte que l'obstacle qui y était mis constituait une restriction sensible de la concurrence.

bb) Cette restriction n'était pas non plus couverte par l'objet spécifique du brevet existant en Allemagne et elle reste ainsi dans le champ de

l'application de l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE, puisque, en Allemagne, la protection du brevet ne concerne que le gréement.

Le brevet en cause vise une combinaison. Le flotteur, pour être protégé, devrait donc faire partie de la combinaison. Les éléments de la combinaison cités dans les revendications — lesquelles déterminent au premier chef l'étendue d'un brevet (voir article 84 de la convention sur les brevets européens) — sont uniquement ceux d'un gréement, dont la configuration particulière et l'action réciproque produisent des effets nouveaux. Là où les revendications du brevet mentionnent le flotteur, ce n'est manifestement que pour décrire le contexte général, matériel et technique, dans lequel ces effets sont appelés à se produire.

Le résultat est le même si l'on se réfère à la description du brevet et aux dessins correspondants. Les éléments d'une combinaison, sur lesquels l'idée de l'invention ne porte pas directement, ne font pas partie d'une combinaison protégée, même si leur utilisation y est prévue, et même s'ils sont indispensables. La description du brevet et la solution proposée (voir point A.IV.1) ont pour unique objet un nouveau système de voilure pour planches flotteuses. L'invention protégée par le brevet se limite à cela. C'est ce que révèle aussi l'exposé de l'état de la technique dans la description du brevet, d'où il ressort que certains dispositifs manuels de gréage étaient déjà connus pour usage sur des « planches de *surf* ». L'octroi d'un brevet ne se conçoit que si l'état de la technique est surpassé.

Même si l'on voulait, laissant de côté la règle d'interprétation actuelle de l'article 14 de la loi allemande sur les brevets (voir aussi l'article 69 de la convention sur le brevet européen), étendre la portée de la protection du brevet à des éléments qui concrétisent seulement l'idée générale de l'inventeur, au plus de la jurisprudence allemande constante jusqu'alors, la conclusion reste la même, puisque l'idée de l'inventeur porte uniquement sur un nouveau système de voilure, auquel le flotteur n'appartient pas en tant que tel.

Cette interprétation est confirmée par le déroulement de la procédure d'octroi devant l'office allemand des brevets. La limitation de la revendication du brevet au gréement par cet office est clairement exprimée dans la modification de la revendication principale déposée à l'origine, qui portait sur un « gréement de planche à voile », et dans la nouvelle formulation de l'objet du brevet et de la solution dans la description du brevet. L'office allemand des brevets a été suffisamment clair à cet égard dans les explications qu'il a fournies au demandeur. Cette interprétation est également confirmée par les jugements déjà rendus par des tribunaux allemands en la matière, et notamment par l'arrêt précité de la Cour fédérale du 10 décembre 1981, dont l'exposé des faits ne mentionne pas le flotteur en tant qu'élément de la combinaison protégée. La situation étant claire, il n'est pas opportun d'attendre l'issue définitive de l'action en violation du brevet engagée par WSI contre un importateur de flotteurs [voir point A.IV.3.b)], et qu'elle considère comme un « procès-type », d'autant plus qu'un arrêt favorable à WSI ne définirait nullement la portée du brevet avec effet *erga omnes*.

Eu égard aux considérations qui précèdent, la question de savoir si l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE serait inapplicable si le brevet allemand couvrait effectivement le flotteur peut rester ouverte.

cc) Enfin, l'obligation imposée aux preneurs de licence de fournir des gréements seulement ensemble avec des modèles de flotteurs approuvés, même vue sous l'angle de la « violation indirecte » du brevet, ne découlait pas davantage de l'objet spécifique du brevet. Il s'agit en l'occurrence du droit du titulaire du brevet d'interdire aux tiers d'offrir en vente ou de livrer, sans son consentement, « à quiconque n'est pas habilité à exploiter l'invention brevetée, des éléments directement liés à une partie essentielle de l'invention, en vue de l'exploitation de celle-ci, lorsque le tiers sait ou qu'il ressort des circonstances que ces éléments sont de nature ou sont destinés à être utilisés en vue de l'exploitation de l'invention » (voir article 10 premier alinéa de la loi allemande sur les brevets dans la version publiée le 16 décembre 1980, BGBl 1981, première partie, page 1). D'après la teneur et l'étendue de la revendication du brevet en Allemagne, il est douteux que les flotteurs constituent des « éléments » au sens de cette disposition. En tout état de cause, il n'en résulterait aucun droit d'interdire aux titulaires de licence de mettre les produits brevetés en vente sans les « éléments » au sens de cette disposition. En effet, au sens de cette disposition, les titulaires de licence sont, d'une ma-

nière tout à fait générale, « des personnes habilitées à exploiter l'invention brevetée ». Pour la même raison, une telle interdiction ne saurait s'appliquer à l'égard des fabricants de flotteurs non titulaires de licence, tout au moins dans la mesure où ils se limitent à fabriquer de tels flotteurs et à offrir ceux-ci aux titulaires de licence pour y monter les gréements brevetés ou à acheter à ces derniers des gréements pour les monter sur leurs propres flotteurs.

c) La restriction de concurrence visée ci-dessus s'est retrouvée dans le monde de calcul des redevances établi dans les contrats, en fonction du prix de vente net de la planche à voile complète offerte par le titulaire de licence. En l'espèce, cette obligation tombait, elle aussi, — dans la mesure où elle intéressait les planches à voile fabriquées au titre du brevet allemand n° 19 14 602.4-22 — sous le coup de l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE.

Si le calcul des redevances, dans le cas de licence à la pièce, n'est pas effectué à partir des produits fabriqués conformément à l'invention brevetée, les produits du titulaire de la licence risquent de supporter des charges plus lourdes que ceux de ses concurrents, charges que l'avantage représenté par l'exploitation du brevet ne peut compenser. Il a déjà été dit que le brevet allemand ne comprend pas le flotteur. Dans de nombreux cas cependant, il peut cependant s'avérer nécessaire, pour des raisons pratiques, de calculer les redevances non pas par référence à l'objet breveté en tant que tel, mais par référence à un produit à un stade de fabrication plus avancé, auquel l'objet breveté est incorporé et avec lequel il est offert sur le marché. Les raisons peuvent notamment consister dans le fait que les unités produites ou utilisées vu leur valeur sont difficiles à saisir séparément dans le cadre d'un processus de production complexe, ou qu'il n'existe pas pour l'objet breveté lui-même, de demande, que le preneur de licence serait empêché de satisfaire en raison de ce mode de calcul. Dans de telles conditions, ce mode de calcul peut être considéré comme neutre sur le plan du droit de la concurrence; par contre, le seul fait qu'il soit « de pratique courante » ne le rend nullement automatiquement admissible, comme WSI l'a affirmé dans ce contexte.

Pourtant, dans le cas d'espèce, il n'existait pas d'éléments tels que ceux qui viennent d'être cités: il n'y a pas de lien technique entre la production des gréements et de leurs éléments, d'une part, et celle des flotteurs, d'autre part. Les titulaires de licence eux-mêmes achètent une grande partie des flotteurs à divers sous-traitants qui les facturent séparément. Même si un produit final prêt à l'usage ne s'obtient que par la combinaison du flotteur et du gréement, n'importe qui peut réaliser cette combinaison si aisément qu'il existe une forte demande pour chaque élément, demande émanant tant des fabricants d'autres types de flotteurs que des grossistes et des détaillants, et des consommateurs finals. Vu l'expansion croissante du sport de la planche à voile, il faut même s'attendre à une progression encore plus forte de cette demande puisque de plus en plus de sportifs expérimentés achètent différents flotteurs adaptés aux divers domaines d'application, ces flotteurs pouvant toutefois tous être équipés avec le même gréement.

Tandis que des raisons techniques objectives ne pouvaient donc pas motiver ce mode de calcul des redevances, celui-ci constituait pour les licenciés un obstacle pour agir sur le marché des flotteurs et celui des gréements.

D'une part, il résultait de ce mode de fixation des redevances que WSI réclamait une redevance pour chacun des éléments principaux d'une planche à voile, c'est-à-dire le flotteur et le gréement, qu'un licencié fournissait. Cela signifiait que les licenciés devaient payer des redevances même dans les cas où ils voulaient seulement fournir des flotteurs non couverts par le brevet allemand.

Cela avait également pour conséquence qu'en cas de fourniture séparée d'un seul des éléments principaux, c'est-à-dire d'un flotteur ou d'un gréement, la redevance devait être calculée sur la base de la valeur fictive d'une planche à voile complète. Précisément dans le cas de la vente de gréements seuls, le mode de calcul des redevances constituait une augmentation énorme des coûts, compte tenu du fait que la valeur d'un gréement est inférieure à celle d'un flotteur. Il est vrai que des coûts d'un montant identique ou similaire auraient pu être atteints si WSI avait pu imposer un taux de redevance proportionnellement plus élevé qui aurait été basé sur le prix de vente d'un gréement seul. Mais aussi longtemps que la base de référence des redevances était uniquement la plance à voile complète, les licenciés étaient incités à répartir les coûts de ces redevances sur le flotteur et le gréement. De cette façon, la vente de gréements séparés n'était pas intéressante sur le plan économique car la recette qu'on pouvait obtenir par une telle vente aurait dû couvrir des redevances calculées sur la base du prix de vente d'un produit beaucoup plus cher. Il s'y ajouterait la difficulté pratique pour les licenciés de déterminer lequel des différents modèles de leur gamme aurait dû constituer la base d'un calcul fictif des redevances selon la valeur d'une planche à voile complète. Dans ces conditions, ladite méthode de calcul des redevances était susceptible d'empêcher les licenciés de vendre des gréements séparés et ceci indépendamment de l'interdiction expresse visant le même objectif. En

conséquence, d'une part, d'autres producteurs de flotteurs étaient empêchés de compléter leurs produits avec des gréements protégés par le brevet. D'autre part, les licenciés étaient ainsi invités à fournir aux acheteurs les flotteurs et les gréements seulement ensemble, bien qu'il existe aussi une demande distincte pour les deux éléments.

d) La limitation de la licence de fabrication du brevet allemand n° 19 14 602.4-22 à un lieu de production déterminé dans la république fédérale d'Allemagne (sauf pour Ostermann et Shark), combinée avec le droit pour WSI de résilier immédiatement le contrat au cas où les titulaires de licence changeraient leur lieu de fabrication, tombait également sous le coup de l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE.

Confronté à la menace permanente d'une résiliation, chaque licencié était obligé — au moins *de facto* — de s'abstenir de fabriquer des flotteurs et des gréements ailleurs qu'au lieu de production imposé. Ainsi il renonçait à la possibilité, offerte à tout tiers, de commencer à fabriquer et à distribuer des planches à voile dans des territoires du marché commun où WSI ne jouit d'aucune protection de brevet, sans supporter les coûts des redevances pour l'exploitation d'un brevet. Tels étaient expressément le but et l'effet des contrats conclus entre WSI d'une part et SAN, Klepper ainsi que Marker de l'autre, dans la version en vigueur jusqu'à la fin de 1980. Même si cette version a été remplacée par la suite par un texte un peu moins clair, déjà utilisé dans les autres accords de licence, il n'en résultait pas pour autant qu'une limitation n'ait pas ou n'ait plus existé en fait. Il restait que tout changement par le licencié de son lieu de fabrication pouvait entraîner la résiliation du contrat par WSI, indépendamment d'ailleurs du point de savoir — ainsi que WSI l'a affirmé au cours de la procédure — si la fabrication avait été transférée dans sa totalité ou seulement en partie hors du territoire couvert par le brevet.

WSI parvenait ainsi en l'espèce à se faire payer des redevances sur toutes les planches à voile vendues par les titulaires de licence dans l'ensemble du marché commun, puisque, en fait, elles ne pouvaient être fabriquées hors du territoire couvert par la licence. Certes, la fabrication du produit breveté est réservée exclusivement au titulaire du brevet, de sorte que l'obligation faite au preneur de licence de payer des redevances, s'il entreprend cette activité dans la sphère d'application d'un brevet, est couverte par l'objet spécifique de celui-ci. Toutefois, l'objet spécifique du brevet ne peut plus être invoqué dès lors que le titulaire du brevet, par la formulation des conditions d'octroi de la licence, empêche au moins en fait le licencié de fabriquer le produit dans des territoires où la protection du brevet ne joue pas où la fabrication ne serait donc pas soumise à une redevance et s'assure ainsi indirectement une « prime d'inventeur » là où il ne jouit d'aucune protection de brevet.

C'est pourquoi, d'ailleurs, cette restriction n'était pas couverte par la communication relative aux accords de licence de brevets (*Journal officiel des Communautés européennes* n° 139 du 24 décembre 1962, page 2922/62), dans laquelle la Commission a déclaré que, sur la base des éléments qui lui étaient connus à l'époque, l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE n'interdisait pas entre autres d'imposer une restriction géographique au preneur de licence, en limitant cette dernière à une usine déterminée [loc. cit. point 4 sous b)]. De fait, cette déclaration ne vise, de toute façon, que des territoires où des brevets existent effectivement. La question de savoir si — contrairement à la communication susmentionnée — l'interdiction pour les preneurs de licence, également contenue dans cette disposition contractuelle, de transférer leur lieu de production à l'intérieur du territoire couvert par le brevet tombe aussi sous le coup de l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE peut rester ouverte aux fins de la présente procédure (1).

e) L'obligation pour les titulaires de licence d'apposer sur leurs flotteurs, fabriqués et vendus en Allemagne, la mention « sous licence Hoyle Schweitzer » ou « sous licence WSI » était contraire, elle aussi, à l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE. Cette mention donnait en effet l'impression que les flotteurs du preneur de licence avaient été fabriqués sur la base de certains droits de propriété industriels ou tout au moins d'un certain savoir-faire appartenant au donneur de licence. Mais c'est le contraire. Les titulaires de licence se trouvaient ainsi limités dans leur possibilité de manifester leur indépendance technique, au moins en ce qui concernait le flotteur, et d'asseoir la renommée de leur entreprise sur le type de flotteur développé par eux-mêmes.

f) De même l'obligation imposée par contrat aux titulaires de licence allemands de reconnaître les marques verbales « Windsurfer » ou « Windsurfing » et la marque figurative (« Logo »), utilisées jusqu'alors par Ten Cate en Europe pour ses planches à voile, comme marques valables, constituait une infraction à l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE.

---

(1) Voir quatrième rapport sur la politique de concurrence (1974) n° 22 ss.; cinquième rapport sur la politique de concurrence (1975) n° 11, où la Commission, le marché intérieur étant en principe réalisé, s'est depuis lors déjà éloignée de la thèse selon laquelle les restrictions géographiques prévues dans des contrats de licence de brevet ne seraient en principe pas susceptibles de tomber sous le coup de l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE. Voir aussi le *Journal officiel des Communautés européennes* n° C 58 du 3 mars 1979, page 11, où la Commission a fait part de son intention d'abroger cette communication.

Dans le cas d'espèce, WSI et Ten Cate ont eux-mêmes laissé entendre qu'il est fort douteux que ces signes soient suffisamment distinctifs et se demandent, en particulier, si les dénominations « Windsurfer » et « Windsurfing » ne sont pas devenues, dans le langage courant, l'expression usuelle pour désigner ce genre de sport et l'équipement sportif qui s'y rapporte. Or, d'après les législations de tous les États membres, cette circonstance constituerait un obstacle à l'enregistrement de ces signes ou à leur maintien comme marques valables (1).

En renonçant par contrat à faire valoir cette circonstance, les titulaires de licence se privaient de la possibilité d'utiliser des noms ou des symboles qui évoquent peut-être pour un large public, d'une manière générale et sans désigner une entreprise spécifique, une certaine activité sportive d'une façon flagrante. Cette possibilité pouvait constituer pour les preneurs de licence un élément important dans leur stratégie commerciale, surtout dans le domaine de la publicité. À l'inverse, WSI s'assurait un avantage concurrentiel non justifié si elle arrivait à s'arroger le monopole de tels noms et symboles. Contribuait à cette fin l'obligation pour les preneurs de licence de ne pas attaquer les marques. La question de savoir si une clause d'interdiction de contester une marque de fabrique tombe aussi sous le coup de l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE quand elle est incluse dans un accord de licence portant précisément sur cette marque, peut rester ouverte aux fins de la présente procédure, car les marques en question ne faisaient justement pas l'objet de la licence en l'espèce. En tout cas, la conclusion d'un contrat de licence ne portant que sur des brevets ne doit pas servir à faire reconnaître par le titulaire de licence de brevet la validité de marques du donneur de licence ou de tiers, et à l'empêcher ainsi d'éclaircir la question de savoir si l'usage des signes en question est accessible à tous les concurrents.

g) L'obligation imposée à Ostermann et Shark de ne pas contester le brevet sous licence constituait également une infraction à l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE. Dans le cas présent, cette clause privait les titulaires de licence de la possibilité offerte à tout tiers d'éliminer un obstacle à leur activité économique, obstacle considérable vu l'importance des brevets sur le plan économique, par la voie d'une action en annulation. Une telle restriction reste importante même lorsque le brevet n'est délivré par un office des brevets qu'après examen de la nouveauté et de l'activité inventive; un tel examen en effet n'implique pas que, au moment de l'examen de la question de savoir si un brevet doit être délivré pour une invention, il faille renoncer à toute opposition ou action en annulation par des entreprises intéressées à la non-délivrance du brevet. Même lorsqu'un titulaire de licence n'est en mesure de contester le brevet qu'à travers les informations que lui communique le donneur de licence, l'intérêt public de veiller à une concurrence en principe libre et ainsi de détruire un monopole accordé éventuellement à tort au donneur de licence l'emporte sur les relations privilégiées existant entre les partenaires d'un contrat de licence.

h) Les clauses susmentionnées étaient chacune et toutes ensemble susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Les restrictions décrites sous B.I.1.a) à c) avaient pour effet de rendre beaucoup plus difficile le commerce de flotteurs et de gréements entre la république fédérale d'Allemagne et les autres États membres. La limitation de la licence à certains types de flotteurs restreignait la demande potentielle de flotteurs fabriqués par d'autres producteurs dans d'autres États membres émanant des preneurs de licence. Ces producteurs étaient empêchés, vu l'interdiction de fournir des gréements seuls, laquelle se trouvait consolidée et renforcée par le mode de calcul des redevances, d'équiper leurs flotteurs afin de pouvoir offrir des planches à voile complètes, de sorte que leurs ventes sur le marché allemand s'en trouvaient gênées. Tel était le cas également pour des importateurs de flotteurs d'autres États membres. La fixation du lieu de production [voir point B.I.1.d)] contraignait les preneurs de licence concernés à desservir les marchés d'autres États membres uniquement à partir de la république fédérale d'Allemagne alors qu'ils auraient pu approvisionner ces marchés à partir d'autres lieux d'implantation où la production n'aurait en tout cas pas été grevée de redevances. L'obligation d'apposer sur le flotteur une mention de la licence [voir point B.I.1.e)] et l'obligation de reconnaître les marques du donneur de licence comme valables [voir point B.I.1.f)] restreignaient leurs possibilités d'expansion commerciale sur l'ensemble du territoire de la Communauté. La clause de non-contestation imposée à Ostermann et Shark [voir point B.I.1.g)] renforçait les droits que le brevet confère au donneur de licence non seulement à l'égard du preneur de licence intéressé mais aussi à l'égard de tous les concurrents dans l'ensemble de la Communauté.

Vu la position importante que les preneurs de licence ainsi que Ten Cate (WSC) occupent sur le marché allemand et l'importance économique exceptionnelle du brevet en question, ces restrictions de concurrence ont été sensibles.

(1) Voir aussi l'article 2 paragraphe 1 et l'article 14 paragraphe 2 de la proposition de première directive du Conseil tendant au rapprochement du droit des marques des États membres *(Journal officiel des Communautés européennes* n° C 351 du 31 décembre 1980, page 1) ainsi que l'article 6 paragraphe 1 de la proposition de règlement (CEE) du Conseil sur la marque communautaire *(Journal officiel des Communautés européennes* n° C 351 du 31 décembre 1980, page 5).

2. **Restrictions de concurrence au plan de la distribution**

a) Les accords de distribution exclusive, en particulier lorsqu'ils sont conclus entre entreprises d'États membres différents, peuvent tomber sous le coup de l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE en raison de l'obligation qu'ils imposent au fournisseur de livrer le produit contractuel, dans un territoire déterminé, uniquement à l'importateur exclusif et des restrictions géographiques qu'ils imposent à l'importateur exclusif en ce qui concerne la vente du produit contractuel. Les accords de distribution exclusive qui existent en l'espèce entre différentes parties ne font cependant pas en tant que tels l'objet de la procédure, dans la mesure où ils sont couverts par les exemptions de l'article 1er paragraphes 1 et 2 du règlement n° 67/67/CEE de la Commission (1).

aa) Toutefois, les accords suivants comportaient l'interdiction pour l'importateur exclusif non seulement de mener une politique de vente active en dehors de son territoire contractuel [voir article 2 paragraphe 1 sous b) du règlement n° 67/67/CEE], mais aussi d'y effectuer toute livraison quelle qu'elle soit:

1. les accords conclus entre Akutec, d'une part, et les entreprises Horwa (jusqu'en 1981), ensuite Taselaar (Pays-Bas), Ertisport (Belgique) et RaFly (Italie), d'autre part;

2. les accords conclus entre Ostermann, d'une part, et les entreprises Thijs (Pays-Bas) et d'Ieteren (Belgique), d'autre part, entre Klepper, d'une part, et les entreprises Telstar (Pays-Bas), Intersurf (Italie), Media Loisirs (France) et Citabel Sports (Luxembourg), d'autre part, ainsi qu'entre Shark, d'une part, et Renka Sports (Pays-Bas), d'autre part.

Pour les accords visés au point 1, ces restrictions ressortent du libellé même de l'accord type. Les accords visés au point 2 prévoient uniquement l'obligation d'obtenir le consentement du fournisseur pour les livraisons en dehors du territoire contractuel; cette obligation affecte néanmoins les possibilités de vente de l'importateur exclusif. Il s'agissait dès lors de restrictions de concurrence au sens de l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE. L'interdiction absolue de livrer en dehors du territoire contractuel ou la possibilité de refuser l'autorisation de livrer permettent de cloisonner complètement les territoires de vente des différents intéressés. Ces accords avaient donc pour objet d'affecter les échanges entre États membres d'une façon qui n'était plus couverte par le règlement n° 67/67/CEE.

bb) Sur le marché allemand, les entreprises Akutec, Ostermann, Klepper et Shark occupent ensemble une position importante (40 % environ). Séparément elles y occupent d'ailleurs une position appréciable. Si leurs parts de marché respectives sont fort différentes, aucune n'est à ce point faible que le cloisonnement du marché allemand recherché par les interdictions de réimporter ne serait pas sensible.

Les produits de Akutec, Ostermann, Klepper et Shark sont également bien introduits dans les autres États membres, et notamment sur les importants marchés français et néerlandais (voir point A.III.2). Leurs parts du marché sont inégales et n'ont pu être déterminées avec précision, en raison de la relative nouveauté du marché des planches à voile et des fluctuations qui en résultent; toujours est-il que l'exportation vers les États membres constitue pour ces entreprises un élément important de leurs activités. Aussi, l'exclusion totale des livraisons directes des importateurs exclusifs dans les autres territoires de vente de la Communauté, recherchée par les accords, doit-elle être considérée comme une restriction sensible de la concurrence.

b) Dans des contrats de livraison standardisés, Akutec (voir «passeport de distributeur») et WSC et Ostermann (voir «contrats de partenaire») avaient obligé les détaillants en Allemagne à vendre leurs planches à voile uniquement à des consommateurs finals.

aa) Cette obligation empêchait les détaillants de fournir également d'autres revendeurs et constituait une restriction de concurrence au sens de l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE — tout au moins dans la mesure où cette interdiction visait l'approvisionnement de revendeurs dans d'autres États membres.

bb) Ces accords affectaient en l'espèce de façon sensible le commerce intracommunautaire. Les planches à voile de Akutec et Ostermann ainsi que celles de Ten Cate distribuées en Allemagne par WSC sont en vente dans de nombreux États membres. Elles sont particulièrement bien implantées sur les marchés français et néerlandais (voir point A.III.2). Des revendeurs dans ces territoires auraient pu en principe être inté-

(1) JO n° 57 du 25. 3. 1967, p. 849/67.

ressés à acheter ces produits auprès de revendeurs sur le marché allemand où, pendant la période faisant l'objet de l'enquête, Ten Cate (WSC) et Ostermann ont occupé une place importante (15 % et 25 %) et Akutec une place appréciable (7 %). Il y a lieu de noter en outre que, par le comportement analogue de ces trois entreprises, près de la moitié de l'offre sur le marché allemand a été soustraite à un commerce intracommunautaire potentiel.

II. APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE 85 PARAGRAPHE 3 DU TRAITÉ CEE

Aux termes de l'article 85 paragraphe 3, les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables à tout accord qui contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans

a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,

b) donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Aucun des accords et pratiques concertées examinés en l'espèce n'a été notifié à la Commission, de sorte que, pour des raisons de forme, conformément à l'article 4 paragraphe 1 du règlement n° 17, l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité CEE est en principe exclue.

1. Les accords de licence de brevet ne relevaient pas davantage de l'article 4 paragraphe 2 point 2 sous b) du règlement n° 17; ceci s'appliquait de toute façon à l'obligation de ne vendre des gréements fabriqués selon le brevet allemand qu'ensemble avec des types de flotteurs approuvés auparavant; en effet, cette obligation non seulement restreignait les licenciés dans leur exercice du droit de protection concédé, c'est-à-dire dans la réalisation de l'invention protégée, mais elle les privait aussi de la liberté de décider si et dans quelle mesure ils voulaient se présenter en tant que concurrents sur le marché des flotteurs non couverts par le brevet allemand. Bien qu'il y ait un rapport entre le marché des gréements et celui des flotteurs, dans la mesure où les gréements ne forment un produit final utilisable qu'ensemble avec des flotteurs, il faut néanmoins distinguer les deux marchés en ce qui concerne la demande. De la même manière, les dispositions contractuelles concernant le calcul des redevances selon le prix de vente d'une planche à voile complète ainsi que celles concernant l'obligation d'apposer une mention de la licence sur le flotteur dépassaient les limites des restricitions non soumises à la notification conformément à l'article 4 paragraphe 2 point 2 sous b).

Cet article ne s'applique pas non plus à l'obligation de reconnaître les marques de fabriques de WSI/Ten Cate comme valables, car ces droits ne faisaient justement pas l'objet des contrats de licence. Cet article ne s'applique pas davantage à l'obligation imposée à Ostermann et Shark de ne pas contester les droits licenciés. En effet, cette dernière obligation avait pour but d'empêcher les preneurs de licence de contester l'existence même des droits de protection, mais non de restreindre l'exercice de ces droits par les preneurs de licence.

Au demeurant, il n'apparaît pas que les conditions de l'article 85 paragraphe 3 du traité CEE aient été remplies:

— La limitation des licences à certains types de flotteurs et l'obligation de faire approuver les nouveaux flotteurs n'avaient d'autre effet direct que de restreindre la production et la distribution des produits. Les exigences de qualité et de sécurité imposées au produit sous licence, qui dépassent l'objet spécifique du brevet, peuvent néanmoins entraîner, dans certains cas, une amélioration de la production et réserver un profit aux utilisateurs. C'est pourquoi on ne peut nier en principe l'intérêt que présente également pour le donneur de licence le respect de pareilles normes. Même s'il n'a guère de contacts, en tant que fabricant et vendeur du produit sous licence, avec l'utilisateur dans le territoire concédé, ce dernier peut néanmoins se faire une certaine idée de l'identité du titulaire du brevet et de la «valeur» de l'invention brevetée, soit que l'invention ait fait l'objet d'un débat public, soit que le titulaire du brevet lui-même ait attiré l'attention sur lui grâce à la mention de la licence, soit que l'utilisateur ait rencontré le titulaire du brevet offreur sur des marchés hors du territoire concédé. L'établissement de pareilles normes recèle cependant aussi des dangers particuliers pour l'autonomie d'entreprise du titulaire de licence et pour la libre concurrence sur le marché en cause. C'est pourquoi elles doivent se limiter objectivement si nécessaire, avoir été communiquées préalablement au titulaire de licence sous une forme claire et détaillée et s'appliquer indistinctement à tous les preneurs de licence et au donneur de licence. Ces conditions n'étaient pas remplies en l'espèce, compte tenu de l'imprécision de la clause contractuelle visée, et cela d'autant plus que le contrôle des flotteurs devait contribuer en même temps à maintenir un «écart» suffisant entre tous les concurrents.

— L'obligation de ne vendre les gréements qu'en combinaison avec des planches à voile complètes n'avait d'autre effet que de restreindre la distribution du produit.

— L'obligation de payer des redevances sur la base du prix de vente des planches à voile complètes, ainsi que l'obligation d'apposer sur les flotteurs la mention «sous licence Hoyle Schweitzer», servaient uniquement à consolider et à renforcer les restrictions de concurrence susmentionnées.

— De même, la fixation du lieu de production des preneurs de licence, l'obligation qui leur était imposé de reconnaître certaines marques comme légalement valables, ainsi que l'obligation faite à Ostermann et Shark de ne pas contester les brevets sous licence, ne permettaient de produire aucune amélioration ni aucun avantage au sens de l'article 85 paragraphe 3 du traité CEE.

2. Les accords de distribution passés par Akutec, WSC et Ostermann avec des détaillants en Allemagne ne relevaient pas davantage de la disposition de l'article 4 paragraphe 2 point 1 du règlement n° 17. En effet, l'interdiction qui y était convenue d'approvisionner d'autres revendeurs s'étendait sans limitation aussi à toute livraison éventuelle à des revendeurs dans d'autres États membres et comportait dès lors une interdiciton d'exporter, ce qui avait pour conséquence que l'importation et l'exportation au sens de cette disposition étaient également touchées par ces accords.

En outre il n'apparaît aucun élément susceptible de justifier l'exemption de ces restricitions au titre de l'article 85 paragraphe 3 du traité CEE. Certes, les accords qualifiaient de «spécialistes» les détaillants ainsi tenus, et les entreprises concernées ont invoqué la nécessité, en raison du caractère particulier du produit (planches à voile), d'exercer un contrôle sur la qualification des commerçants. Aucune des entreprises visées n'a cependant cité de critères objectifs ayant présidé au choix effectif des commerçants. Par ailleurs, à supposer que le système de distribution sélective ait été acceptable en soi, l'interdiction générale de toute livraison à d'autres revendeurs, même s'ils appartenaient au système, aurait constitué une restriction excessive.

III. APPLICATION DE L'ARTICLE 15 PARAGRAPHE 2 SOUS A) DU RÈGLEMENT N° 17

Selon l'article 15 paragraphe 2 sous a) du règlement n° 17, la Commission peut, par voie de décision, infliger à des entreprises des amendes de mille unités de compte au moins et d'un million d'unités de compte au plus, ce dernier montant pouvant être porté à dix pour cent du chiffre d'affaires réalisé au cours du dernier exercice social précédent par chacune des entreprises ayant participé à l'infraction, lorsqu'elles ont, de propos délibéré ou par négligence, commis une infraction à l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE. Pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci.

1. Culpabilité

a) *Contrats de licence de brevet*

Si WSI et les preneurs de licence ont pu à l'origine croire que l'interdiction de fournir des gréements seuls, le calcul des redevances sur la base du prix de vente de la planche à voile complète et la mention de la licence sur le flotteur étaient couverts par l'étendue du brevet allemand tel qu'il a été déposé à l'origine, ils ne pouvaient plus, de bonne foi, continuer à soutenir ce point de vue après la rédaction définitive du brevet retenue par l'office allemand des brevets au début de 1974 en vue de sa publication, le 27 juin 1974. Le processus d'élaboration de cette version et son libellé indiquaient à suffisance que la protection du brevet ne porte que sur le gréement. Si WSI, dans les procédures pendantes contre des tiers, continue à prétendre que la protection du brevet s'étendait en Allemagne aussi au flotteur et que les restrictions susmentionnées relevaient par conséquent de l'objet spécifique du brevet, le maintien de ce point de vue juridique ne peut cependant pas — au moins en ce qui concerne l'applicabilité des règles de concurrence du traité CEE — éliminer le grief d'infraction par négligence. Il en irait de même s'il était prouvé que des tiers offrant des flotteurs pouvaient, dans certaines circonstances, se rendre coupables d'une «violation indirecte du brevet» sur le marché allemand. En effet, les preneurs de licence peuvent, en tant que personnes habilitées à exploiter l'intervention, de toute façon livrer des gréements à tout le monde et acheter des flotteurs à tout le monde. En ce qui concerne les restrictions citées, la culpabilité des preneurs de licence doit toutefois être considérée comme légère, étant donné qu'ils étaient obligés de se soumettre aux conditions imposées par WSI pour pouvoir obtenir une licence. Dans la mise en œuvre des accords de licence également, c'était en premier lieu WSI qui insistait sur le respect des restrictions et qui cherchait en particulier à empêcher la fourniture séparée des gréements, de sorte que la culpabilité déterminante pour l'application de l'article 15 paragraphe 2 incombe dans cette mesure à WSI seul tandis qu'il n'y a pas lieu d'infliger d'amendes aux preneurs de licence.

Dans l'évaluation de la culpabilité de WSI, la Commission tient compte du fait qu'aucune décision n'a

jusqu'à présent été prise sur des restrictions du type en cause en l'espèce.

La culpabilité de WSI, Ostermann et Shark en ce qui concerne l'interdiction de contester le brevet sous licence doit être évaluée tout à fait indépendamment de leur propre appréciation de la situation en matière de brevets. La communication de la Commission relative aux accords de licence de brevet du 24 décembre 1962, citée plus haut, ne mentionne pas de clauses de non-contestation de ce genre parmi les clauses admissibles, à l'époque, au regard de l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE. La pratique constante de la Commission en matière de décisions depuis 1972 a été d'insister sur l'incompatibilité de telles clauses avec cette disposition (1). Si les parties ignoraient cette situation juridique, elles sont pour le moins coupables de négligence grave. Toutefois, la culpabilité des preneurs de licence Ostermann et Shark doit être considérée comme légère sur ce point aussi, puisqu'elles devaient, ici encore, se plier à cette condition imposée par WSI; pour cette raison il convient également de n'infliger d'amende qu'à WSI.

WSI soutient au contraire qu'elle aurait été obligée de reprendre cette clause contractuelle étant donné qu'elle aurait été convenue à l'origine entre Ten Cate et les entreprises intéressées, et que ces dernières, au moment du transfert de l'accord de licence à WSI, auraient refusé qu'il soit modifié en quoi que ce soit. Cette affirmation ne peut être acceptée car la clause de non-contestation est un accord qui pèse uniquement sur les preneurs de licence. Cette affirmation n'a pas non plus été confirmée par les preneurs de licence.

b) *Restrictions de concurrence au plan de la distribution*

Dès 1964, la pratique constante de la Commission en matière de décisions (2), qui a été confirmée à plusieurs reprises par la Cour de justice des Communautés européennes (3), a consisté à dire que les interdictions d'exporter ou de réimporter imposées à des distributeurs exclusifs ainsi que les interdictions imposées aux revendeurs d'approvisionner d'autres revendeurs, en raison de leur tendance à cloisonner les marchés nationaux, constituent des infractions aux règles de concurrence de la Communauté, dans la mesure où les restrictions vont au-delà des limites tracées par le règlement n° 67/67/CEE et ne se bornent pas à assurer le respect des conditions d'un sytème de distribution sélective.

Les entreprises Ostermann, Akutec, Klepper, Shark et WSC, qui ont participé aux restrictions de concurrence constatées en l'espèce ont commis délibérément une infraction à l'une des interdictions fondamentales contenues dans les règles de concurrence de la Communauté; en effet, dans tous les cas mentionnés, elles ont cherché directement à cloisonner les différents marchés nationaux. Le fait que les entreprises concernées ne connaissaient peut-être pas exactement la portée de ces règles n'est pas pertinent car elles connaissaient de toute façon l'effet restrictif de la concurrence de leurs accords et voulaient ce résultat (4).

2. **Gravité et durée de l'information**

a) *Accords de licence de brevet*

L'interdiction de la vente séparée de gréements et les restrictions connexes portant sur le calcul des redevances et l'apposition de la mention de la licence ont eu une influence sensible sur l'offre de planches à voile en Allemagne. D'autres fournisseurs de flotteurs de la Communauté, qui auraient voulu commercialiser ceux-ci sur le marché allemand en combinasion avec les gréements fabriqués sous licence, en ont été en principe empêchés, même si, en pratique, cela n'a pas toujours été tout à fait le cas. L'effet de ces restrictions a dû être sensible dès la publication du brevet, le 27 juin 1974, et plus encore après l'octroi définitif du brevet par l'office allemand des brevets (décision du 31 mars 1978), puisque, au plus tard à partir de cette date, les fournisseurs auraient dû se faire livrer les gréements par les titulaires de licence s'ils ne voulaient pas courir le risque évident d'un procès en violation de brevet. Cet effet s'est enfin manifesté pleinement après la décision du 28 novembre 1979 de la Cour fédérale des brevets mettant fin au litige concernant l'octroi du brevet sous licence et confirmant pour l'essentiel la validité du brevet pour ce qui est du gréement. On peut donc estimer que ces restrictions de concurrence ont influencé sensiblement les campagnes de vente pour planches à voile des années

(1) Décision du 9 juin 1972 — Davidson Rubber (JO n° L 143 du 23. 6. 1972, p. 31 et suivantes, en particulier p. 32); décision du 18 juillet 1975 — Kabelmetal/Luchaire (JO n° L 222 du 22. 8. 1975, p. 34 et suivantes, en particulier p. 35); décision du 2 décembre 1975 — AOIP/Beyrard (JO n° L 6 du 13. 1. 1976, p. 8 et suivantes, en particulier p. 12).

(2) Voir décision du 23 septembre 1964 — Grundig/Consten (JO n° 164 du 20. 10. 1964, p. 2545/64); voir aussi, par exemple, décision du 1er décembre 1976 — Miller International (JO n° L 357 du 29. 12. 1976, p. 40); décision du 23 décembre 1977 — BMW Belgium NV (JO n° L 46 du 17. 2. 1978, p. 33); décision du 14 décembre 1979 — Pioneer Hi-Fi-Geräte (JO n° L 60 du 5. 3. 1980, p. 21); décision du 25 novembre 1980 — Johnson & Johnson (JO n° L 377 du 31. 12. 1980, p. 16).

(3) Arrêt du 13 juillet 1966, Recueil 1966, p. 429 — Grundig/Consten; voir aussi arrêt du 1er février 1978, Recueil 1978, p. 131 — Miller International; arrêt du 12 juillet 1979, Recueil 1979, p. 2435 — BMW Belgium NV.

(4) Voir arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 1er février 1978, Recueil 1978, p. 131, en particulier n° 18 — Miller International.

1978 et 1979 et de façon déterminante celles des années 1980 et 1981.

En ce qui concerne la clause de non-contestation imposée à Ostermann et Shark par WSI, il y a lieu de noter en particulier que le sytème de voilure protégé par le brevet est considéré actuellement dans le commerce comme le seul utilisable, d'où l'importance économique considérable du brevet.

b) *Restriction de concurrence au plan de la distribution*

Il est difficile d'apprécier toute l'ampleur des possibles mouvements de marchandises empêchés du fait des restrictions convenues entre Ostermann, Akutec, Klepper et Shark et les importateurs exclusifs dans d'autres États membres, d'une part, et entre Ostermann, Akutec et WSC et des distributeurs allemands, de l'autre. Ces restrictions ont été appliquées pendant deux à trois ans. Compte tenu de leur but, directement opposé à l'intégration recherchée par la Communauté, et de leur durée appréciable, ces restrictions doivent en principe être considérées comme graves. Les entreprises ont cependant pu montrer que, dans bien des cas, les restrictions aux ventes n'ont pas été appliquées; finalement, seule Ostermann aurait pris des mesures dans ce sens et encore étaient-elles de faible portée. Pour déterminer le montant des amendes, sera pris en considération, outre le chiffre d'affaires, le nombre de contrats de distribution restrictifs de concurrence conclus par chacune des entreprises concernées.

IV. APPLICATION DE L'ARTICLE 3 DU RÈGLEMENT N° 17

Si la Commission constate une infraction à l'article 85 ou 86 du traité CEE, elle peut, en vertu de l'article 3 du règlement n° 17, obliger les entreprises en cause à y mettre fin.

Toutefois, il n'est plus besoin d'obliger les parties en cause, après la levée des accords susmentionnés, tout au moins dans leur version examinée ici, à mettre fin aux infractions contenues dans ces accords. Il y a néanmoins toujours un intérêt à constater l'existence d'infractions dans le passé. Ceci résulte en premier lieu de l'article 15 paragraphe 2 du règlement n° 17, étant donné qu'une amende est infligée pour un grand nombre de ces accords. Mais ceci vaut également pour les accords restrictifs de concurrence pour lesquels aucune amende n'est infligée car il est nécessaire de clarifier vis-à-vis du public intéressé la question de savoir comment la Commission apprécie ces accords dans leur ensemble. Les parties plaignantes y ont un intérêt particulier,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

1. Les dispositions suivantes des accords de licence de brevet existants jusqu'en 1981/1982 entre WSI et les preneurs de licence Ostermann, Shark, Akutec, SAN, Klepper et Marker ont constitué des infractions à l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE:

1. l'obligation imposée aux titulaires de licence de n'exploiter les brevets sous licence que pour fabriquer des planches à voile dont WSI avait approuvé au préalable les flotteurs;

2. l'obligation imposée aux titulaires de licence de ne pas offrir les gréements fabriqués au titre du brevet allemand n° 19 14 602.4-22 séparément et sans les flotteurs approuvés par WSI;

3. l'obligation imposée aux titulaires de licence de payer les redevances pour les gréements fabriqués au titre du brevet allemand n° 19 14 602.4-22 uniquement sur la base du prix de vente net d'une planche à voile complète;

4. l'obligation imposée aux titulaires de licence d'apposer sur les flotteurs de planches à voile offertes par eux la mention «sous licence Hoyle Schweitzer» ou «sous licence WSI»;

5. l'obligation imposée aux titulaires de licence de reconnaître comme marques de fabrique valables les marques verbales «Windsurfer» et «Windsurfing», ainsi qu'une marque figurative dite «logo», représentant une voile stylisée.

2. De même constituait une infraction à l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE la possibilité, prévue dans les accords passés entre WSI et Akutec, SAN, Klepper et Marker, de résilier le contrat de licence au cas où les titulaires de licence commenceraient la fabrication dans des territoires non couverts par le brevet.

3. L'obligation imposée aux titulaires de licence, stipulée dans les accords passés avec Ostermann et Shark, de ne pas contester la validité des brevets sous licence constituait également une infraction à l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE.

Article 2

1. L'interdiction imposée au distributeur exclusif concerné d'effectuer toute fourniture en dehors de son territoire concédé ou l'obligation pour celui-ci de faire approuver par le producteur toute fourniture de ce genre, telles qu'elles étaient prévues par les accords de distribution mentionnés ci-après sous a) à d), constituaient des infractions à l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE:

a) les accords entre Akutec, d'une part, et les entreprises Horwa, Taselaar, Ertisport et RaFly, d'autre part;

b) les accords entre Ostermann, d'une part, et les entreprises Thijs et d'Ieteren, d'autre part;

c) les accords entre Klepper, d'une part, et les entreprises Telstar, Intersurf, Media Loisirs et Citabel Sports, d'autre part;

d) l'accord entre Shark, d'une part, et Renka Sport, d'autre part.

2. L'interdiction imposée à des détaillants de fournir les produits contractuels à d'autres revendeurs dans d'autres États membres, prévue par les accords mentionnés ci-après sous a) à c), constituait également une infraction à l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE:

a) les « passeports de distributeur » remis par Akutec à des détaillants;

b) les « contrats de partenaire » conclus par Ostermann avec les détaillants;

c) les « contrats de partenaire » conclus par WSC avec les détaillants.

Article 3

Des amendes sont fixées comme suit:

1. WSI se voit infliger une amende d'un montant total de 50 000 (cinquante mille) Écus, soit 113 793 marks allemands, pour l'interdiction de fournir des gréements séparément (article 1er paragraphe 1 deuxième alinéa), l'obligation de payer les redevances sur la base du prix de vente d'une planche à voile complète (article 1er paragraphe 1 troisième alinéa), l'obligation d'apposer une mention de la licence sur le flotteur de la planche à voile (article 1er paragraphe 1 quatrième alinéa), l'interdiction de fait de produire dans des territoires non couverts par des brevets (article 1er pargraphe 2) ainsi que pour la conclusion d'une clause de non-contestation (article 1er paragraphe 3);

2. pour l'interdiction imposée aux distributeurs exclusifs d'exporter dans d'autres États membres et pour l'interdiction imposée aux détaillants allemands d'approvisionner d'autres revendeurs:
   1. l'entreprise Ostermann se voit infliger une amende de 15 000 (quinze mille) Écus, soit 34 138 marks allemands;
   2. l'entreprise Akutec se voit infliger une amende de 10 000 (dix mille) Écus, soit 22 759 marks allemands;
   3. l'entreprise Klepper se voit infliger une amende de 10 000 (dix mille) Écus, soit 22 759 marks allemands;
   4. l'entreprise Shark se voit infliger une amende de 5 000 (cinq mille) Écus, soit 11 379 marks allemands;
   5. l'entreprise WSC se voit infliger une amende de 5 000 (cinq mille) Écus, soit 11 379 marks allemands;

Les montants susmentionnés seront payables dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, au compte n° 260/00/64910 de la Commission des Communautés européennes auprès de la Bankhaus Sal. Oppenheimer, à Cologne.

Article 4

Sont destinataires de la présente décision:

1. Windsurfing International Inc.
   a) 1955 West 190th Street,
   Torrance, California 90509,
   USA;
   b) à l'attention de:
   Herrn Patentanwalt Axel Hansmann,
   c/o Licht, Schmidt, Hansmann & Hermann,
   Albert-Rosshaupter-Straße 65,
   D-8000 München 70.

2. Windglider Fred Ostermann GmbH
   Comotorstraße 12,
   D-6636 Überherrn-Altforweiler.

3. Shark Wassersportgeräte GmbH
   Auf den Höhen,
   D-2830 Bassum.

4. Akutec Angewandte Kunststofftechnik GmbH
   Stäblistraße 6,
   D-8000 München 71.

5. SAN Warenvertriebsgesellschaft mbH
   Rötelstraße 30,
   D-7107 Neckarsulm.

6. Klepper Beteiligungs GmbH & Co. Bootsbau KG
   Klepperstraße 18,
   D-8200 Rosenheim.

7. Marker Surf GmbH,
   Hauptstraße 51 – 53,
   D-8100 Garmisch-Partenkirchen.

8. Windsurfing Central GmbH
   Hainburgstraße 47,
   D-6054 Rodgau.

La présente décision forme titre exécutoire au sens de l'article 192 du traité CEE.

Fait à Bruxelles, le 11 juillet 1983.

Par la Commission

Frans ANDRIESSEN

Membre de la Commission