



**Conférence
des Nations Unies
sur le commerce
et le développement**

Distr.
GÉNÉRALE

TD/B/COM.2/CLP/10
30 mars 1999

FRANÇAIS
Original : ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT
Commission de l'investissement, de la technologie
et des questions financières connexes
Groupe intergouvernemental d'experts du droit
et de la politique de la concurrence
Genève, 7 juin 1999
Point 3 i) de l'ordre du jour provisoire

**CONSULTATIONS SUR LE DROIT ET LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE, Y COMPRIS
SUR LA LOI TYPE ET LES ÉTUDES RELATIVES AUX DISPOSITIONS
DE L'ENSEMBLE DE PRINCIPES ET DE RÈGLES**

*Rapport préliminaire sur la façon dont l'exercice des droits
de propriété intellectuelle est pris en compte
dans la politique de la concurrence*

Résumé

Les droits de propriété intellectuelle, conférés par les brevets, les droits d'auteur, les marques, etc., contribuent pour une part importante à stimuler l'innovation et à soutenir la croissance économique. Ces droits permettent à leurs titulaires, pour une période de temps limitée, d'écarter d'autres parties des avantages résultant de nouvelles connaissances et, plus précisément, de l'exploitation commerciale de produits et de procédés novateurs fondés sur celles-ci. En conférant à leurs titulaires des exclusivités d'ordre juridique, les droits de propriété intellectuelle peuvent aussi leur donner la faculté d'exercer un pouvoir sur le marché, au moins lorsqu'il n'existe pas de technologies et produits analogues représentant des contraintes viables. L'exercice de ce pouvoir peut conduire à une inefficacité de la répartition des ressources. L'avantage tiré des droits de propriété intellectuelle est directement fonction de la durée et de la portée de ces droits, dont la détermination ne relève pas habituellement des responsables de la politique de la concurrence. Cette dernière n'en joue pas moins un rôle important pour limiter le pouvoir de marché associé aux droits de propriété intellectuelle, en évitant, notamment, que ce pouvoir fasse l'objet d'abus ou, par un effet de levier, soit étendu à d'autres marchés non associés. De fait, les brevets ne confèrent pas le droit d'exclure toute concurrence entre différents produits brevetés. À cet égard, il incombe à la politique de la concurrence de limiter les abus monopolistiques liés à l'exercice des droits de propriété intellectuelle, ce qu'elle fait en empêchant des entreprises titulaires de droits de propriété intellectuelle concurrents de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles.

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragraphes</u>
1. Introduction	1
2. Le rôle des droits de propriété intellectuelle pour promouvoir l'innovation	2 - 3
3. Les droits de propriété intellectuelle et le rapport entre efficience allocative et efficience dynamique	4 - 7
4. La politique de la concurrence et l'exercice des droits de propriété intellectuelle	8 - 26
5. La politique de la concurrence, les droits de propriété intellectuelle et l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce . .	27 - 28
6. Recommandations en vue des travaux futurs	29 - 31

1. Introduction

1. Le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence a, au cours de sa session tenue du 29 au 31 juillet 1998, prié le secrétariat de la CNUCED d'établir pour sa prochaine session un rapport préliminaire sur la façon dont l'exercice des droits de propriété intellectuelle est pris en compte dans la politique de la concurrence ¹ (par. 7 c) des conclusions concertées reproduites dans l'annexe I du rapport du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence (TD/B/COM.2/CLP/5)). Sur la base de ce rapport préliminaire, les délégations voudront peut-être donner de nouvelles orientations au secrétariat sur la manière de procéder en ce qui concerne la version définitive du rapport, et fournir des informations sur les politiques et les procédures nationales pertinentes pour l'application de la politique de la concurrence à l'exercice des droits de propriété intellectuelle.

2. Le rôle des droits de propriété intellectuelle pour promouvoir l'innovation

2. Les droits de propriété intellectuelle, conférés par les brevets ², les droits d'auteur ³, les marques ⁴, etc., contribuent pour une part importante à stimuler l'innovation et à soutenir la croissance économique. Ces droits permettent à leurs titulaires, pour une période de temps limitée, d'écarter d'autres parties des avantages résultant de nouvelles connaissances et, plus précisément, de l'exploitation commerciale de produits et procédés novateurs fondés sur celles-ci. La faculté d'écarter provisoirement les tiers de la jouissance des avantages potentiels résultant de l'innovation encourage les particuliers et les entreprises à consacrer des moyens financiers et humains à la recherche-développement (R-D) et à d'autres activités coûteuses afin de réaliser de nouvelles découvertes, et concevoir des produits et procédés de production novateurs.

3. En l'absence de la protection juridique qu'assurent les droits de propriété intellectuelle, des entreprises rivales seraient en droit de "parasiter" les résultats d'investissements de R-D, en imitant et exploitant commercialement de nouvelles inventions ⁵. Les droits de propriété intellectuelle contribuent aussi à favoriser la diffusion et l'application commerciale de la propriété intellectuelle. Effectivement, les entreprises seront normalement plus enclines à transférer de nouvelles technologies et inventions si elles ont la garantie d'une sécurité juridique suffisante quant à la rentabilité du partage de précieuses idées innovatrices. Dans certains cas, même en l'absence de droits de propriété intellectuelle, des entreprises peuvent néanmoins empêcher des entreprises concurrentes d'avoir accès à leurs innovations. Dans de tels cas, les droits de propriété intellectuelle ne seraient pas nécessaires pour rentabiliser les investissements. Toutefois, il n'est pas toujours possible d'écarter d'autres entreprises du partage de connaissances techniques. Par ailleurs, le maintien du secret à toute force peut entraîner un gaspillage appréciable des ressources. En l'absence de droits de propriété intellectuelle solidement établis, on constatera normalement une tendance inefficace à consacrer davantage de ressources à des activités innovatrices qui peuvent être gardées secrètes plus facilement.

3. Les droits de propriété intellectuelle et le rapport entre efficience allocative et efficience dynamique

4. Les droits de propriété intellectuelle, en ce qu'ils confèrent des droits exclusifs, peuvent aussi donner à leurs titulaires la faculté d'exercer un pouvoir de marché ⁶, au moins lorsqu'il n'existe pas de technologies et produits analogues représentant des contraintes viables. L'exercice d'un tel pouvoir peut conduire à des inefficiences allocatives : les titulaires de droits exclusifs risquent de restreindre les niveaux de production par rapport à des situations plus concurrentielles sur les marchés des biens et des services auxquels sont incorporés ces droits, afin de maximaliser leurs profits. Dès lors, si l'offre de ces biens et services était accrue, il en résulterait une plus grande prospérité de la société, par le biais d'une répartition plus efficace des ressources. Il a néanmoins été observé ⁷ que les droits de propriété intellectuelle, bien qu'ils permettent d'écartier des entreprises rivales de l'exploitation de technologies brevetées et de produits et procédés dérivés, ne confèrent pas nécessairement un pouvoir de marché à leurs titulaires ⁸. En réalité, les technologies qui peuvent être considérées, au moins jusqu'à un certain point, comme d'éventuels substituts, représentent effectivement des contraintes efficaces quant à la faculté des titulaires de droits de propriété intellectuelle de fixer le prix de leurs produits au-dessus des niveaux concurrentiels. Ce n'est que lorsque des technologies de remplacement n'existent pas que les droits de propriété intellectuelle peuvent être censés conférer à leurs titulaires des positions de monopole sur les marchés en cause définis de manière appropriée ⁹.

5. L'exercice de droits exclusifs de propriété intellectuelle conférant un pouvoir monopolistique lui-même source d'inefficiences allocatives en l'absence de technologies et produits concurrents, risque de paraître contradictoire avec ce qu'est censé être, dans la plupart des systèmes juridiques, le principal objectif de la politique de la concurrence, à savoir la protection du jeu concurrentiel pour assurer une répartition efficace des ressources, la baisse des prix et un meilleur choix pour le consommateur. Il est toutefois reconnu à cet égard que dans certaines circonstances, la société a tout à gagner de restrictions limitées du marché, de profits monopolistiques et d'inefficiences allocatives à court terme, lorsqu'il est avéré que ce sont des facteurs d'efficience dynamique et de croissance économique à long terme ¹⁰. Cet arbitrage qui doit être opéré par les responsables de la politique de la concurrence dans de nombreux domaines (fusions, coentreprises, etc.) est incontestablement un aspect essentiel de l'interaction entre politique de la concurrence et protection de la propriété intellectuelle : des inefficiences à court terme seraient le prix que la société doit payer pour obtenir la "récompense" d'une croissance économique à long terme ¹¹.

6. La nécessité de conférer des droits exclusifs pour favoriser l'innovation est un principe relativement bien admis, mais la délimitation de tels droits est une question plus complexe et délicate. Il existe toujours un risque de réduire le bien-être social en accordant des exclusivités de marché et des superprofits excessifs par rapport à ce qui serait nécessaire pour rentabiliser les investissements effectués et fournir des encouragements suffisants.

7. La "prime" résultant des droits de propriété intellectuelle est en fait directement liée à la durée et à la portée de ces droits, dont la

détermination ne relève généralement pas des responsables de la politique de la concurrence ¹². Il n'en est pas moins vrai que celle-ci joue certainement un rôle important pour limiter la portée du pouvoir de marché associé aux droits de propriété intellectuelle, en évitant, notamment, que ce pouvoir fasse l'objet d'abus ou, par un effet de levier, soit étendu à d'autres marchés non associés. Les brevets, de fait, ne confèrent pas le droit d'exclure toute concurrence entre différents produits brevetés. À cet égard, il incombe à la politique de la concurrence de limiter les abus monopolistiques liés à l'exercice des droits de propriété intellectuelle, ce qu'elle fait en empêchant les entreprises titulaires de droits de propriété intellectuelle concurrents de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles.

4. La politique de la concurrence et l'exercice des droits de propriété intellectuelle

8. De nombreuses autorités responsables de la concurrence mènent leur activité de contrôle de l'exercice des droits de propriété intellectuelle en assimilant ceux-ci à d'autres formes de propriété. Or, il existe des différences, qui tiennent au risque accru de parasitisme à l'égard des droits de propriété intellectuelle et au fait que la propriété intellectuelle se prête plus facilement à une appropriation ¹³. Par ailleurs, les pratiques anticoncurrentielles sont souvent évaluées quant à leurs conséquences tant sur les marchés de produits que sur les marchés de technologie. Effectivement, une restriction de la concurrence entre des technologies concurrentes a, quant à la réduction de la prospérité générale, des conséquences analogues à celles qui résulteraient de restrictions sur les marchés de produits.

9. Un autre principe important de la politique de la concurrence à l'égard de la concession de licence sur des droits de propriété intellectuelle, qui cadre avec la position générale adoptée dans d'autres domaines de contrôle, consiste à établir une nette distinction entre les conséquences horizontales et verticales des accords de concession de licence. Les pratiques horizontales, qui se traduisent par la coordination des activités entre concurrents effectifs ou potentiels, menacent davantage la concurrence et la prospérité générale. Il est clair qu'il y a comportement anticoncurrentiel lié à l'exercice de droits de propriété intellectuelle entre concurrents directs lorsque, par exemple, des détenteurs de technologies substituables se concèdent des licences réciproques qui constituent des accords de cartellisation déguisés visant à une tarification convenue des produits et services (concurrents) intégrant ces technologies ¹⁴. La similitude est étroite avec ces accords, pas nécessairement restreints au domaine de la propriété intellectuelle, qui sont considérés par la plupart des législations comme les formes les plus néfastes de comportement anticoncurrentiel.

10. D'autres types d'accords horizontaux entre détenteurs de technologies concurrentes comme des coentreprises peuvent aussi nuire à la concurrence, bien qu'ils soient plus vraisemblablement associés à des efficiences (réalisation d'économies d'échelle, élimination des doubles emplois en R-D, etc.), qui entraînent un avantage net pour la prospérité générale. Les autorités responsables de la concurrence, comme elles le font avec d'autres pratiques horizontales, évaluent ces types d'accords en fonction de chaque cas d'espèce, en analysant les conditions du marché sous-jacentes, comme le degré de concentration et l'intensité relative des obstacles à l'entrée. Dans le cadre de cette analyse, la part de marché détenue par les

entreprises parties à la concession de licence est en général un élément particulièrement important. Lorsque les donneurs de licences détiennent des parts limitées de marchés, les risques d'effets négatifs sur la concurrence sont moindres.

11. En revanche, les arrangements verticaux (c'est-à-dire les restrictions entre titulaires de droits de propriété intellectuelle et entreprises exploitant ces droits en tant qu'éléments de leurs activités) sont souvent considérés comme des moyens de coordonner les motivations des titulaires de licences en aval avec l'intérêt des donneurs de licences en amont, afin de réduire les frais de transaction, les comportements opportunistes et le parasitisme tant des entreprises en amont que de celles en aval ¹⁵. Une exception générale à la position d'ordinaire plus tolérante à l'égard des arrangements verticaux de licences s'applique, dans presque tous les systèmes juridiques, aux pratiques visant à imposer le prix de revente de biens ou de services intégrant la propriété intellectuelle. La fixation verticale des prix (pratique des prix de revente imposés) est interdite dans la plupart des législations, y compris dans le contexte d'accords de concession de licence en matière de technologie. Normalement, les arrangements verticaux ont des effets anticoncurrentiels et défavorables à la prospérité générale lorsqu'ils sont imposés sur des entreprises en aval par des sociétés jouissant sur le marché d'une position forte, sans rivales. Pour être qualifié de vertical, un accord de concession de licence doit intéresser des entreprises qui ne sont pas des concurrents effectifs ou potentiels, ce qu'il est souvent difficile d'apprécier, les preneurs de licences pouvant avoir les moyens de développer de manière indépendante de nouvelles technologies et donc être, en réalité, des concurrents potentiels.

12. Le rôle que joue la politique de la concurrence dans le contrôle des abus de pouvoir de marché en relation avec l'exercice de droits de propriété intellectuelle est particulièrement important dans le cadre de l'examen des effets anticoncurrentiels de contrats de concession de licence (réglementant le transfert ou l'échange de droits d'exploitation de la propriété intellectuelle) qui contiennent des clauses restrictives ou d'exclusivité. Il est couramment admis que la concession de licences afférentes à la propriété intellectuelle a généralement des effets bénéfiques en ce qu'elle facilite la diffusion de l'innovation et du savoir-faire technologiques et leur exploitation par des entreprises qui peuvent avoir un avantage comparatif supérieur. Des technologies employées de manière complémentaire peuvent renforcer l'efficacité de la production et améliorer la qualité des produits. Par ailleurs, concéder une licence sur une technologie brevetée peut en améliorer la rentabilité pour les titulaires de droits de propriété intellectuelle, encourageant ainsi les entreprises à poursuivre leurs investissements dans la R-D. De fait, la prospérité générale pâtirait d'une politique obligeant les innovateurs et les titulaires de droits de propriété intellectuelle à s'engager directement dans une activité de production et de commercialisation sans leur donner la faculté de céder sous licence leur savoir-faire à des tiers, mieux placés pour fabriquer et commercialiser les biens et les services en cause.

13. Il n'en reste pas moins que le transfert d'une technologie brevetée peut impliquer des restrictions excessives et inutiles à la concurrence, en fonction de la spécificité des arrangements contractuels et des conditions du marché. Un aperçu des effets respectivement favorables et défavorables à la

concurrence de quatre types courants de restrictions contractuelles est présenté ci-après (on s'efforcera, dans le rapport définitif, de présenter une analyse plus exhaustive des restrictions en matière de concession de licence, comme le refus de licence, la surtarification, etc.). Ces restrictions sont les exclusivités territoriales, les accords d'exclusivité, les obligations liées, et les clauses de rétrocession. Elles servent souvent à faciliter le transfert de technologie mais, dans certaines circonstances, elles peuvent aussi conduire à une restriction abusive de la concurrence.

14. Un principe général applicable dans le cadre de l'examen de restriction en matière de concession de licence est d'évaluer quelles seraient les conséquences, pour les marchés concernés, d'une interdiction de telles restrictions. En l'occurrence, interdire toute restriction contractuelle pourrait simplement conduire les donneurs de licences à ne plus concéder de licence sur les technologies en cause, soit en privilégiant une intégration verticale dans la production directe, soit en décidant purement et simplement de ne pas les exploiter commercialement. L'autre résultat prévisible, par exemple si le donneur de licence est contraint de s'engager dans des activités en aval, risque d'aboutir à une réduction de la prospérité générale. Dans le cadre de l'analyse effectuée par les autorités chargées de la concurrence, il est souvent procédé à une évaluation des autres scénarios vraisemblables en cas d'interdiction des restrictions contractuelles.

Exclusivité territoriale et importations parallèles

15. Lorsqu'il est possible de diviser les marchés en territoires distincts et de stopper ou de limiter suffisamment les courants d'échanges pour maintenir les prix au plus haut niveau supportable par chaque marché, les donneurs de licences peuvent décider d'attribuer une zone déterminée (une région, une ville, ou tout un pays) en exclusivité à un seul preneur de licence. Il existe deux types différents d'exclusivité territoriale : une version "ouverte" et une version "fermée". La première confère à un preneur de licence une exclusivité contractuelle dans une région donnée, sans lui accorder de protection contre la concurrence d'importateurs parallèles s'approvisionnant auprès de preneurs de licences d'autres régions ¹⁶. L'exclusivité territoriale fermée vise l'exclusivité totale de toute vente à l'intérieur d'un territoire. Dans ce cas, les importations parallèles sont interdites et ne sont donc plus source de concurrence pour les produits distribués par le preneur exclusif local de licence.

16. Il a été observé ¹⁷ qu'un titulaire de droits de propriété intellectuelle qui divise le marché entre différents preneurs de licences et confère à chacun d'eux un territoire exclusif ne crée pas un nouveau monopole car il détient déjà des droits exclusifs dans chaque région (ou pays) où est instituée une exclusivité territoriale locale. De telles exclusivités peuvent en fait être créées pour différentes raisons dont certaines, sans aucun rapport avec un comportement anticoncurrentiel, sont favorables à l'efficacité et au bien-être des consommateurs. Une réduction de la concurrence intramarque (concurrence entre distributeurs du même bien) peut être une condition nécessaire pour améliorer la concurrence intermarques (concurrence entre différentes marques). Il se peut, par exemple, que des preneurs locaux de licences aient besoin de procéder à des investissements substantiels pour promouvoir de nouveaux produits récemment introduits sur le marché et encore inconnus de la plupart des consommateurs, au moyen de campagnes de publicité, distribution

d'échantillons gratuits, magasins d'exposition, etc., ou par l'amélioration des produits sous licence pour les adapter à la demande locale. L'exclusivité territoriale peut permettre de prévenir le parasitisme de ces investissements par d'autres preneurs de licences ¹⁸.

17. Pour un nombre limité de produits, une exclusivité territoriale ouverte peut suffire à rentabiliser les investissements engagés par un titulaire de licence exclusive locale. Néanmoins, lorsqu'il y a peu d'obstacles aux échanges et que les coûts de transport sont faibles, un parasitisme important peut résulter de ventes effectuées par des importateurs parallèles qui compromettent la possibilité, pour le preneur local de licence, de rentabiliser ces frais. Une exclusivité territoriale fermée pourrait, en revanche, conduire les preneurs de licences à abuser des doubles marges au détriment des concédants de licences touchant aux droits de propriété intellectuelle. Les preneurs de licences disposant d'un monopole en aval peuvent en fait réduire la production et fixer des prix abusifs, au détriment de toute la structure verticale : une baisse des prix grâce à une meilleure coordination verticale améliorerait les profits tant des donneurs que des preneurs de licences. Les importations parallèles restreignent la faculté des titulaires exclusifs de licences d'imposer des marges excessives en exerçant une pression à la baisse sur les prix.

18. Une autre raison importante, pour les titulaires de droits de propriété intellectuelle, de consentir des exclusivités territoriales tient au parti qu'ils peuvent tirer d'une différenciation des prix. En particulier dans le cas où l'élasticité de la demande est différente selon les régions ou pays, une tarification différente dans ces différentes régions améliore la rentabilité globale, notamment en maximalisant les profits globaux par la fixation de prix plus élevés dans des régions où la demande est plus inélastique. Avec une différenciation internationale des prix, les objectifs nationaux de la politique de la concurrence, à savoir maximiser le bien-être des propres citoyens d'un pays, risquent toutefois de s'écarter de la réalisation du bien-être global. Sous l'angle de la prospérité internationale, on peut recourir à des licences exclusives entre pays, comme il a été indiqué, pour parvenir à une différenciation des prix et donc améliorer l'efficacité, en raison de l'expansion mondiale de la production qui en résulte. Pourtant, dans l'optique du pays où les prix sont plus élevés, une suppression des exclusivités territoriales (ou au moins de l'interdiction des importations parallèles) peut se traduire par des avantages nets, en particulier lorsque les titulaires de droits de propriété intellectuelle se trouvent à l'étranger. Effectivement, la concurrence fera baisser les prix, intégralement à l'avantage du bien-être national, tandis que les coûts afférents à la réduction de l'encouragement à innover seront répartis entre tous les pays. Cela vaut particulièrement pour les pays importateurs nets de technologie, c'est-à-dire la plupart des pays en développement. Dès lors, interdire les restrictions territoriales et les autres formes de restrictions en matière de concession de licence pourrait être un choix totalement rationnel.

19. Il importe néanmoins d'envisager ce qui se passerait si l'on tentait de faire obstacle à la différenciation internationale des prix. Les sociétés transnationales pourraient décider de ne plus concéder aucune licence sur leurs technologies. Par ailleurs, certains ont soutenu ¹⁹ que la différenciation internationale des prix et l'interdiction des importations parallèles profitent essentiellement aux pays en développement, les

entreprises de pays plus industrialisés (et plus riches) pouvant baisser leurs prix sur les marchés pauvres sans être obligées d'en faire de même sur les marchés riches. De cette manière, les sociétés transnationales approvisionnent des marchés qui n'auraient pas été desservis dans le contexte d'une obligation de tarification uniforme ²⁰.

20. Une autre conséquence des exclusivités territoriales est le fait qu'elles peuvent aussi faciliter une cartellisation déguisée. Par exemple, des entreprises concurrentes titulaires d'une proportion importante des brevets propres à une classe particulière de produits pourraient convenir de concéder des licences exclusives à une société en participation, laquelle partagerait alors le marché entre les entreprises associées par le biais d'exclusivités territoriales. Il est clair qu'un tel accord conduirait à une réduction substantielle de la concurrence puisqu'il concernerait des entreprises qui, autrement (en l'absence de l'accord de concession de licence), se seraient livrées à une concurrence directe et qu'il n'associerait pas des entreprises fonctionnant à différents niveaux de la chaîne de production verticale.

21. L'octroi d'exclusivités territoriales peut aussi être un moyen direct de favoriser une collusion entre donneurs de licences concurrents, en facilitant le contrôle de violations en aval d'accords de cartellisation. Des donneurs de licences concurrents peuvent effectivement avoir du mal à s'entendre sur les prix des redevances relatives à des technologies sous licence et préférer convenir des prix des produits finis fournis par les preneurs de licences. Les exclusivités territoriales facilitent le contrôle des prix pratiqués en définitive par ces derniers. Le traitement, par les responsables de la politique de la concurrence, des restrictions territoriales dépend nettement de la justification de leur usage dans chaque cas d'espèce et de leur effet probable. Lorsque ces dispositions ne semblent pas être un facteur d'efficacité réelle mais paraissent au contraire s'intégrer dans un dispositif visant à assurer la cartellisation du marché, il est probable que leur incidence sur la concurrence et la prospérité sera négative. Si, en revanche, elles visent à faire échec au parasitisme, à remédier aux asymétries de l'information entre donneurs et preneurs de licences ou à assurer une différenciation des prix, leur incidence sur la prospérité est plus ambiguë et dépend en grande partie de la concentration du marché et des obstacles à l'entrée.

Exclusivité

22. Les arrangements d'exclusivité empêchent les preneurs de licences de fabriquer des produits qui mettent en oeuvre des technologies fournies par des concurrents du donneur de licence. Ils font pendant aux accords de distribution exclusive qui interdisent aux détaillants de proposer à la vente des marques concurrentes. La justification de telles restrictions en matière de concession de licence touchant à la propriété intellectuelle est analogue à celle applicable aux marchés de produits, à savoir éviter tout parasitisme entre donneurs de licences concurrents et favoriser le développement de technologies dans le cadre proprement relationnel entre donneur et preneur de licence ²¹.

23. Les donneurs de licences qui transfèrent un savoir-faire à des preneurs de licences fabriquant également des biens sous licence d'autres entreprises risquent parfois des fuites d'informations et un détournement de leurs

connaissances brevetées. Le développement de relations exclusives avec les preneurs de licences peut être un moyen de surmonter ce risque de parasitisme. Par ailleurs, les arrangements d'exclusivité peuvent accroître la rentabilité d'investissements spécifiques en réduisant le risque d'interruption, par les preneurs de licences, de relations consolidées avec le concédant. Ils peuvent néanmoins aussi entraîner un verrouillage du marché au détriment des donneurs de licences rivaux et restreindre la concurrence, en particulier lorsque les entreprises concluant de tels arrangements détiennent déjà une large part du marché de produits en cause. L'effet de verrouillage dépend dans une large mesure de l'existence d'autres moyens de fabrication pour les donneurs de licences existants ou nouveaux.

Obligations liées

24. La notion d'accord lié vise une obligation contractuelle par laquelle un fabricant n'accepte de vendre un certain bien qu'aux acheteurs acceptant d'acquérir d'autres produits non associés. Il peut y être recouru pour des fins propres à accroître le bien-être, par exemple pour protéger la réputation d'une technologie sous licence. Ainsi, le fabricant d'un nouveau modèle de photocopieuse peut exiger que les acheteurs du nouveau modèle se fournissent en pièces détachées et services de réparation auprès du fabricant. L'objectif peut être de ne pas ternir l'image qualitative de la machine par des services d'entretien ou des pièces détachées médiocres. On peut aussi, par cette pratique, réduire le risque inhérent à la concession de licence sur des innovations dont la valeur commerciale est encore incertaine, en faisant payer moins cher l'innovation tout en liant celle-ci à un autre bien dont la demande est corrélée à l'utilisation de l'innovation.

25. De façon plus générale, la pratique des obligations liées sert à établir une différenciation des prix entre des consommateurs qui utilisent des produits ou des technologies suivant une intensité variable. Par exemple, des caméras peuvent être louées aux consommateurs à condition que les films employés soient achetés auprès du concessionnaire. Comme il a déjà été noté, la différenciation des prix peut favoriser la prospérité par l'expansion de la production qu'elle provoque en rendant des produits accessibles à des utilisateurs qui, autrement, en auraient été écartés en raison des restrictions de production du monopoleur liées à une tarification uniforme. Il n'en reste pas moins que la pratique des obligations liées peut aussi être incontestablement défavorable au bien-être lorsqu'elle sert de moyen de verrouillage à d'autres marchés, par exemple lorsque le donneur de licence, détenant un pouvoir de marché considérable quant au produit initial, parvient à verrouiller substantiellement le marché des produits liés.

Rétrocession exclusive

26. Ce type de restriction vise une situation dans laquelle le donneur de licence demande à disposer de tous les droits sur les nouvelles technologies développées par le titulaire de la licence par le perfectionnement de la technologie sous licence. Cette pratique peut faciliter le transfert de technologies à des preneurs de licences, mais elle peut aussi décourager ceux-ci de s'engager dans la R-D. Des clauses de rétrocession non exclusive, en vertu desquelles les preneurs de licences ont le droit de traiter avec d'autres acheteurs de leurs inventions complémentaires, comportent moins de

risques de réduction de la concurrence tout en maintenant des incitations suffisantes à la concession de licence relatives à de nouvelles technologies.

5. La politique de la concurrence, les droits de propriété intellectuelle et l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce

27. La reconnaissance du fait que la protection de la propriété intellectuelle contribue à stimuler la croissance économique est l'un des principaux principes de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, négocié au cours du Cycle d'Uruguay. L'accord a institué des normes minimales communes de protection et de respect des droits de propriété intellectuelle au sein du système commercial international qui s'imposent à tous les pays membres. Il est expressément affirmé que la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie (art. 7 et 8). Les droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques, et cela d'une manière propice au bien-être social et économique et propre à assurer l'équilibre des droits et obligations.

28. L'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce énonce expressément le rôle qui incombe à la politique de la concurrence pour que les droits de propriété intellectuelle stimulent la croissance économique et l'innovation, en ces termes : "Aucune disposition du présent accord n'empêchera les membres de spécifier dans leur législation les pratiques ou conditions en matière de concession de licence qui pourront, dans des cas particuliers, constituer un usage abusif de droits de propriété intellectuelle ayant un effet préjudiciable sur la concurrence sur le marché considéré" (art. 40.2). Il autorise tout pays membre à "adopter, en conformité avec les autres dispositions du présent accord, des mesures appropriées pour prévenir ou contrôler ces pratiques ... à la lumière des lois et réglementations pertinentes dudit membre". La répression des pratiques anticoncurrentielles liées aux droits de propriété intellectuelle est en conséquence assignée à la législation et aux politiques nationales de la concurrence. La nécessité d'une coopération internationale est néanmoins également soulignée. En particulier, des consultations entre pays membres sont envisagées ²², et notamment la fourniture de renseignements non confidentiels à la disposition du public.

6. Recommandations en vue des travaux futurs

29. La Conférence de révision des Nations Unies sur le commerce et le développement (1995) a chargé le Groupe intergouvernemental d'experts de consolider un terrain d'entente entre les États dans le domaine du droit et de la politique de la concurrence en déterminant les pratiques commerciales restrictives qui nuisent au développement économique des pays. Elle a reconnu que "l'interaction du droit et de la politique de la concurrence, de l'innovation technologique et de l'efficacité" et "la politique de concurrence et l'exercice des droits de propriété intellectuelle ainsi que les licences d'exploitation de ces droits ou de connaissances spécialisées" étaient deux secteurs où il convenait de définir les grands éléments communs des stratégies suivies. Une plus grande convergence du droit de la concurrence et

des principes d'application de la politique vis-à-vis de l'exercice du droit de propriété intellectuelle peut effectivement améliorer le bien-être général en réduisant les incohérences et en prévenant les tensions au sein du système commercial international. Pour réaliser cet objectif à long terme, un progrès important consisterait à renforcer la compréhension mutuelle des stratégies nationales, y compris les points communs et les divergences. Ce processus d'apprentissage aiderait particulièrement les pays qui n'ont créé que récemment des institutions chargées de mettre en oeuvre la politique de la concurrence et d'assurer la protection de la propriété intellectuelle ²³ et qui sont dépourvus d'expérience à cet égard.

30. Les problèmes propres que connaissent les pays en développement pour appliquer une politique de la concurrence dans le domaine des droits de propriété intellectuelle - imputable à l'insuffisance de personnel spécialisé - ont été définis dans un rapport de la CNUCED de 1996 ²⁴ relatif aux conséquences, pour les pays en développement, de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce. L'importance que revêt pour les pays en développement l'acquisition de compétences suffisantes quant à l'application correcte des principes de la politique de la concurrence dans le domaine de la propriété intellectuelle est liée au fait que l'évaluation des effets anticoncurrentiels des pratiques de concession de licence touchant aux droits de propriété industrielle est, dans de nombreux cas, très complexe et requiert que l'on prenne en considération les effets tant favorables que défavorables au bien-être.

31. Il faudrait donc viser, dans la version définitive du présent projet de rapport, à inclure un examen détaillé, fondé sur les contributions nationales soumises au secrétariat, du cadre analytique adopté par les autorités chargées de la concurrence dans différents systèmes juridiques qui ont déjà acquis une expérience dans ce domaine (y compris des pays se trouvant à différents stades de développement économique). Le secrétariat dispose déjà d'une somme importante d'informations sur quelques systèmes juridiques (États-Unis, Union européenne, Canada et Japon) mais il lui faudra obtenir des renseignements sur davantage de pays. En particulier, pour différents systèmes juridiques, le rapport définitif examinera les questions suivantes : l'existence de dispositions de la politique de la concurrence applicables spécifiquement au domaine des droits de propriété intellectuelle; le rôle des principes directeurs employés par les organes chargés de faire respecter la concurrence pour évaluer les pratiques liées aux droits de propriété intellectuelle; les systèmes nationaux de notification pour les pratiques liées aux droits de propriété intellectuelle; les cas pertinents dans le domaine des droits de propriété intellectuelle; la contribution des autorités responsables de la concurrence quant à la définition de la portée et de la durée des brevets. Une section du rapport définitif sera également consacrée aux contradictions qui existeraient entre la réalisation de la prospérité nationale d'une part et de la prospérité mondiale d'autre part, et aux moyens possibles de surmonter ces contradictions.

Notes

1/ La troisième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, tenue en 1995, avait déjà défini "la politique de concurrence et l'exercice des droits de propriété intellectuelle ainsi que les licences d'exploitation de ces droits ou de connaissances spécialisées" comme l'un des secteurs d'action que devrait examiner plus attentivement le Groupe international d'experts afin de définir et de consolider un terrain d'entente entre les États Membres.

2/ "Le brevet confère à l'inventeur des droits exclusifs sur un produit, un procédé, une substance ou un modèle nouveau et utile. De nouveaux produits sont notamment des machines (mécanismes comportant des pièces mobiles) ou des articles manufacturés, comme des outils, dépourvus de pièces mobiles. De nouveaux procédés, ou de nouvelles méthodes, comprennent notamment des procédés chimiques de traitement de métaux ou de fabrication de médicaments, des procédés mécaniques de fabrication de biens, ou des procédés électriques. De nouvelles substances sont notamment des composés et mélanges chimiques, le concept couvrant la composition. De nouvelles espèces végétales peuvent également être couvertes. De nouveaux modèles sont notamment les formes de produits lorsque celles-ci ont un objectif fonctionnel. En outre, les améliorations apportées à des produits, procédés et substances peuvent être brevetées." Dennis W. Carlton et Jeffrey M. Perloff, Modern Industrial Organization, New York, HarperCollinsPublishers, 1989.

3/ "Les droits d'auteur confèrent au créateur les droits exclusifs de production, de publication ou de vente sur des oeuvres artistiques, théâtrales, littéraires ou musicales, par exemple des articles, livres, dessins, cartes, compositions musicales ou photographies." Dennis W. Carlton et Jeffrey M. Perloff, Modern Industrial Organization, New York, HarperCollinsPublishers, 1989.

4/ "Les marques sont constituées par des mots, symboles ou autres signes servant à distinguer un bien ou un service produit par une entreprise de ceux émanant d'autres entreprises." Dennis W. Carlton et Jeffrey M. Perloff, Modern Industrial Organization, New York, HarperCollinsPublishers, 1989.

5/ On peut illustrer par un exemple le problème du "parasitisme" en matière de propriété intellectuelle. Une entreprise, après avoir beaucoup investi dans la R-D pour la mise au point, par exemple, d'un nouveau type, plus puissant, de caméra sous-marine et en avoir réalisé le premier prototype, peut produire et commercialiser la caméra sur une grande échelle à un coût relativement faible. Si les résultats des activités de R-D ne peuvent être tenus secrets et qu'il est facile de s'en emparer, des entreprises concurrentes seront alors en mesure de les exploiter rapidement, d'entreprendre la production dudit modèle innovateur de caméra sous-marine et de le vendre à un prix beaucoup plus bas. Ces entreprises rivales, de fait, n'auraient pas à rentabiliser les coûteuses activités de R-D. En revanche, l'entreprise innovante risquerait de ne pas pouvoir rentabiliser tous ses frais, puisqu'elle devrait en principe fixer un prix plus élevé. Dans un tel cas, aucune entreprise, eu égard au risque de "parasitisme", n'engagerait de telles dépenses irrécupérables de R-D. Au contraire, avec des droits de

propriété intellectuelle dûment garantis, l'entreprise innovante peut tirer parti d'une exclusivité temporaire d'exploitation de ses activités de R-D et produire le nouveau type de caméra à l'abri d'éventuelles pratiques de parasitisme de la part d'autres entreprises.

6/ On peut définir le pouvoir de marché comme la faculté de maintenir les prix au-dessus des niveaux concurrentiels pendant une période appréciable ainsi que le profit tiré de cette hausse des prix.

7/ Voir, par exemple, Politique de concurrence et propriété intellectuelle, Paris, Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), 1989.

8/ Dans une étude menée en 1981, les donneurs de licences ont indiqué qu'il n'y avait en face d'eux aucun fournisseur de remplacement dans seulement 27 % des cas. Politique de concurrence et propriété intellectuelle, Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE).

9/ Afin de délimiter les marchés en cause, il est habituellement procédé à une évaluation de tous les biens (ou services) qui sont considérés comme directement interchangeable par les consommateurs. Pour s'assurer du degré de substituabilité, on se réfère souvent à l'élasticité croisée de la demande : deux biens sont considérés comme relevant du même marché lorsque la hausse du prix de l'un entraîne un accroissement sensible de la demande de l'autre. Faute de moyens et de temps, les autorités responsables de la concurrence, très souvent, n'ont pas accès aux chiffres effectifs de l'élasticité croisée pour déterminer les marchés en cause et ont dès lors recours à d'autres types de données comme des études de marché sur les préférences des consommateurs. Le marché en cause a également une dimension géographique : il est constitué par l'ensemble des zones où les consommateurs concernés sont à même et désireux de reporter leurs achats.

10/ *"L'économie nationale ne peut poursuivre son expansion que si elle réussit à fabriquer, soit de nouveaux produits que désirent les consommateurs, soit des produits existants à coûts réduits. Selon la théorie économique du bien-être, une baisse des coûts a généralement une incidence plus forte sur le bien-être qu'une baisse égale de prix. Une baisse de prix n'accroît la prospérité économique globale (la somme des avantages économiques pour les consommateurs et les producteurs) que dans la mesure où elle accroît la production. En soi, c'est un transfert d'avantages économiques entre consommateurs et producteurs qui n'a aucun impact direct sur le total. Une baisse des coûts apporte un avantage direct en libérant des ressources qui peuvent être réemployées dans un autre secteur de l'économie."* Richard J. Gilbert, Steven C. Sunshine "Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: the Use of Innovation Markets", Antitrust Law Journal, vol. 63, 1995.

11/ Plusieurs études ont révélé l'importance du rôle que joue l'innovation technologique dans l'accroissement de la productivité et la croissance économique. Certaines de ces études sont mentionnées dans le document de la CNUCED intitulé "Comment l'application des principes du droit et de la politique de la concurrence peut contribuer à une plus grande efficacité dans le domaine du commerce international et du développement : étude empirique" (TD/B/COM.2/EM/10/Rev.1).

12/ Lors d'une table ronde organisée récemment à l'OCDE, les participants ont notamment souligné que les autorités responsables de la concurrence devraient aussi, dans le cadre de leur politique de promotion de la concurrence, sensibiliser les offices de brevets aux conséquences anticoncurrentielles de brevets trop étendus, Voir Politique de concurrence et propriété intellectuelle, OCDE, 1998, synthèse.

13/ Il est par exemple indiqué dans le document intitulé "Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property", publié conjointement en 1995 par le Ministère de la justice et la Commission fédérale du commerce des États-Unis d'Amérique : "*Les autorités appliquent à un comportement mettant en jeu la propriété intellectuelle les mêmes principes généraux de la concurrence que ceux qu'ils appliquent à un comportement intéressant toute autre forme de propriété corporelle ou incorporelle. Cela ne signifie pas pour autant que la propriété intellectuelle soit à tous égards identique à toute autre forme de propriété, mais ces particularités peuvent être prises en considération par l'analyse courante des règles de concurrence sans qu'il y ait lieu d'appliquer des principes fondamentalement différents.*"

14/ Les accords visant au partage des marchés et à la restriction de la production ont des effets anticoncurrentiels analogues.

15/ Voir "Politique de la concurrence et restrictions verticales" (UNCTAD/ITCD/CLP/Misc.8), 1999.

16/ Tel est le cas, par exemple, au sein de l'Union européenne, où l'interdiction de l'importation parallèle de biens et de services fournis par des fabricants étrangers est prohibée. Le principe d'épuisement vise l'autorisation des exclusivités territoriales ouvertes mais l'interdiction des exclusivités territoriales fermées.

17/ Voir, par exemple, Patrick Rey et Ralph A. Winter, "Exclusivity restrictions and intellectual property" dans Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy (Directeurs de publication : Robert D. Anderson et Nancy T. Gallini), 1998.

18/ Sans une répression des pratiques de parasitisme les titulaires de licences n'investiraient pas dans les marchés locaux et, en définitive, les consommateurs n'auraient pas accès à leurs biens.

19/ Voir David A. Malueg et Marius Schwartz, "Parallel imports, demand dispersion and international price discrimination", Economic Analysis Group Discussion Paper, US Department of Justice, Antitrust Division, 25 août 1993.

20/ Une critique opposée aux arguments présentés dans l'article de Malueg et Schwartz illustrant les avantages pour des pays en développement d'une différenciation internationale des prix se trouve dans l'ouvrage de Frederick M. Abbott intitulé "First Report (Final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the Subject of Parallel Importation", Journal of International Economic Law (1998). Il y est affirmé que "... (Malueg et Schwartz)... n'envisagent pas l'incidence d'un système de différenciation internationale des prix sur les producteurs et les consommateurs de pays en développement agissant hors du champ du produit du monopoleur. Plus important encore, ils n'envisagent pas les effets plus généraux d'un système de différenciation internationale des prix sur

la répartition internationale des ressources. Si les producteurs de pays développés échappent à toute pression née de la concurrence sur les prix pour améliorer leur efficacité, la répartition efficace des ressources dans les pays développés s'en trouvera faussée. Si les producteurs/preneurs de licences de pays en développement voient limiter la rentabilité de leurs opérations, cela limitera d'autant les investissements de leur pays dans une production future. Si le potentiel lucratif des investissements en capital dans les pays en développement est limité, cela incitera les pays en développement à continuer de tabler sur les exportations des pays développés à fort coefficient de capital...". Il est également noté ce qui suit : "... une part substantielle du commerce international porte sur des biens que ne sont pas protégés par des droits de propriété intellectuelle, en particulier dans les secteurs des produits de base et des biens semi-transformés. Les pays en développement ne sont pas dépourvus de ces produits. Les acheteurs de pays en développement peuvent être approvisionnés à plus bas prix en biens protégés par des droits de propriété intellectuelle grâce à une différenciation des produits."

21/ Voir Patrick Rey et Ralph A. Winter, "Exclusivity restrictions and intellectual property", dans Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy (directeurs de publication : Robert D. Anderson et Nancy T. Gallini), 1998.

22/ "Si demande lui en est faite, chaque membre se prêtera à des consultations avec tout autre membre qui a des raisons de croire qu'un titulaire de droit de propriété intellectuelle ressortissant du membre auquel la demande de consultations a été adressée, ou domicilié dans ce membre, se livre à des pratiques en violation des lois et réglementations du membre qui a présenté la demande, relatives à l'objet de la présente section, et qui désire assurer le respect de cette législation, sans préjudice de toute action que l'un ou l'autre membre pourrait engager conformément à la loi et de son entière liberté de prendre une décision définitive." Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, art. 40.3.

23/ Dans certains pays, les deux fonctions (politique de la concurrence et protection de la propriété intellectuelle) sont confiées à un seul organe. Tel est le cas, par exemple, au Pérou.

24/ CNUCED, The TRIPS Agreement and Developing Countries, New York et Genève, 1996 (Publication des Nations Unies, numéro de vente : 96.II.D.10).
