



Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

Distr. générale
17 août 2016
Français
Original : anglais

Conseil du commerce et du développement

Commission du commerce et du développement
Groupe intergouvernemental d'experts du droit
et de la politique de la concurrence

Quinzième session

Genève, 19-21 octobre 2016

Point 3 a) de l'ordre du jour provisoire

**Consultations et discussions au sujet des examens collégiaux
du droit et de la politique de la concurrence, examen de la loi type
sur la concurrence et études relatives aux dispositions
de l'Ensemble de principes et de règles**

Étude des liens entre les objectifs de la politique de concurrence et la propriété intellectuelle

Note du secrétariat de la CNUCED

Résumé

Le principal objectif du droit de la propriété intellectuelle est d'encourager et de stimuler l'innovation en accordant une protection temporaire aux inventeurs. L'objectif de la politique de la concurrence est de promouvoir l'efficacité économique et de garantir, dans l'intérêt des consommateurs, un bon fonctionnement des marchés en remédiant à leurs dysfonctionnements. L'objectif ultime de la propriété intellectuelle comme de la politique de la concurrence est de favoriser la croissance économique et les intérêts des consommateurs. Toutefois, l'exercice des droits de propriété intellectuelle dans certaines situations peut poser des problèmes du point de vue de la concurrence. L'innovation et la concurrence sur le marché doivent donc faire l'objet d'une approche équilibrée.

Dans la présente note¹, le secrétariat de la CNUCED étudie les liens entre les droits de propriété intellectuelle et la concurrence, analyse des pratiques qui, dans le cadre de l'exercice par des entreprises de leurs droits de propriété intellectuelle, posent des problèmes de concurrence, et examine des moyens de traiter les pratiques anticoncurrentielles relatives aux droits de propriété intellectuelle.

¹ Le présent document n'a pas été revu par les services d'édition.



I. Introduction

1. Le principal objectif du droit de la propriété intellectuelle est d'encourager et de stimuler l'innovation en accordant aux inventeurs une protection qui leur permet d'amortir leurs investissements en recherche-développement et de tirer profit de leurs inventions pendant une période de temps donnée. L'objectif du droit de la concurrence est de promouvoir l'efficacité et de favoriser la croissance économique et les intérêts des consommateurs. La concurrence entre les entreprises crée un environnement favorable à l'innovation, à l'élaboration de produits nouveaux de meilleure qualité et, par conséquent, à la compétitivité.

2. Dans la présente note, le secrétariat de la CNUCED étudie les liens entre les objectifs de la politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle. Il analyse des situations dans lesquelles des entreprises exercent leurs droits de propriété intellectuelle d'une manière qui entre en contradiction avec la politique de concurrence et examine des moyens permettant aux autorités de la concurrence de traiter ce type de situations. Il présente des exemples illustrant l'articulation entre l'exercice des droits de la propriété intellectuelle et ses conséquences sur la concurrence et l'innovation sur les marchés.

3. Dans la présente note, les droits de propriété intellectuelle se rapportent aux brevets, aux marques déposées, aux droits d'auteur, aux dessins et modèles déposés ou non, aux savoir-faire, aux renseignements commerciaux confidentiels et aux autres renseignements ou procédés commerciaux pratiques et non brevetés.

4. La reconnaissance ou l'octroi de droits de propriété intellectuelle à une entreprise confère à cette dernière le droit exclusif de produire le bien breveté ou d'exercer les droits de propriété relatifs à un procédé ou à un savoir-faire technique breveté pour une période de temps donnée (par exemple, vingt ans pour un produit breveté). L'entreprise bénéficie ainsi d'une position de force sur le marché, voire d'une situation de monopole, ou d'un degré de protection vis-à-vis de la concurrence. L'exercice des droits de propriété intellectuelle et la protection prévue par la législation relative à la propriété intellectuelle peuvent favoriser le recours par le titulaire des droits de propriété intellectuelle à des pratiques considérées comme anticoncurrentielles, qui tendent à éliminer la concurrence et à faire augmenter les prix et baisser la production et la qualité. Toutefois, le droit et la politique de la concurrence, dans les pays en développement en particulier, s'efforcent d'ouvrir les marchés à la concurrence, avec pour objectif ultime la défense des intérêts des consommateurs.

5. Étant donné que la propriété intellectuelle permet aux innovateurs d'être en position de force sur le marché et que la politique de la concurrence a notamment pour but de prévenir et d'éliminer l'abus de position dominante, les objectifs visés dans les deux domaines peuvent être contradictoires si les titulaires des droits de propriété intellectuelle ont recours à des pratiques commerciales abusives consistant à restreindre la concurrence et l'entrée sur le marché. Toutefois, la politique de la concurrence et celle relative à la propriété intellectuelle visent toutes deux à favoriser la croissance économique et les intérêts des consommateurs au moyen de l'innovation et de la concurrence. La situation peut être source de préoccupation si la manière dont les droits de propriété intellectuelle sont exercés met à mal l'innovation et la concurrence, au détriment des consommateurs.

6. En outre, dans les pays en développement, les types de technologies pouvant bénéficier de la même protection que celle garantie par la législation en matière de brevets ou de marques sont parfois trop méconnus. Certains procédés commerciaux bien déterminés, certaines connaissances agricoles substantielles ou pratiques et d'autres connaissances traditionnelles utilisées dans ces pays, par exemple, peuvent bénéficier de la même protection de propriété intellectuelle que celle accordée à la suite du dépôt d'un

brevet ou d'une marque. Ces types de savoir-faire, notamment des méthodes de sélection des plantes, d'élevage ou d'agriculture, devraient donc bénéficier d'une protection de propriété intellectuelle et être réglementés par les autorités compétentes.

II. Liens entre droits de propriété intellectuelle et droit et politique de la concurrence

7. L'interaction entre les droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence peut donner lieu à deux résultats différents, entre lesquels une autorité de la concurrence doit veiller à trouver le bon équilibre.

8. Premièrement, l'exercice des droits de propriété intellectuelle peut être source de divers degrés d'exclusivité. Le titulaire d'un brevet peut décider de produire et de vendre un bien breveté à l'exclusion de tous les autres, ce qui donne lieu à une situation de monopole. Dans un autre scénario, le titulaire du brevet peut, s'il ne dispose pas des ressources suffisantes pour produire lui-même le bien, accorder à une autre entreprise ou à un négociant (preneur de licence) le droit de produire et de vendre le bien selon des modalités et des conditions qui peuvent entraîner une restriction de la concurrence. À la suite de la concession d'une licence, un titulaire de brevet ou un donneur de licence peut, par exemple, convenir de ne pas vendre le bien breveté sur le territoire du preneur de licence, ou imposer des interdictions d'exportation vers d'autres régions, prévoir une clause relative aux volumes de production maximaux, fixer un prix de vente minimum, établir une clause pénale visant à réduire la demande des concurrents ou encore exiger du preneur de licence qu'il s'engage à lui acheter des technologies ou des produits supplémentaires qui ne relèvent pas du brevet sous licence. En outre, le preneur de licence peut être une puissante entreprise dotée d'un pouvoir de négociation supérieur à celui du titulaire du brevet, qui peut être un simple inventeur. C'est par exemple le cas de Google ou de Microsoft, qui imposent des modalités strictes à des concepteurs de logiciels ou à des inventeurs d'applications technologiques, lesquels sont isolés et disposent d'un faible pouvoir de négociation. Ce type d'accord d'exclusivité peut donner lieu à un verrouillage du marché et, éventuellement, poser des problèmes du point de vue de la concurrence. Dans d'autres cas, les titulaires des droits de propriété intellectuelle peuvent abuser de leur position en recourant à des pratiques destinées à prolonger la période de protection initialement établie par le brevet. Les situations dans lesquelles l'existence même de droits de propriété intellectuelle est source d'obstacles ou d'entraves insurmontables à l'entrée sur le marché peuvent amener à s'interroger sur la propriété intellectuelle en tant que telle. Des pratiques de ce genre peuvent restreindre la concurrence et entraver l'entrée sur le marché de nouveaux venus, lesquels peuvent être innovants, mais trop petits pour négocier avec les grandes multinationales qui détiennent les brevets. Un exercice aussi abusif des droits de propriété intellectuelle est diamétralement opposé au principal objectif du droit et de la politique de la concurrence, à savoir promouvoir la concurrence, l'accès au marché, le libre usage et l'ouverture des marchés.

9. Deuxièmement, l'exercice des droits de propriété intellectuelle peut entraîner la création de procédés et de produits innovants, ce qui permet de produire de nouveaux biens et d'ouvrir de nouveaux marchés. Les profits découlant de l'obtention de droits de propriété intellectuelle et de l'exercice de ces droits peuvent servir à intensifier les investissements dans des marchés de produits nouveaux ou complémentaires et même déboucher sur des innovations et des gains d'efficacité dynamiques. C'est ainsi que la mise au point de la technologie cellulaire et d'Internet a conduit au développement de divers produits et services de consommation, comme M-Pesa au Kenya. Lorsqu'ils sont exercés dans ce contexte, les droits de propriété intellectuelle favorisent les droits des consommateurs, car

ils entraînent la conception de nouveaux biens qui étoffent la gamme de produits disponibles à des prix et en quantité raisonnables.

10. Les contradictions entre la politique de la concurrence et la politique relative à la propriété intellectuelle ainsi que leurs effets sur le développement économique ne sauraient être sous-estimés. Ainsi, selon l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (2016) :

Il existe un lien étroit entre les droits de brevet et la concurrence qui, en termes simples, présente deux caractéristiques. D'une part, les législations relatives aux brevets visent à empêcher la copie ou l'imitation de produits brevetés et complètent ainsi les politiques de concurrence en favorisant un comportement équilibré du marché. D'autre part, les lois relatives à la concurrence peuvent limiter les droits de brevet en empêchant les titulaires de brevets d'abuser de leurs droits. En somme, l'expérience montre qu'une protection excessive ou insuffisante des brevets et de la concurrence peut aboutir à des distorsions commerciales. Un équilibre doit donc être trouvé entre la politique relative à la concurrence et les droits de brevet et cet équilibre doit permettre d'empêcher les abus de droits de brevet, sans annuler les avantages prévus par le système des brevets lorsque ces droits sont utilisés de façon appropriée.

Il convient de trouver le juste équilibre entre protection de la propriété intellectuelle et concurrence, de manière à garantir un fonctionnement régulier du marché tout en encourageant l'innovation. Pour cela, les organismes chargés de la propriété intellectuelle et les autorités de la concurrence doivent tenir compte de cet équilibre dans leurs cadres juridiques et dans la manière dont ils font appliquer la législation en la matière.

III. Pratiques relatives aux droits de propriété intellectuelle qui posent des problèmes du point de vue de la concurrence

11. Cette partie traite des pratiques commerciales d'acquisition et d'utilisation des droits de propriété intellectuelle, et porte plus particulièrement sur les pratiques d'octroi de brevets et de licences qui posent des problèmes du point de vue de la concurrence, notamment les restrictions à la concurrence intratechnologique, les accords entre producteurs de biens pharmaceutiques qui visent à empêcher ou retarder l'entrée sur le marché de médicaments génériques et les pratiques anticoncurrentielles d'entreprises titulaires de brevets essentiels à une norme au cours des procédures de normalisation. Des fusions et des acquisitions concernant de grandes entreprises dans des secteurs où la propriété intellectuelle joue un rôle important, notamment les industries pharmaceutique, aérospatiale, chimique et informatique, peuvent également être source de difficultés sur le plan de la concurrence qui nécessitent la prise de mesures appropriées.

A. Restrictions à la concurrence intratechnologique

12. Une restriction à la concurrence intratechnologique est imposée par un titulaire de brevet ou un preneur de licence et vise à limiter la concurrence ou le parasitisme. Les titulaires de brevets utilisent ces restrictions pour amortir des coûts de recherche-développement élevés, ce qui peut faire obstacle aux entreprises au faible pouvoir de négociation. Généralement, une restriction à la concurrence intratechnologique est imposée par un preneur de licence car il n'a pas intérêt à s'acquitter du prix d'une licence si celle-ci ne le protège pas de la concurrence technologique, c'est-à-dire de la concurrence d'autres preneurs de licence. Certaines de ces restrictions peuvent réduire le commerce ou délimiter la sphère d'activité d'un preneur de licence à une certaine région, à

un groupe de consommateurs donné ou à un seul fournisseur. Les restrictions à la concurrence intratechnologique qui imposent certaines conditions à un preneur de licence ou à un titulaire de brevet mais n'entravent pas la concurrence sur le marché ne constituent pas une source de préoccupation pour les autorités de la concurrence qui s'inquiètent, en revanche, dès lors que l'une ou plusieurs des conditions énumérées ci-après figurent dans un contrat de licence :

a) Obligation de respecter un contrat de longue durée, qui rend financièrement impossible tout accord avec d'autres donneurs de licences technologiques ;

b) Clause de non-concurrence, qui interdit au preneur de licence de faire concurrence au titulaire de brevet ou de gérer des produits en concurrence avec ceux de ce dernier ;

c) Restriction ou interdiction géographique ou territoriale, qui interdit au preneur de licence de vendre ses produits dans la région, la zone ou le territoire géographique sous licence ;

d) Clause de quantités maximales, qui limite les quantités de production d'un preneur de licence au niveau de demande anticipée dans une région, une zone ou un territoire géographique donné ;

e) Obligation de verser des redevances avant le début de la production ou de prolonger le versement des redevances après la date d'expiration du brevet, ou de verser des redevances qui ne sont liées ni à une licence ni à un produit ;

f) Clause de restriction d'usage, qui limite l'utilisation d'un brevet à un certain domaine scientifique, par exemple, et autorise le preneur de licence à utiliser le brevet pour développer des produits ou des procédés médicaux ou pharmaceutiques, mais pas industriels ;

g) Fixation d'un prix de détail minimum, à partir duquel sont établies des modalités et des conditions qui peuvent avoir une incidence directe sur le prix de vente du produit ou du service ;

h) Droit de veto sur la concession de futures licences au preneur de licence ;

i) Clauses pénales, en vertu desquelles le titulaire du brevet ou le preneur de licence doit payer des frais s'il a des relations commerciales avec une entreprise tiers ;

j) Clauses de rétrocession, selon lesquelles le preneur de licence est tenu de transmettre au donneur de licence le droit d'utiliser toute amélioration brevetée à laquelle il serait parvenu à partir de l'invention brevetée originale ;

k) Clauses de rétrocession exclusives, selon lesquelles le donneur de licence dispose d'un droit exclusif d'utiliser ou de sous-licencier toute amélioration brevetée alors que le preneur de licence dispose d'un droit non exclusif d'utiliser l'amélioration brevetée en question ;

l) Clause exclusive d'achats liés et d'acquisition, en vertu de laquelle un preneur de licence est tenu d'acquérir toutes les technologies ou produits auprès du seul titulaire de brevet, y compris du matériel non breveté, du fait d'un accord d'achats liés ou de tout autre régime de licences groupées.

13. Pour ce qui est des alinéas k) et l), l'article 40 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, de l'Organisation mondiale du commerce, présente les clauses de rétrocession obligatoires et les régimes coercitifs de licences groupées comme des exemples de pratiques pouvant avoir un effet préjudiciable à la concurrence sur le marché considéré. Les accords de rétrocession exclusifs peuvent avoir des effets anticoncurrentiels, étant donné que le titulaire du brevet original peut accumuler

les améliorations d'une certaine technologie auxquelles sont parvenus des preneurs de licence et, ainsi, abuser d'une position dominante.

B. Refus de concéder des licences

14. Bien que les titulaires de droits de propriété intellectuelle ne soient pas juridiquement tenus de délivrer des licences pour leurs brevets, le refus de concéder des licences d'exploitation de droits de propriété intellectuelle peut constituer un abus si l'exercice de ces droits se caractérise par des pratiques abusives assimilables à un refus de traiter dans une affaire de concurrence. Dans le cadre de l'application du droit de la concurrence de l'Union européenne, par exemple, un refus unilatéral de concéder une licence est considéré comme abusif dans certaines circonstances exceptionnelles, dans lesquelles l'accès aux droits de propriété intellectuelle est indispensable et le refus d'accorder des licences empêche la création d'un produit pour lequel une demande potentielle des consommateurs existe (affaire Magill, par exemple) et exclut tout type de concurrence sur des marchés secondaires. Dans des affaires récentes, la jurisprudence de l'Union européenne a tenu compte d'un autre facteur, à savoir le préjudice qu'un refus peut potentiellement causer au consommateur. Dans une affaire concernant Microsoft, la Commission européenne a estimé que le refus de l'entreprise de fournir à ses concurrents les informations nécessaires à l'interopérabilité avait pour effet de brider la volonté d'innovation de ces derniers et, par conséquent, de limiter le choix des consommateurs. Le tribunal de première instance saisi de l'affaire a confirmé la décision de la Commission en 2007, jugeant que le consommateur pouvait être lésé non seulement par le fait que la production de nouveaux biens était restreinte, mais aussi par la limitation du développement technique. Le tribunal a interprété le préjudice subi par le consommateur de manière globale et a estimé que le choix de ce dernier se trouverait entamé si des produits concurrents ne pouvaient pas soutenir la concurrence sur le marché dans des conditions d'égalité. Lianos et Dreyfuss (2013) relèvent que la législation antitrust des États-Unis d'Amérique est permissive quant aux pratiques consistant à refuser unilatéralement de concéder une licence, même dans des situations où le titulaire du brevet exerce une position dominante sur le marché en question.

C. Brevets, établissement de normes et concurrence

15. Une norme technique est une norme ou une règle établie pour un système technique qui définit des critères, méthodes, procédés et pratiques industriels ou techniques uniformes. Les avantages des normes techniques ne font aucun doute, en particulier pour les consommateurs. Elles contribuent à accroître l'efficacité, à stimuler l'innovation, à élargir le choix des consommateurs et à améliorer la santé et la sécurité publiques. Elles favorisent également une interopérabilité entre les produits, ce qui accroît leur valeur du point de vue des consommateurs. Les entreprises peuvent collaborer à l'établissement de normes industrielles par l'intermédiaire d'organisations de normalisation. Des questions de concurrence peuvent se poser si les normes établies portent sur des droits de propriété intellectuelle, un brevet par exemple.

16. Les entreprises souhaitent généralement voir leurs technologies reconnues comme essentielles à une norme, car cette reconnaissance entraîne souvent une augmentation de la demande pour leur technologie. Le risque, du point de vue de la concurrence, est que ces technologies fassent l'objet de concession de licences à des prix qui ne correspondent pas à ceux du marché, du fait de la reconnaissance dont elles bénéficient. Le titulaire d'un brevet essentiel à une norme peut vouloir profiter de cette situation en fixant des redevances élevées ou en imposant à l'entreprise souhaitant appliquer la norme des modalités plus

favorables pour lui-même qu'elles ne l'auraient été avant que le brevet considéré ne devienne essentiel à la norme en question. Dans la terminologie concurrentielle, cette situation est qualifiée de « coup de force » (hold-up). Elle peut compromettre la diffusion de normes très utiles et affaiblir le processus normatif, contrecarrer les incitations à l'innovation et donner lieu à des prix plus élevés et à une production limitée pour les consommateurs. Pour prévenir ce type d'abus, de nombreuses organisations de normalisation demandent à ceux qui participent à l'élaboration d'une norme de divulguer les droits de propriété intellectuelle susceptibles d'être enfreints lors de la mise en conformité avec ladite norme et de s'engager à concéder des licences dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires. Un exemple de « coup de force » est présenté dans l'encadré 1.

Encadré 1

Décision de la Commission nationale chinoise de développement et de réforme dans l'affaire Qualcomm

En mars 2015, la Commission nationale chinoise de développement et de réforme a rendu sa décision dans l'affaire Qualcomm et a infligé à l'entreprise une amende de 975 millions de dollars É.-U. pour infractions présumées à la loi antimonopole. Cette décision révèle le point de vue de la Commission sur les pratiques de concession de licences ayant trait à des brevets essentiels à une norme.

La Commission a estimé que Qualcomm exerçait une position dominante sur le marché du fait des brevets essentiels à une norme que l'entreprise détenait en matière d'accès multiple par code de répartition, d'accès multiple à large bande par partage de code et de communication sans fil à évolution à long terme. Outre la position dominante sur le marché que lui offraient ses brevets, l'entreprise était à l'origine d'obstacles à l'entrée sur le marché d'autres acteurs, notamment de coûts de transfert. La Commission a estimé que Qualcomm exerçait une position dominante sur trois marchés de puces en bande de base, à savoir les puces en bande de base à accès multiple par partage de code, les puces en bande de base à accès multiple à large bande par partage de code et les puces en bande de base à évolution à long terme. Selon elle, l'entreprise a abusé de sa position sur ces marchés en recourant à certaines des pratiques énumérées dans la partie III A) de la présente note, notamment à l'imposition de redevances excessives. En outre, Qualcomm a concédé des licences concernant des portefeuilles qui comprenaient des brevets expirés et a contraint certains preneurs de licence à des rétrocessions de licence ne donnant pas lieu à redevance pour des brevets de communication sans fil qui ne constituaient pas des brevets essentiels. La Commission a relevé que les rétrocessions de licences pouvaient brider l'innovation technique des preneurs de licence et restreindre ou éliminer la concurrence sur le marché. Enfin, Qualcomm avait inclus dans son portefeuille de licences des brevets non essentiels à une norme que certains preneurs de licence ne souhaitaient pas acquérir. L'entreprise avait, sans motif raisonnable, réalisé une vente groupée de brevets essentiels et non essentiels, à un prix constant. Selon la Commission, cette vente groupée a restreint la concurrence relative aux brevets non essentiels pour une norme, freiné l'innovation et porté préjudice aux consommateurs. Qualcomm avait également assorti la vente de puces en bande de base d'une clause de non-contestation, qui obligeait les acquéreurs de ces puces à conclure un accord en vertu duquel ils s'engageaient à ne pas contester le contrat de licence.

La Commission a décidé que Qualcomm devait mettre fin aux pratiques signalées, dresser des listes de brevets, ainsi que s'abstenir de regrouper des brevets essentiels et non essentiels à une norme sans motif raisonnable, de demander des redevances pour des brevets expirés ou des rétrocessions inconditionnelles, ou d'exiger que les preneurs de licence acceptent de verser des redevances pour des brevets expirés, d'accorder des rétrocessions de manière inconditionnelle ou de respecter des clauses de non-contestation

pour leur fournir des puces en bande de base. Elle a infligé à Qualcomm une amende correspondant à 8 % du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise en Chine en 2013 (6 088 milliards de yuans (975 millions de dollars É.-U)).

Source : Mondaq (2015).

17. Le versement de redevances pour des brevets non essentiels à une norme qui ne sont ni valables ni utilisés peut indûment entraîner une hausse des coûts de production et, par conséquent, une augmentation des prix pour les consommateurs. Dans une affaire concernant l'entreprise Motorola, par exemple, celle-ci a sollicité et rendu obligatoire une injonction en vertu de laquelle Apple a dû renoncer à ses droits légitimes de contester la validité et le caractère contrefait des brevets essentiels à une norme détenus par Motorola. La Commission européenne a estimé que le fait que Motorola ait sollicité et rendu exécutoire une injonction de cessation fondée sur un brevet essentiel à une norme à l'encontre d'un preneur de licence consentant, à savoir Apple, enfreignait les règles de concurrence de l'Union européenne. Elle est parvenue à la même conclusion dans une affaire concernant Samsung. Dans les deux cas, la Commission a jugé que si un titulaire de brevets essentiels à une norme s'était engagé à concéder une licence d'exploitation de ses brevets et le faisait dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, la pratique consistant à chercher à exclure un concurrent d'un marché en sollicitant une injonction fondée sur un brevet essentiel pour une norme était anticoncurrentielle dans la mesure où le preneur consentait à prendre une licence dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires. Dans ce type de situations, la sollicitation d'injonctions peut fausser les négociations et donner lieu à des clauses de concession de licence abusives, ce qui a une incidence négative sur le choix des consommateurs et les prix (Commission européenne, 2014a).

18. Des études récentes mettent cependant en évidence de possibles comportements opportunistes de la part de preneurs de licence potentiels. S'il ne peut pas solliciter d'injonctions, un titulaire de brevet peut se voir pris en étau par un preneur de licence potentiel, étant donné qu'il ne peut ni recourir à une injonction ni refuser de concéder une licence sans enfreindre le droit de la concurrence. Ce phénomène, qualifié de « coup de force inversé », se caractérise par la possibilité pour le preneur de licence de négocier un taux de redevance inférieur à ce qu'il serait dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires.

D. Normalisation, accords de regroupement de brevets et concurrence

19. De nombreuses normes se fondent sur une technologie complémentaire, souvent élaborée par différentes entreprises. Il existe donc un lien entre la normalisation et les accords de regroupement de brevets. Les normes peuvent être nécessaires à l'adoption généralisée de nouvelles technologies sur le marché, mais peuvent aussi créer un obstacle à l'entrée sur un marché, lorsque le passage d'une norme à l'autre est impossible ou implique un coût déraisonnable. Les accords de regroupement de brevets peuvent répondre à un besoin de normalisation si les brevets pertinents à une norme sont détenus par plus d'une entité. Ils permettent aux titulaires de brevets qui y sont parties d'utiliser les brevets regroupés, fournissent aux preneurs de licence qui n'y sont pas parties une licence type pour ces brevets et reversent à chaque partie une part des droits de licence, en fonction de l'accord établi. De nombreux cas de normalisation ont été examinés par des autorités de la concurrence et, dans la plupart des cas, aucune infraction des règles de concurrence n'a été constatée. Selon le Département de la justice des États-Unis, l'analyse des accords de regroupement de brevets au regard du droit de la concurrence prend en considération les critères suivants :

a) Chaque brevet est clairement défini et peut faire l'objet d'une concession de licence unique ou, si le preneur de licence le souhaite, faire partie d'une concession de licences groupée ;

- b) Les brevets sont valables et n'ont pas expiré ;
- c) Le nombre de brevets techniquement essentiels qui, par définition, ne sont pas soumis à la concurrence, est limité, et leur caractère techniquement essentiel est déterminé par un expert indépendant ;
- d) L'accord de regroupement de brevets est établi pour une durée limitée ;
- e) Les redevances prévues dans le cadre du dispositif sont raisonnables ;
- f) Des licences non exclusives sont disponibles dans le monde entier ;
- g) Les preneurs de licence sont libres d'obtenir et d'utiliser d'autres brevets ;
- h) Les preneurs de licence sont tenus de rétrocéder, de manière non exclusive et non discriminatoire, des licences permettant d'utiliser les brevets essentiels à l'application de la technologie ;
- i) Les parties à l'accord ont l'interdiction de s'entendre sur les prix des produits ne relevant pas du champ d'application de l'accord, les produits d'aval par exemple.

20. La Commission européenne a, par exemple, examiné et approuvé un cas de normalisation concernant le DVD, pour lequel elle a estimé que l'accord de regroupement de brevets avait contribué à la promotion du progrès technique et économique en permettant une introduction efficace de la technologie. Dans son analyse, elle a pris en considération le fait que l'accord de regroupement de brevets comptait des brevets essentiels et que l'accord de licence prévoyait la concession d'une licence non exclusive et non discriminatoire.

E. Accords « pay-for-delay » et concurrence

21. Les accords « pay-for-delay » constituent une pratique courante dans l'industrie pharmaceutique, où la concurrence est forte et où les fabricants de médicaments génériques représentent une menace pour les profits élevés des producteurs de médicaments de marque. Ces accords consistent à ce que ces derniers paient les fabricants de médicaments génériques qui contestent leurs brevets en échange d'un report de la mise sur le marché de médicaments génériques moins chers. Ils permettent d'étendre la protection dont bénéficient les producteurs de médicaments de marque, ce qui reporte la mise en concurrence et porte préjudice aux consommateurs, confrontés aux prix plus élevés des médicaments de marque pendant une plus longue période. De nombreuses autorités de la concurrence essaient de mettre fin à cette pratique anticoncurrentielle. Une décision historique rendue par la Cour suprême des États-Unis en 2013 a ouvert la voie à un contrôle de ces accords dans l'industrie pharmaceutique du pays et constitue un bon exemple pour d'autres juridictions (voir l'encadré 2).

Encadré 2

Cour suprême des États-Unis : Commission fédérale du commerce c. Actavis, 2013

En 2009, la Commission fédérale du commerce a déposé une plainte contestant un accord conclu entre l'entreprise pharmaceutique Solvay et deux fabricants de médicaments génériques, en vertu duquel la vente d'équivalents génériques à l'un des médicaments de marque de Solvay avait été reportée en échange d'une rétribution. Selon la Commission, Solvay avait payé ces fabricants pour qu'ils s'abstiennent d'acquiescer des brevets pour leurs médicaments génériques concurrents et attendent l'année 2015, soit neuf ans plus tard, pour les mettre sur le marché. La Cour d'appel du onzième circuit a rejeté la plainte, estimant que les effets anticoncurrentiels produits dans le cadre de la protection de brevets étaient *per se* conformes aux lois antitrust. En 2012, la Commission a saisi la Cour suprême, qui,

en 2013, a infirmé la décision de la cour d'appel et jugé que les accords « pay-for-delay » entre Solvay et les fabricants de médicaments génériques devaient faire l'objet d'un contrôle antitrust.

La présidente de la Commission a déclaré que la décision de la Cour suprême représentait « une grande victoire pour les consommateurs américains, les contribuables américains et les marchés libres. La Cour a clairement indiqué que les accords “pay-for-delay” entre des entreprises de médicaments de marque et des fabricants de médicaments génériques doivent faire l'objet d'un contrôle antitrust et a fait échouer la tentative de ces entreprises de soustraire ces accords aux lois antitrust. Grâce à cette décision, la Cour a fait un grand pas vers la résolution d'un problème qui a coûté 3,5 millions de dollars par an aux Américains, contraints d'acheter des médicaments trop chers ».

Sources : Commission fédérale du commerce (2013a) ; Commission fédérale du commerce (2013b).

F. Règlements amiables sans transfert monétaire et concurrence dans le domaine des brevets

22. Les règlements amiables sans transfert monétaire, qui sont assimilables à la pratique des paiements inversés, sont depuis longtemps un sujet de débat parmi les spécialistes de la concurrence, en particulier depuis la promulgation aux États-Unis de la loi relative à la restauration de la concurrence par les prix en matière de médicament et de la période de validité des brevets (loi Hatch-Waxman) en 1984. En vertu de cette loi, les fabricants de médicaments génériques ont un intérêt économique à contester les droits des titulaires de brevets d'un médicament original. Cette loi est également le fondement légal sur lequel la Food and Drug Administration (FDA) s'appuie pour accélérer l'approbation et la mise sur le marché des médicaments génériques.

23. La jurisprudence dans ce domaine, qui fait fond sur l'affaire Actavis, évolue. Les divergences entre les cours d'appel des différents circuits autour de la question des paiements inversés se sont en effet accentuées. Toutefois, dans les décisions rendues sur ce type d'affaire, la Cour suprême des États-Unis a appliqué le principe de la règle de raison. C'est aussi le principe qu'a utilisé la Cour suprême de Californie dans les affaires Cipro I et II, où elle s'est appuyée sur ses propres méthodes d'analyse. La Cour a confirmé que les règlements amiables visés étaient soumis à examen au regard du droit de la concurrence afin d'éviter les pratiques collusoires entre fabricants de médicaments de marque et fabricants de médicaments génériques et de permettre l'analyse des effets sur la concurrence. La Cour a exposé en détail la structure de la règle de raison telle qu'appliquée aux règlements amiables concernant les brevets et cité quatre facteurs nécessaires pour contester un règlement de paiement inversé, à savoir l'existence d'une limite à l'entrée sur le marché du fabricant de génériques ; le transfert d'espèces ou d'une contrepartie financière équivalente du titulaire du brevet au fabricant de médicaments génériques ; et une contrepartie d'une valeur supérieure à la valeur des biens et services autres que le report de l'entrée sur le marché consentis par le fabricant de médicaments génériques au titulaire du brevet, et au montant des frais de justice dont le fabricant de marque devrait encore s'acquitter en l'absence de règlement. Dans son analyse, y compris l'analyse de la nécessité d'examiner les paiements inversés au regard du droit de la concurrence, la Cour a noté que les paiements ne se limitaient pas aux seuls transferts monétaires ; ils pouvaient prendre la forme de transferts non quantifiables qui pouvaient avoir pour objectif de supprimer la concurrence. La Cour a donc demandé que les règlements amiables soient évalués avec circonspection (Wallace, 2015).

G. Fusions et acquisitions et droits de propriété intellectuelle

24. Les fusions et les acquisitions sont des opérations commerciales qui intéressent tous les domaines du droit de la concurrence. De même, les évolutions technologiques ont donné lieu à des fusions et à des acquisitions dans lesquelles la propriété intellectuelle occupe une place importante. Dans ces opérations, en particulier dans le secteur de la technologie, les questions de propriété intellectuelle jouent généralement un rôle déterminant dans la décision d'une entreprise de fusionner avec une autre ou d'en acquérir des parts. Il est donc nécessaire pour l'acquéreur d'examiner les brevets, les droits d'auteur, les licences et les marques déposées ainsi que tout autre droit de propriété intellectuelle détenus par l'entreprise faisant l'objet de la transaction.

25. Pour leur part, les autorités de la concurrence doivent approuver les dispositions relatives à la propriété intellectuelle contenues dans une demande de fusion ou d'acquisition, et leurs juristes doivent comprendre les droits de propriété intellectuelle liés à chaque dossier. Il faudra donc peut-être apporter un complément de formation à ces juristes, en particulier à ceux des petites administrations – qui n'ont pas forcément les moyens de recruter des consultants externes – afin qu'ils puissent traiter leurs dossiers avec la diligence voulue. Cette branche du droit de la concurrence a donné lieu à quelques affaires importantes aussi bien dans les pays développés que dans les pays émergents ; ainsi, l'affaire Google-Motorola Mobility, qui a été traitée par la Commission européenne et qui est décrite dans l'encadré 3.

Encadré 3

Décision de la Commission européenne dans l'affaire Google-Motorola Mobility, 2012

Engagée au titre de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 6 du Règlement n° 139/2004 du Conseil, cette affaire a fait suite à la notification du projet de prise de contrôle exclusif de Motorola Mobility par achat d'actions que Google a adressée à la Commission. La notification a été déposée en raison de la présence significative des parties à la transaction projetée sur le marché de l'Union européenne, où chacune réalisait un chiffre d'affaire supérieur à 250 millions d'euros. Google est un fournisseur de services de recherche sur internet et de services de publicité et d'autres services en ligne ; il fournit également des logiciels. La majeure partie de ses recettes vient en premier lieu de la publicité en ligne, puis des services mobiles en ligne. Google élabore et distribue aux fabricants d'appareils mobiles intelligents un système d'exploitation à code source libre appelé Android. Motorola est un fournisseur de décodeurs de télévision, de solutions vidéo de bout en bout, de solutions d'accès à haut débit de d'appareils mobiles, notamment de téléphones intelligents.

La Commission a analysé la transaction sous différents angles, y compris celui de la définition du marché en cause. Elle n'a décelé aucun effet horizontal sur les marchés, estimant néanmoins que les relations verticales entre Google – fournisseur du système d'exploitation à code source libre Android et de services en ligne – et Motorola – fournisseur d'appareils mobiles et titulaire de brevets essentiels pour les appareils mobiles – devaient être examinées. S'agissant des brevets essentiels à une norme, la Commission a estimé que les brevets essentiels utilisés pour les appareils mobiles intelligents étaient nécessaires et qu'en l'espèce ils ne pouvaient être exclus aux fins du maintien de l'accès à la norme. Dans les cas où des brevets non essentiels à une norme étaient utilisés dans les systèmes d'exploitation des appareils mobiles et pouvaient apporter de la valeur ajoutée, ils n'étaient, par définition, pas essentiels pour l'accès à une norme et pouvaient donc être considérés au cas par cas. La Commission a conclu que l'opération ne présentait pas de risque important de verrouillage du marché, qui était concurrentiel et en expansion, et que les fabricants d'équipements d'origine concurrents auraient des solutions

de remplacement. La Commission a noté que Google avait publié une lettre irrévocable et juridiquement contraignante qu'il avait adressée à différentes organisations de normalisation concernant l'acquisition des brevets essentiels détenus par Motorola. Google s'engageait à concéder des licences pour ces brevets à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires et à honorer l'engagement pris par Motorola de concéder ces licences à un taux unitaire maximum de 2,25 % du prix de vente net du produit fini concerné, sous réserve de « la compensation de toute licence croisée ou d'autres contreparties ». La Commission a exclu la possibilité que Google utilise les brevets essentiels détenus par Motorola pour entraver de façon importante la concurrence, étant donné que de nombreux autres acteurs du marché avaient des licences croisées avec Motorola. Le droit des contrats interdirait toute interférence de Google sur le marché concernant les conditions des licences de Motorola. Enfin, la Commission a estimé que la transaction ne « soulevait pas de doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché intérieur s'agissant des systèmes d'exploitation mobile utilisés comme composants clés des appareils mobiles intelligents ».

Source : Commission européenne (2012).

IV. Lutte contre les pratiques anticoncurrentielles liées aux droits de propriété intellectuelle

26. Comme on l'a vu, il est nécessaire de trouver le juste équilibre entre protection de la propriété intellectuelle et concurrence si l'on veut promouvoir à la fois la concurrence et l'innovation, et il existe plusieurs manières de parvenir à cet objectif. Les gouvernements peuvent élaborer – ou réformer – une législation relative à la propriété intellectuelle et un système des brevets suffisamment rigoureux pour que les titulaires de droits de propriété intellectuelle ne puissent pas en exploiter les failles afin de verrouiller un marché, d'en fermer l'accès aux entreprises concurrentes et, en fin de compte, de décourager l'innovation et de porter préjudice aux consommateurs. Au niveau international, les droits de propriété intellectuelle sont régis par l'article 40 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'Organisation mondiale du commerce, selon lequel « certaines pratiques ou conditions en matière de concession de licences touchant aux droits de propriété intellectuelle qui limitent la concurrence peuvent avoir des effets préjudiciables sur les échanges et entraver le transfert et le diffusion de technologie ». En vertu de cette disposition, les Membres peuvent spécifier dans leur législation les pratiques ou conditions en matière de concession de licences qui pourront constituer un usage abusif des droits de propriété intellectuelle ayant un effet préjudiciable sur la concurrence sur le marché considéré. Les gouvernements peuvent donc adopter des mesures appropriées pour prévenir ou contrôler ces pratiques.

A. Politiques relatives à la propriété intellectuelle et politiques de la concurrence

27. Les pays en développement peuvent adopter des politiques équilibrées qui permettent aux entreprises de récupérer leurs investissements de recherche-développement et, en même temps, garantissent que le marché reste ouvert à la concurrence. Une priorité serait de veiller à ce que les droits de propriété intellectuelle ne soient pas exercés d'une manière abusive et que l'exercice de ces droits n'empêche pas le développement de marchés de produits complémentaires ou de produits de substitution. De plus, les pays doivent veiller à ce que leur système de brevets soit équilibré et suffisamment rigoureux

pour empêcher les achats abusifs de brevets ou les extensions abusives de protection par brevet au-delà des délais légaux et légitimes sur le plan économique.

B. Loi sur la concurrence applicable aux droits de propriété intellectuelle

28. Une autre manière de lutter contre l'exercice abusif des droits de propriété intellectuelle, possiblement en adressant un message plus clair à leurs titulaires, est d'intégrer dans la loi sur la concurrence des règles expresses en la matière. Ces dispositions peuvent figurer dans la loi ou dans ses règlements d'application et contenir les éléments suivants :

a) Champ d'application. La loi doit indiquer expressément que les règles de la concurrence qu'elle énonce s'appliquent dans leur intégralité à l'exercice des droits de propriété intellectuelle ;

b) Définition. La loi peut élargir la définition des droits de propriété intellectuelle afin qu'ils s'appliquent aux savoir-faire et à certains procédés non déposés, et non seulement aux droits d'auteur et droits connexes, aux marques de fabrique ou de commerce, aux indications géographiques, aux dessins et modèles industriels et aux brevets. La loi peut aussi indiquer expressément dans sa définition du contrat de licence que celui-ci devrait inclure tout arrangement formel ou informel établissant les conditions dans lesquelles un brevet, un dessin ou modèle déposé, un procédé breveté ou un autre savoir-faire peut être concédé sous licence par le titulaire du droit de propriété intellectuelle ;

c) Interdictions. La loi peut établir une liste expresse des conditions qui, dès lors qu'elles sont remplies, pourraient conduire à la détermination que telle restriction de la concurrence intratechnologique est contraire à la loi. Elle pourrait aussi énoncer les conditions dans lesquelles un contrat de licence est susceptible d'avoir des effets négatifs sur les facteurs de production, l'offre, la production, les prix et la qualité. Des titulaires de brevets et d'autres droits de propriété intellectuelle ont pour pratique d'engager des procédures frauduleuses ou infondées pour atteinte portée à un brevet afin de limiter l'entrée sur le marché qui les intéresse et de faciliter la collusion entre titulaires de brevets technologiques concurrents. La loi peut servir à imposer une interdiction absolue sur l'utilisation des contrats de licences sur des droits de propriété intellectuelle entre concurrents comme moyen de règlement amiable des litiges ou comme moyen de fermer l'entrée sur le marché.

29. Les autorités de la concurrence peuvent élaborer des lignes directrices pour les affaires de concurrence mettant en jeu des droits de propriété intellectuelle, qui exposent dans le détail les circonstances dans lesquelles des restrictions intratechnologiques seraient considérées comme anticoncurrentielles et qui précisent dès le début que l'exercice légitime des droits de propriété intellectuelle n'est pas un abus de position dominante en soi. Toutefois, dès lors que le titulaire de brevet cherche à prolonger une position dominante au-delà de la période de protection prévue par la loi, par des moyens anticoncurrentiels, il est passible de poursuites judiciaires de la part de l'autorité de la concurrence. Les lignes directrices peuvent, par exemple, expliquer dans quelles circonstances une restriction peut verrouiller l'accès aux facteurs de production, augmenter les coûts pour la concurrence, réduire la production, empêcher des investisseurs potentiels d'investir dans la propriété intellectuelle existante ou de substitution ou augmenter les prix. Elles peuvent aussi indiquer dans quelles conditions les restrictions intratechnologiques peuvent être considérées comme favorables à la concurrence.

30. Comme l'octroi de droits de propriété intellectuelle peut aboutir à certains gains d'efficacité dynamiques, tels l'innovation et les progrès technologiques, les lignes directrices devraient reconnaître le droit pour les investisseurs et les titulaires de brevet technologique d'être récompensés de leurs investissements et la nécessité d'encourager la poursuite des activités de recherche-développement. Les lignes directrices pourraient aussi expliquer dans quelles conditions un contrat de licence peut être considéré comme susceptible de promouvoir l'investissement dans l'innovation ainsi que l'accès à la technologie et sa large utilisation ; de promouvoir la création de nouveaux marchés ou l'entrée dans ces nouveaux marchés ; ou de réduire l'incertitude de la demande. Elles pourraient également préciser dans quels cas un accord de rétrocession, de regroupement de brevets, de concession réciproque de licences ou de licence gratuite peut être considéré comme un outil de promotion.

31. De plus, une autorité de la concurrence peut élaborer des règlements prévoyant une liste non exhaustive d'exemptions applicables à certains accords de propriété intellectuelle ou comportements unilatéraux. Par exemple, des règles d'exemption peuvent s'appliquer à des arrangements ou accords qui prévoient la vente ou le transfert de droits de propriété intellectuelle mais qui ne présentent aucun risque de créer, de maintenir ou de renforcer une position dominante, d'exclure des concurrents potentiels ou d'empêcher le développement de nouvelles technologies. Ces règles devraient faire porter la charge de la preuve sur le titulaire de brevet et le preneur de licence (parties à l'accord) qui devront prouver ou établir qu'il n'existe pas de risque afin de pouvoir demander une exemption à l'autorité de la concurrence. Des exemptions peuvent également être appliquées aux contrats de licences sur des droits de propriété intellectuelle qui encouragent l'innovation et favorisent les gains d'efficacité dynamiques et le développement technique et économique ; la charge de la preuve devrait incomber à ceux qui sollicitent l'exemption. L'encadré 4 contient un exemple des règlements applicables en matière de concession de licences.

Encadré 4

Japon : loi antimonopole et examen des concessions de licences

Le Japon a adopté sa législation sur la concurrence – la loi antimonopole – en 1947. Aux termes de l'article 6 de cette loi, « une entreprise ne doit pas conclure un accord ou un contrat international contenant une disposition qui constitue une restriction non raisonnable au commerce ou une pratique commerciale déloyale ». La réglementation japonaise applicable à la concession de licences est fondée sur cette disposition. Jusqu'en 1997, la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales a contrôlé et réglementé les contrats internationaux de concession de licences en recourant au contrôle *ex ante* à l'examen *ex post*, se concentrant principalement sur le contrôle des clauses de rétrocession pour encourager l'innovation locale. Jusque dans les années 1990, l'objectif était en effet d'utiliser le droit de la concurrence pour renforcer le pouvoir de négociation des preneurs de licence vis-à-vis des entreprises concédantes et encourager l'innovation et l'amélioration des technologies originales par les entreprises japonaises.

Source : Hiroko (2015).

C. Application du droit de la concurrence

32. Les autorités de la concurrence peuvent empêcher l'exercice abusif des droits de propriété intellectuelle en faisant respecter les règles de la concurrence de façon à ce que les marchés restent contestables. Si des restrictions intratechnologiques sont imposées unilatéralement par une entreprise dominante ou par la voie d'un accord et entraînent des effets anticoncurrentiels sur le marché, l'autorité compétente peut faire appliquer les

dispositions légales qui interdisent l'abus de position dominante ou sanctionnent les accords anticoncurrentiels. Les mêmes règles de détermination et d'analyse que celles applicables aux pratiques unilatérales et aux pratiques coordonnées s'appliqueraient dans des cas de ce type.

33. Les autorités de la concurrence devraient avoir pour premier objectif de réduire au minimum les conflits possibles entre les droits de propriété intellectuelle et la législation sur la concurrence, afin d'éviter que les marchés soient complètement verrouillés et que l'exercice des droits de propriété intellectuelle porte préjudice aux consommateurs. À cet égard, elles devront peut-être veiller à ce que les restrictions intratechnologiques, qu'elles soient imposées par un titulaire de brevet ou par un preneur de licence, n'aient pas pour effet de limiter la concurrence sur le marché ou, plus grave, de réduire ou de retarder le bien-être du consommateur. De même, des pratiques telles que le refus d'octroyer des licences peuvent réclamer un examen attentif de la situation de la concurrence pour éviter les effets non compétitifs éventuels. Deuxièmement, les autorités doivent enquêter sur les accords de paiement pour report de mise sur le marché (« pay-for-delay ») et sur les règlements amiables sans transfert monétaire, afin de décourager les ententes collusives entre fabricants de médicaments de marque et fabricants de médicaments génériques, qui freinent la concurrence en retardant l'entrée sur le marché de médicaments génériques moins chers et font payer le prix fort aux consommateurs et aux contribuables contraints d'acheter des médicaments de marque. Troisièmement, les autorités doivent analyser les effets anticoncurrentiels potentiels des fusions et des acquisitions faisant intervenir la propriété intellectuelle. Enfin, elles doivent concevoir des mesures correctives appropriées et, pour cela peut-être, accorder des licences pour des brevets ou des marques, afin d'empêcher la concurrence de disparaître ou de faiblir.

34. D'une manière générale, les autorités de la concurrence devraient adopter une approche équilibrée de l'application du droit de la concurrence et de la protection de la propriété intellectuelle. Elles devraient en effet garder à l'esprit que, même si l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle par un titulaire de brevet conduit à un monopole, il est peut-être encore possible d'ouvrir de nouveaux marchés, de créer de nouveaux produits ou d'innover.

D. Réglementation des savoir-faire

35. En plus de réglementer les droits de propriété intellectuelle, les autorités de la concurrence, surtout dans les pays en développement, peuvent décider de reconnaître les nombreux savoirs et procédés non divulgués mais identifiables touchant l'agriculture, la médecine, la sélection végétale et l'élevage, qui pourraient bénéficier d'une protection au titre de la propriété intellectuelle et qui devraient être couverts par le droit de la concurrence. Ces connaissances ou savoir-faire traditionnels peuvent aussi faire l'objet de conditions et de restrictions dans les contrats, même informels, conclus entre entreprises. Dans ces cas, un médecin, un obtenteur ou un éleveur peut être l'inventeur ou le détenteur d'un savoir-faire mais travailler dans le cadre d'une grande entreprise qui impose des contrats à long terme assortis de clauses contraignantes et très restrictives. En pratique, ces restrictions peuvent avoir les mêmes effets, par exemple, que les contrats de Microsoft sur les concepteurs de logiciels et, à ce titre, doivent être soumis à un examen attentif de la part des autorités de la concurrence. L'utilisation exclusive des savoir-faire et leur utilisation à l'exclusion de tous les autres peuvent limiter la concurrence sur un marché. Dans ces cas, les savoir-faire peuvent donc être évalués selon les mêmes critères que les droits de propriété intellectuelle classiques. Les autorités de la concurrence doivent examiner les arrangements qui restreignent leur vente, leur transfert ou leur exploitation sous licence au point que la concurrence sur le marché s'en trouve réduite. Dans les pays en

développement, il devrait donc être établi que les savoir-faire et d'autres éléments de propriété intellectuelle non traditionnels relèvent de la propriété intellectuelle et, à ce titre, bénéficient de la protection des droits correspondants et entrent dans le champ d'application du droit de la concurrence.

E. Autres mesures législatives

36. En plus d'une loi sur la concurrence, les gouvernements peuvent adopter d'autres textes et règlements pour réaliser l'équilibre voulu entre protection de la propriété intellectuelle et concurrence. Les États-Unis ont adopté la loi Hatch-Waxman précisément à cette fin, et ils s'apprêtent à approuver un projet de loi qui vise à interdire les accords de « pay-for-delay » dans l'industrie pharmaceutique (report de la mise sur le marché de médicaments génériques moins onéreux pour concurrencer les médicaments de marque plus coûteux) (voir encadré 5).

Encadré 5

États-Unis : Projet de loi visant à mettre fin aux accords « pay-for-delay » dans l'industrie pharmaceutique

Dans un rapport de décembre 2014, la Commission fédérale du commerce a dénombré 29 accords de « pay-for-delay » potentiels concernant 21 médicaments de marque, dont la vente sur le marché américain s'élevait à un montant total d'environ 4,3 milliards de dollars. La Commission a déterminé que ces règlements amiables contre paiement reportaient l'entrée sur le marché des médicaments génériques de dix-sept mois en moyenne par rapport à la date de mise sur le marché des génériques faisant l'objet de règlements sans transfert monétaire. Selon la Commission, les accords « pay-for-delay » coûtent chaque année aux consommateurs américains 3,5 milliards de dollars, imputables à l'arrivée plus tardive sur le marché de médicaments génériques moins coûteux et qui s'ajoutent au déficit du budget fédéral. Le Service d'études budgétaires du Congrès a estimé qu'en adoptant une loi pour limiter ces règlements amiables, la dette diminuerait de près de 5 milliards de dollars durant la prochaine décennie.

Pour mettre fin aux accords « pay-for-delay » dans l'industrie pharmaceutique, un projet de loi visant à protéger l'accès à des médicaments génériques d'un prix abordable (Preserve Access to Affordable Generics Act) a été présenté une nouvelle fois au Congrès en septembre 2015. Le projet initial avait été soumis en 2009. En vertu de ce texte, il serait illégal pour les entreprises pharmaceutiques de marque de retarder la mise sur le marché de médicaments génériques au moyen de paiements anticoncurrentiels. Les fabricants de médicaments devraient prouver que leurs accords ne sont pas anticoncurrentiels, et la Commission fédérale du commerce serait habilitée à engager des poursuites contre les parties à tout règlement amiable d'un litige pour atteinte portée à un brevet, dans le cadre de la vente d'un médicament. Parmi les sanctions prévues, citons les amendes et la dénonciation de la période d'exclusivité de cent-quatre-vingt jours accordée pour la commercialisation d'un médicament générique.

Sources : Commission fédérale du commerce (2012) ; Generics and Biosimilars Initiative (2015).

F. Coordination de l'action menée par les administrations publiques pour réglementer les droits de propriété intellectuelle

37. Les autorités de la concurrence devraient plaider pour un juste équilibre entre protection de la propriété intellectuelle et concurrence auprès des administrations publiques

concernées. La coordination et la coopération inter-administrations, par exemple, peuvent être renforcées sur la base d'accords, tels que des protocoles d'accord conclus avec d'autres autorités réglementaires ou départements chargés de la réglementation de la propriété intellectuelle – offices de brevets, organismes de normalisation et organismes de contrôle des produits alimentaires et des médicaments. En coopération avec les autorités de la concurrence, ces organismes peuvent élaborer des politiques, des lois et des lignes directrices relatives à la réglementation et à l'application des droits de propriété intellectuelle afin d'empêcher la concession de brevets injustifiés, infondés ou de trop large portée ou l'enregistrement injustifié ou frauduleux de dessins et modèles.

V. Conclusion

38. Pour atteindre les objectifs que sont l'innovation, la concurrence et, en définitive, la croissance économique, il est nécessaire de réaliser le juste équilibre entre protection de la propriété intellectuelle et concurrence. Les autorités chargées de la réglementation devraient veiller à ce que les droits de propriété intellectuelle soient exercés d'une manière qui ne freine pas l'innovation, ne restreint pas la concurrence sur le marché et ne réduit pas le bien-être des consommateurs.

39. Les autorités de la concurrence jouent un rôle important pour s'assurer que les droits de propriété intellectuelle ne sont pas exercés de manière abusive et qu'ils n'aient pas d'effets anticoncurrentiels. Elles peuvent lutter contre les pratiques abusives de plusieurs manières. Premièrement, l'exercice des droits de propriété intellectuelle peut être traité dans le cadre de la loi sur la concurrence qui doit s'appliquer dans son intégralité à ces abus et qui doit l'indiquer expressément dans la définition de son champ d'application. Deuxièmement, les affaires de concurrence liées à la propriété intellectuelle peuvent être traitées sur la base de dispositions relatives aux interdictions et aux exemptions figurant dans certains contrats et/ou arrangements relatifs à la propriété intellectuelle. Troisièmement, les autorités peuvent élaborer des lignes directrices supplémentaires expliquant dans quelles circonstances un contrat de licence peut être anticoncurrentiel. L'application du droit de la concurrence peut être un outil précieux pour lutter contre l'exercice abusif des droits de propriété intellectuelle, traiter les affaires de refus de concéder des licences, les affaires liées à des accords « pay-for-delay » et les conditions anticoncurrentielles imposées par des titulaires de brevet ou des preneurs de licence dans le cadre de contrats de licence. Dernier point, mais non le moindre, les autorités peuvent aussi sensibiliser d'autres organismes compétents et travailler en coordination avec eux à l'élaboration de politiques relatives à la propriété intellectuelle qui n'accordent pas de protection injustifiée.

Références

- American Bar Association (2007). *Intellectual Property and Antitrust Handbook*.
- Drexl J, ed. (2008). *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*. Edward Elgar.
- Correa C (2007). Intellectual property and competition law: Exploration of some issues of relevance to developing countries. Issue Paper No. 21. International Centre for Trade and Sustainable Development.
- European Commission (2012). Decision in case No. COMP/M.6381 Google-Motorola Mobility, pursuant to article 6 (1) (b) of Council Regulation No. 139/2004. Available at: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6381_20120213_20310_227748_0_EN.pdf.
- European Commission (2014a). Competition policy brief: Standard-essential patents. Available at http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2014/008_en.pdf.
- European Commission (2014b). Guidelines on the application of article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements. Available at [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52014XC0328\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52014XC0328(01)).
- Federal Trade Commission (2012). Available at <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/01/ftc-study-fy-2012-branded-drug-firms-significantly-increased>.
- Federal Trade Commission (2013a). Available at <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/071-0060/watson-pharmaceuticals-inc-et-al>.
- Federal Trade Commission (2013b). Available at <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/06/statement-ftc-chairwoman-edith-ramirez-us-supreme-courts-decision>.
- Federal Trade Commission (2016). Research, enforcement and advocacy at the intersection of antitrust and intellectual property. Presented at the third annual Intellectual Property and Antitrust Conference. Washington, D.C. 20 April.
- Generics and Biosimilars Initiative (2015). Available at <http://www.gabionline.net/Policies-Legislation/Pay-for-delay-bill-reintroduced>.
- Ghidini G (2006). *Intellectual Property and Competition Law: The Innovation Nexus*. Edward Elgar.
- Hiroko Y (2015). Competition analyses of licensing agreements: Considerations for developing countries. Issue Paper No. 40. International Centre for Trade and Sustainable Development.
- Khor M (2005). *Intellectual Property, Competition and Development*. Third World Network.
- Korah V (2006). *Intellectual Property Rights and the European Commission Competition Rule*. Hart Publishing.
- Kovacic WE (2007). The importance of history to the design of competition policy strategy: The Federal Trade Commission and intellectual property. *Seattle University Law Review*. 30:319–347.
- Lianos I and Dreyfuss RC (2013). New challenges in the intersection of intellectual property rights with competition law – a view from Europe and the United States. Working Paper Series. Centre for Law, Economics and Society.

Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law (2013). Copyright, competition and development report.

Mondaq (2015). Available at <http://www.mondaq.com/x/392946/Cartels%20Monopolies/Chinas%20NDRRC%20Provides%20Guidance%20Regarding%20Licensing%20of%20StandardEssential%20Patents%20in%20Qualcomm%20Decision>.

Santa Cruz Scantlebury M and Trivelli P (2015). Interaction between intellectual property and competition laws. E15 Initiative. International Centre for Trade and Sustainable Development and World Economic Forum.

UNCTAD (2004). *Competition, Competitiveness and Development: Lessons from Developing Countries*. United Nations publication. New York and Geneva.

UNCTAD (2008). Competition policy and the exercise of intellectual property rights. TD/B/COM.2/CLP/68. 15 May.

UNCTAD (2015). The role of competition in the pharmaceutical sector and its benefits for consumers. TD/RBP/CONF.8/3. 27 April.

Wallace J (2015). In re Cipro: California Supreme Court's structured approach to applying the Actavis standard to state antitrust claims. Available at http://www.schiffhardin.com/Templates/media/files/publications/PDF/IP_20150601.pdf.

World Intellectual Property Organization (2007). Intellectual property and competition as complementary policies: A test using an ordered probit model. Available at http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/study_ip_competition_oliveira.pdf.

World Intellectual Property Organization (2011). Survey on compulsory licences granted by member States to address anti-competitive uses of intellectual property rights. Available at: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_4/cdip_4_4_rev_study_inf_5.pdf.

World Intellectual Property Organization (2014). Patent pools and antitrust. Available at http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/patent_pools_report.pdf.

World Intellectual Property Organization (2016). Competition and patents. Available at <http://www.wipo.int/patent-law/en/developments/competition.html>.
