



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

Distr.
GÉNÉRALE

TD/B/COM.2/CLP/68
15 mai 2008

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

Neuvième session
Genève, 15-18 juillet 2008
Point 3 a) de l'ordre du jour provisoire

**POLITIQUES DE LA CONCURRENCE ET EXERCICE DES DROITS
DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**

Rapport du secrétariat de la CNUCED*

Résumé analytique

L'interaction de la politique de la concurrence et des droits de propriété intellectuelle (DPI) est décisive pour la dynamique économique des pays en développement comme des pays industrialisés désireux de promouvoir l'innovation, le transfert de technologie, une chance raisonnable pour les entreprises compétitives d'accéder aux marchés et des produits abordables et de bonne qualité pour les consommateurs. En ce qui concerne les accords de licence, les principales difficultés sont liées à l'imposition de conditions abusives et au refus de concéder des licences ou de vendre les produits. Dans le domaine des fusions et acquisitions, la politique de la concurrence devrait porter une attention minutieuse aux effets que de telles transactions ont sur les marchés pour ce qui est de l'innovation et de son impact sur la dynamique économique. La question de savoir si une constellation spécifique de DPI peut faire craindre des pratiques anticoncurrentielles devrait par conséquent être analysée avec soin selon ses propres caractéristiques.

* Le présent document a été soumis à la date indiquée ci-dessus en raison de retards survenus dans la procédure.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. APERÇU GÉNÉRAL	1	3
II. INTRODUCTION.....	2 – 14	3
A. Cadre théorique.....	2 – 7	3
B. Le cadre international	8 – 9	6
C. La dimension développement	10 – 14	7
III. CONSTELLATIONS SPÉCIFIQUES.....	15 – 39	10
A. Concurrence et brevets.....	16 – 21	10
B. Concurrence et octroi de licence sur les droits de propriété intellectuelle.....	22 – 29	13
C. Politique de la concurrence, importations parallèles et épuisement des DPI.....	30 – 32	16
D. Concurrence et droit d’auteur	33	17
E. Concurrence et marques de commerce et de fabrique	34 – 35	18
F. Concurrence, propriété intellectuelle et normalisation	36 – 37	19
G. Concurrence et droit sur les données d’essais sur les produits pharmaceutiques	38	19
H. Concurrence et innovation dans les affaires de fusions.....	39	20
IV. PERSPECTIVES: L’INTERACTION ENTRE POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET PROTECTION DES DPI ET LE RÔLE DE LA CNUCED.....	40	21

I. APERÇU GÉNÉRAL

1. L'interface entre les droits de propriété intellectuelle (DPI) et le droit et la politique de la concurrence soulève d'importantes questions économiques et juridiques. Depuis de nombreuses années, la CNUCED s'est penchée régulièrement sur ce problème. Les conclusions concertées de la huitième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence ont souligné le rôle décisif de la politique de la concurrence et des droits de propriété intellectuelle dans la réalisation des objectifs de développement. La CNUCED a été invitée à préparer un rapport à ce sujet¹. Le présent document a trois principaux objectifs: a) récapituler le débat théorique; b) dégager des points d'intérêt spécifiques; et c) formuler les questions suscitées par les problèmes futurs de l'interface entre la politique de la concurrence et les DPI dont les délégués voudront peut-être débattre. Par conséquent, ni la liste des constellations de questions juridiques spécifiques évoquées dans le présent rapport, ni les questions additionnelles soulevées ne prétendent à l'exhaustivité.

II. INTRODUCTION

A. Cadre théorique

2. La propriété intellectuelle (PI) porte sur des éléments d'information ou de savoir qui peuvent être incorporés dans des objets tangibles, dans un nombre illimité d'exemplaires, en plusieurs endroits du monde entier². Les DPI sont des droits exclusifs et temporaires créés par la loi. Ils visent à encourager les investissements dans l'innovation et son application.

3. De nombreuses législations nationales traitent la propriété intellectuelle (PI) comme toute autre forme de propriété juridique³. Contrairement à beaucoup d'autres formes de propriété, la propriété intellectuelle n'est pas concurrentielle; c'est-à-dire qu'une personne supplémentaire qui veut bénéficier de cette propriété n'encourt pas de coût supplémentaire. Mais, si personne ne payait pour la propriété intellectuelle, la seule propriété intellectuelle qui se créerait serait celle qui ne coûte rien. Selon la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne, «les DPI sont différents et généralement moins absolus que les droits de propriété "normaux"; ils sont souvent limités dans la durée (brevets, droits d'auteur), ne sont pas protégés contre la création parallèle par autrui (droits d'auteur, savoir-faire) ou perdent leur valeur dès qu'ils tombent dans le domaine public (savoir-faire)»⁴.

¹ CNUCED (2007). Conclusions concertées adoptées par le Groupe intergouvernemental d'experts à sa huitième session. TD/B/COM.2/CLP/L.12, 24 juillet 2007.

² Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (sans date). *Comprendre le droit d'auteur et les droits connexes*. Publication de l'OMPI n° 909 (F) à consulter sur http://www.wipo.int/freepublications/fr/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf.

³ United States Department of Justice and Federal Trade Commission (1995) (Ministère de la justice et Commission fédérale du commerce international des États-Unis). *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*. Singapore, Competition Commission of (2006) (Commission de la concurrence de Singapour). *Guidelines on the Treatment of Intellectual Property Rights*.

⁴ Direction générale de la concurrence de la Commission européenne (2007). *La politique de la concurrence et l'exercice des droits de propriété intellectuelle*, document présenté à la huitième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence.

4. Ce qui fait débat à propos des DPI porte en partie sur la question suivante: «Qui paie pour encourager l'activité potentiellement novatrice lorsqu'il ne coûte rien ou presque rien de copier ou reproduire la propriété intellectuelle, une fois qu'elle a été créée?». La loi institue les DPI afin de permettre aux innovateurs d'exclure les autres et de tirer profit de leurs propres innovations. Avec les brevets, par exemple, la loi compense les pertes dues à une sous-utilisation du brevet pendant sa durée de validité par les gains tirés de l'incitation à d'autres activités innovatrices. (La durée et le champ couvert sont deux dimensions importantes.) On ne sait pas quelle durée ou quelle portée offre le «meilleur» équilibre, même si la loi doit faire des choix, et le fait effectivement. Cet équilibre varie selon le niveau de développement des pays. Les pays en développement ont besoin de flexibilité pour déterminer ce qu'ils considèrent être le bon équilibre. Dans le monde développé, par exemple, avec un certain savoir – par exemple la recherche fondamentale – l'exclusion est parfois jugée impraticable ou indésirable.

5. Les régimes de DPI jouent un rôle clef dans la manière dont les entreprises privées et les instituts de recherche acquièrent et gèrent leurs actifs immatériels de connaissances. Par l'influence qu'ils exercent sur le rythme, les schémas et la diffusion du progrès technologique, ainsi que sur la concurrence, les DPI ont un impact sur la capacité d'innovation et la performance économique des pays développés comme des pays en développement. Des régimes de brevets plus efficaces ne font toutefois pas nécessairement augmenter l'investissement dans la recherche et le développement, mais vont plus probablement modifier la vitesse d'utilisation des technologies avancées sur le plan intérieur. La transition vers une économie fondée sur la connaissance, caractérisée par l'importance croissante des secteurs à forte utilisation de technologies et par la gestion efficiente des actifs intellectuels, a amené les gouvernements à modifier leurs politiques en matière de DPI et les entreprises leurs stratégies de gestion des DPI.

Définitions des termes de base

La propriété intellectuelle (PI) porte sur l'information ou le savoir. Les droits de propriété intellectuelle (DPI) sont des droits énoncés par la loi qui excluent toute exploitation commerciale de la propriété intellectuelle par d'autres que le propriétaire, sans l'autorisation de ce dernier, pendant une période spécifiée et dans un domaine spécifié. Les droits de propriété intellectuelle sont divisés en propriété industrielle et droit d'auteur. La propriété industrielle comprend les brevets (qui protègent les inventions), les dessins et modèles industriels (qui protègent l'apparence des produits industriels), «les marques de produits, les marques de services, les schémas de configuration de circuits intégrés, les noms commerciaux et les dénominations commerciales ainsi que les indications géographiques». Les brevets sont le moyen le plus répandu de protéger une invention. Une marque de commerce est un signe, ou une combinaison de signes, qui distinguent les biens ou les services d'une entreprise de ceux d'une autre entreprise. Les lois relatives au droit d'auteur servent à «[protéger] la forme d'expression des idées, pas les idées proprement dites» dans une œuvre littéraire ou artistique. Les programmes d'ordinateur entrent dans cette catégorie.

Source: Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (sans date). *Comprendre le droit d'auteur et les droits connexes*. Publication de l'OMPI n° 909 (F) disponible sur http://www.wipo.int/freepublications/fr/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf.

6. Le droit et la politique de la concurrence d'une part et le droit et la politique en matière de propriété intellectuelle d'autre part sont souvent considérés comme complémentaires en règle générale parce que les uns et les autres cherchent à promouvoir l'innovation et le développement de technologies et produits nouveaux au profit des consommateurs⁵. Il n'est pas toujours facile de définir le rapport existant entre les deux régimes et certains spécialistes doutent même que le droit de la concurrence soit bien adapté pour freiner les atteintes au DPI⁶.

7. En théorie économique, le lien entre concurrence et innovation (et par conséquent efficience dynamique) n'est pas évident. Les tenants d'une vision schumpeterienne feront valoir que les monopoles sont mieux à même de générer des fonds pour l'innovation et de capter les dividendes de l'innovation, ce qui en fait les principaux moteurs du progrès technologique et de l'innovation dans la société⁷. À leurs yeux, les entreprises se font concurrence pour créer des monopoles successifs. D'autres économistes, comme Arrow, qui sont d'un avis opposé, font valoir que la concurrence crée plus d'incitations à innover. Dans un environnement concurrentiel, les entreprises sont constamment incitées à investir dans la recherche et le développement afin d'acquérir ou de préserver un avantage sur leurs rivales⁸. Les monopolistes

⁵ États-Unis (1995). «Over the past several decades, antitrust enforcers and the courts have come to recognize that intellectual property laws and antitrust laws share the same fundamental goals of enhancing consumer welfare and promoting innovation.» (Depuis quelques décennies, les organes chargés d'appliquer la législation antitrust et les tribunaux reconnaissent peu à peu que les lois sur la propriété intellectuelle et les lois antitrust visent les mêmes objectifs fondamentaux, à savoir renforcer le bien-être des consommateurs et promouvoir l'innovation.); contribution des pays suivants: Barbade, Bulgarie, Burkina Faso, Danemark, France, Indonésie, Italie, Japon, Pérou, République bolivarienne du Venezuela, République tchèque, Singapour, Turquie, Union européenne, Viet Nam et Zimbabwe; Drexl J. (2005). The critical role of competition law in preserving public goods in conflict with intellectual property rights. Dans *Intellectual Public Goods and Transfer of Technology*. Cambridge; mais voir Pakistan (2007). Contribution à la huitième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence: «[B]oth [competition and intellectual property] laws spur innovation and efficiency but ... are conflicting in nature as they approach the same issue differently.».

⁶ Fox E. (2005). Can antitrust policy protect the global commons from the excess of IPRs? Dans Carsten F. (2005). *Intellectual Public Goods and Transfer of Technology*. Cambridge; Competition law as a means of containing intellectual property. Dans *Intellectual Public Goods and Transfer of Technology*. Cambridge.

⁷ Peter M. et Schumpeter J. A. (1942). *Capitalism, Socialism and Democracy*. Voir également Curley D. (2006). Innovation, intellectual property and competition – a legal and policy perspective. Dans *The Stockholm Network Experts' Series on Intellectual Property and Competition*. Stockholm; Direction générale de la concurrence de la Commission européenne (2007); Kenya (2007). Competition policy and the exercise of intellectual property rights. Contribution à la huitième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence. Auteur: Njoroge.

⁸ Direction générale de la concurrence de la Commission européenne (2007).

patentés peuvent étouffer leurs concurrents novateurs, ce qui décourage l'innovation⁹. Quant aux travaux empiriques menés sur la manière dont la structure du marché affecte l'innovation, ils n'apportent pas de certitude, certains faisant valoir que les données vont dans le sens de la doctrine d'Arrow tandis que d'autres déclarent que les marchés les plus novateurs ne sont ni trop compétitifs ni trop monopolisés. Dans le monde réel, les technologies diffèrent, par conséquent les marchés diffèrent, ce qui fait que la manière dont la concurrence se manifeste diffère. Selon Evans et Schmalensee, par exemple, des industries telles que les logiciels, les cyberentreprises, les réseaux de communication, la téléphonie mobile, la biotechnologie et, dans une moindre mesure, l'industrie pharmaceutique, connaissent de nos jours une concurrence de type schumpeterien¹⁰.

B. Le cadre international

8. Vu la diversité des règles nationales de la concurrence, une harmonisation globale de l'interface entre politiques de la concurrence et DPI semble peu probable dans un proche avenir¹¹. Par exemple, en 2004, l'Organisation mondiale du commerce (OMC) a abandonné les négociations sur la question de la politique de la concurrence¹². Par conséquent, l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives¹³ adopté en 1980 par l'Assemblée générale des Nations Unies reste le seul code multilatéral officiel portant sur la politique de la concurrence proprement dite. L'Ensemble est un texte convenu au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, qui reconnaît la dimension développement du droit et de la politique de la concurrence, et fournit un cadre pour la coopération au niveau international. L'un des objectifs de l'Ensemble est d'aboutir à une plus grande efficacité dans le commerce international et le développement par le biais, entre autres, de l'encouragement à l'innovation. L'Ensemble dispose que les entreprises vont s'abstenir d'imposer des restrictions à l'importation de biens légitimement désignés à l'étranger par une marque de commerce ou de fabrique identique ou similaire à la marque de commerce ou de fabrique protégée dans le pays importateur pour les biens identiques ou similaires, quand les marques en question sont de même origine, et que ces

⁹ Stiglitz J. (2005). Intellectual property rights and wrongs. *Daily Times*: http://www.dailytimes.com.pk/default.asp?page=story_16-8-2005_pg5_12.

¹⁰ Cité dans Direction générale de la concurrence de la Commission européenne (2007 – anglais seulement).

¹¹ Heimler A. (2007). Competition law enforcement and intellectual property rights; Rill J. (2003). International antitrust and intellectual property harmonization of the interface. Dans *Law and Policy in International Business*. Summer, disponible sur: http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3791/is_20037/ai_n9259838/pg_14.

¹² Décision du Conseil général de l'OMC disponible sur: http://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/draft_text_gc_dg_31juillet04_f.htm.

¹³ CNUCED (2000). L'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence. UNCTAD/RBP/CONF/10/Rev.2, disponible sur: <http://www.unctad.org/fr/docs/tdrbpconf10r2.fr.pdf>.

restrictions limitent l'accès aux marchés ou restreignent indûment la concurrence. L'Ensemble traite par conséquent de la question des importations parallèles, qui retient de plus en plus l'intérêt depuis quelques années et sera examinée de manière plus détaillée au chapitre III.

9. La protection des droits de propriété intellectuelle fait l'objet de l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (ADPIC). L'Accord sur les ADPIC énonce les normes minimales de protection à prévoir dans les principaux secteurs des DPI et des règles concernant les moyens de faire respecter les droits¹⁴. Mais il accorde aussi certaines flexibilités aux pays en développement¹⁵. Certaines dispositions évoquent directement les questions relatives à la concurrence, à savoir l'article 40 1), dans lequel il est reconnu que «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 la diffusion de technologie» et peuvent par conséquent être qualifiées d'illégales. L'Accord sur les ADPIC reconnaît le régime des licences obligatoires (les pouvoirs publics ou un tiers autorisé par les pouvoirs publics utilisent – moyennant une rémunération adéquate – l'objet d'un brevet) dans le cadre du droit interne, et prévoit une procédure qui précède l'octroi d'une licence obligatoire ainsi que des exceptions. Un article distinct mentionne spécifiquement la santé publique et la nutrition ainsi que l'intérêt public dans des secteurs socioéconomiques d'une importance vitale pour les pays membres¹⁶. Les mesures visant à empêcher que des arrangements restrictifs en matière de licence n'entravent la concurrence sur un marché intérieur sont laissées au choix de chacun des pays membres, même si la consultation et la coopération entre les membres sont encouragées¹⁷. En outre, la Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique a précisé le fait que l'Accord ne devrait pas empêcher les membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique, en mentionnant spécialement les épidémies, ni de proroger les périodes de transition pendant lesquelles le commerce des produits pharmaceutiques a fait l'objet de restrictions¹⁸.

C. La dimension développement

10. L'Accord sur les ADPIC va certainement continuer à poser de sérieux problèmes aux pays en développement eu égard à leurs régimes de droits de propriété intellectuelle. Mais il autorise également certaines flexibilités que ces pays peuvent utiliser pour répondre à leurs préoccupations particulières en matière de développement. Les préoccupations majeures des pays en développement dans le contexte de l'application de l'Accord sur les ADPIC sont

¹⁴ CNUCED (2004). *Manuel sur la mise en application des règles de la concurrence*. New York et Genève.

¹⁵ Pour de plus amples détails sur les flexibilités de l'Accord sur les ADPIC, voir UNCTAD-ICTSD: Resource Book on TRIPS and Development.

¹⁶ Art. 8 1) et 31 b) de l'Accord sur les ADPIC, 15 avril 1994.

¹⁷ CNUCED (2004).

¹⁸ Quatrième session de la Conférence ministérielle de l'OMC, Doha, 14 novembre 2001, disponible sur: http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f.htm.

centrées, notamment, sur trois problèmes: a) l'accès aux médicaments; b) la biotechnologie et les savoirs traditionnels; et c) assurer le transfert de technologies qui sont sensibles au climat de l'investissement étranger¹⁹. Les pays en développement ont mis l'accent récemment sur les exceptions à la protection de la propriété intellectuelle qu'autorise l'Accord sur les ADPIC²⁰, en particulier pour les produits pharmaceutiques, par exemple dans le cas de l'Afrique du Sud²¹, la Thaïlande²², le Brésil²³ et le Rwanda²⁴. Mais l'élaboration de la politique en matière de droits de propriété intellectuelle dans les pays en développement est une question intersectorielle, car il faut trouver un équilibre entre la nécessité de protéger les droits de propriété intellectuelle, la nécessité de promouvoir la diffusion des technologies et celle de développer l'industrie nationale et la capacité d'innovation, en tenant compte des flexibilités autorisées par l'Accord sur les ADPIC. En outre, les pays en développement, qui ont un système de contrôle de la concurrence moins développé, ont peu d'expérience lorsqu'il s'agit de traiter des affaires mettant en jeu la concurrence et la propriété intellectuelle²⁵.

¹⁹ Janis M. (2005). «Minimal» standards for patent-related antitrust law under TRIPS. Dans *Intellectual Publics Goods and Transfer of Technology*. Cambridge.

²⁰ En ce qui concerne la mise en œuvre des flexibilités de l'Accord sur les ADPIC pas seulement dans les pays en développement, voir les contributions de la Colombie, du Danemark, de la France, de l'Inde, de la Jamaïque, du Japon, du Pakistan, du Panama, de la République bolivarienne du Venezuela, de la République tchèque, de Singapour, de la Suisse, de la Tunisie et de la Turquie. Voir en particulier l'exemple de la République bolivarienne du Venezuela, où l'Agence de la concurrence a appliqué l'article 8 de l'Accord sur les ADPIC dans des cas spécifiques: contribution de la République bolivarienne du Venezuela (2008). Contribution à la neuvième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence.

²¹ Décision disponible sur: <http://www.compcom.co.za/resources/Media%20Releases/MediaReleases%202003/Jul/Med%20Rel%2034%200f16%20Dec%202003.asp>.

²² Flynn S. (2007). Thailand's lawful compulsory licensing and Abbott's anticompetitive response. Program on Information Justice and Intellectual Property. American University. Washington, DC.

²³ Jack A. et Lapper R. (2007). Brazil spurns patent on HIV drug. *Financial Times* (édition en ligne).

²⁴ Rwanda (2007). IP/N/9/RWA/1, 19 juillet.

²⁵ En ce qui concerne le faible nombre de précédents en matière d'affaires relatives à la concurrence et aux DPI pas seulement dans les pays en développement, voir les contributions de l'Albanie, de la Barbade, du Bhoutan, de la Bosnie-Herzégovine, du Burkina Faso, de la Colombie, du Costa Rica, du Danemark, de la Jamaïque, de la Lettonie, de l'Inde, de l'Indonésie, du Pérou, de la République bolivarienne du Venezuela, de la République tchèque, de Singapour, de la Slovaquie, de la Tunisie, de la Turquie, de l'Uruguay, du Viet Nam et du Zimbabwe.

11. Les régimes de droits de propriété intellectuelle diffèrent d'un pays à l'autre. Ils sont une composante seulement d'un ensemble de mesures plus large, qui comprend la science et la technologie, la concurrence et le commerce, ensemble qui influe directement ou non sur leur élaboration, leur application et les moyens utilisés pour les faire respecter. Du point de vue du développement, les difficultés à surmonter consistent à identifier les éléments incontournables qui doivent faire partie d'un système moderne de droits de propriété intellectuelle, à améliorer la cohérence des politiques en matière de DPI et des autres politiques pertinentes et à améliorer la structure institutionnelle afin que le régime de DPI fonctionne mieux, tout en veillant à ce qu'une utilisation abusive des DPI n'étouffe pas l'innovation et la croissance économique²⁶. Les pays en développement devraient analyser l'expérience de certains pays développés et d'autres pays en développement qui ont ajusté leurs politiques et leurs institutions afin d'améliorer la protection des droits de propriété intellectuelle dans le processus de transition vers une économie globalisée et à forte intensité de connaissance²⁷.

12. La Croatie a su trouver un moyen intéressant pour des petits pays ou des pays en développement de tirer parti des analyses et du pouvoir d'entités plus importantes. À la demande de l'Agence croate de la concurrence, Microsoft s'est engagé à respecter, en Croatie, les conditions et obligations imposées par la Commission européenne dans la décision 2007/53/CE du 24 mars 2004, confirmée par le Tribunal de première instance le 17 septembre 2007²⁸.

13. Les recherches de la Banque mondiale apportent des données plus nuancées sur le rapport existant entre le développement, la concurrence et le progrès technologique. Pour dire les choses simplement, le progrès technologique dans les pays en développement s'obtient en absorbant ou en adaptant des technologies étrangères. L'aptitude des pays en développement à le faire dépend de leur exposition aux technologies étrangères, le plus souvent grâce à l'investissement étranger direct (IED), de la volonté des entrepreneurs nationaux de prendre des risques sur les technologies et des compétences de la population. Dans ses recherches, la Banque observe une tendance selon laquelle, dans certains secteurs, des régimes de DPI plus efficaces vont de pair avec des flux de connaissances accrus et un IED en direction des pays à revenu moyen et des grands pays en développement, mais pas en direction des pays pauvres²⁹.

²⁶ Commission on Intellectual Property Rights (2002). Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy. CIPR. Londres.

²⁷ Pour les leçons à tirer de l'histoire juridique des États-Unis, dans ce contexte, voir Janis (2005).

²⁸ Croatie (2008). Contribution à la neuvième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence.

²⁹ Banque mondiale (2008). Global Economic Prospects 2008: Technology Diffusion in the Developing World. Disponible sur <http://econ.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTDECPROSPECTS/GEPEXT/EXTGEP2008/0,contentMDK:21603882~menuPK:4503397~pagePK:6467689~piPK:64167673~theSitePK:4503324,00.html>.

14. Tout le monde n'est pas convaincu que les droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence apportent des avantages. La communication de l'Indonésie à la huitième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence montre bien l'opinion populaire en cours dans ce pays: a) les droits de propriété intellectuelle sont ceux des pays avancés; b) le droit de la concurrence appartient aussi aux seuls pays développés; et c) les gens achètent des produits piratés parce qu'ils coûtent beaucoup moins cher que les produits fabriqués sous licence. Selon la communication du Kenya à la huitième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence, «les droits exclusifs auront ... tendance à graviter vers les grandes entreprises ou les entreprises dominantes, indépendamment du bien-fondé juridique de leurs revendications», parce que «les procès en justice (concernant les brevets) coûtent cher et que l'issue va probablement être favorable à la partie qui détient le plus gros portefeuille».

III. CONSTELLATIONS SPÉCIFIQUES

15. On se borne dans le présent rapport à étudier certains aspects de l'interface entre les droits de propriété intellectuelle et la politique de la concurrence. Les pratiques anticoncurrentielles liées aux DPI peuvent impliquer la collusion, l'élimination des incitations à innover ou l'exclusion des concurrents. Certaines restrictions spécifiques des accords de licences peuvent impliquer des restrictions territoriales ou une exclusivité, en violation des lois sur la concurrence de certaines entités.

A. Concurrence et brevets

1. L'interaction des brevets existants

16. Le cas où plusieurs brevets sont combinés constitue une difficulté spécifique. De telles combinaisons sont de plus en plus utilisées par les sociétés et portent en germe des effets anticoncurrentiels. On ne trouve guère de précédents d'affaires où des DPI mettent en jeu des brevets combinés dans les pays en développement ou les pays en transition³⁰. C'est pourquoi il serait peut-être utile que les experts examinent les effets anticoncurrentiels possibles de ces pratiques et se préparent à réagir lorsque les premières affaires apparaîtront dans leur pays³¹.

³⁰ En ce qui concerne le petit nombre de précédents d'affaires liées aux DPI mettant en jeu des brevets combinés non seulement dans les pays en développement ou les pays en transition, voir les contributions des pays suivants: Albanie, Barbade, Bhoutan, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Burkina Faso, Colombie, Croatie, Danemark, Fédération de Russie, France, Inde, Indonésie, Italie, Jamaïque, Panama, Pakistan, Pérou, République tchèque, Singapour, Slovaquie, Suisse, Tunisie, Turquie, Uruguay, Viet Nam et Zimbabwe.

³¹ Pour illustrer les ententes anticoncurrentielles nées des paquets de brevets, voir le raisonnement et les critères utilisés par la Cour d'appel fédérale des États-Unis (United States Court of Appeals for the Federal Circuit) dans l'affaire récente *U.S. Philips Corp. v. International Trade Commission*, United States Court of Appeals for the Federal Circuit, 04-1361, analysée dans Bhattacharyya S (2007). *U.S. Philips Corp. v. International Trade Commission: Seeking a Better Tie Between Antitrust Law and Package Licensing*. Dans *Columbia Journal of Law and Social Problems*. New York.

17. Les buissons de brevets sont un ensemble de droits de brevets qui se chevauchent et obligent ceux qui veulent commercialiser de nouvelles technologies à obtenir des licences pour utiliser des brevets multiples, ce qui renchérit considérablement l'opération envisagée³². Les licences croisées ont généralement pour effet positif de permettre aux entreprises exploitant un bouquet de brevets qui se chevauchent de combiner l'utilisation de différents brevets afin de développer des technologies. Mais ces licences croisées peuvent aussi favoriser une entente sur les prix (anticoncurrentiel) et dresser des obstacles à l'accès au marché d'autres concurrents, puisque ces derniers pourraient être contraints de négocier avec toutes les entreprises concernées, ou imposer des conditions excessives aux non-membres³³. Les communautés de brevets désignent plusieurs titulaires de brevets qui mettent en commun leurs brevets et, au moyen d'une entité commune, accordent des licences à des tiers³⁴. Les communautés de brevets peuvent réduire les frais de transaction en permettant à une partie de négocier simultanément des licences multiples afin d'utiliser des brevets multiples.

18. Comment le droit et la politique de la concurrence peuvent-ils traiter ces pratiques commerciales? L'accumulation des brevets en paquets réduit généralement les coûts de la transaction et limite les incertitudes, d'où peut-être une efficacité plus grande³⁵. Ce système peut toutefois avoir des effets anticoncurrentiels s'il est utilisé, par exemple, pour des ententes sur les prix ou la fixation des prix, ou pour décourager l'innovation³⁶. Les communautés de brevets composées de brevets de substitution (ceux qui visent des technologies concurrentes) sont généralement plus problématiques que celles qui se composent de compléments (brevets visant différentes parties de la même technologie)³⁷. La combinaison de plusieurs droits de propriété intellectuelle peut soulever la question de savoir si les redevances cumulées constituent des redevances «excessivement élevées» qui sont anticoncurrentielles³⁸.

³² Commission fédérale du commerce international des États-Unis (United States Federal Trade Commission) (2003). To promote innovation: the proper balance of competition and patent law and policy. Rapport.

³³ Jaffe A. et Lerner J. (2004). Innovation and its discontents: how our broken patent system is endangering innovation and progress, and what to do about it. Princeton University Press.

³⁴ Ullrich H. (2005). Patent pools: approaching a patent law problem via competition policy. Dans *European Competition Law Annual*.

³⁵ États-Unis (1995).

³⁶ United States Department of Justice and Federal Trade Commission (Département de la justice et Commission fédérale du commerce international des États-Unis) (2007). Antitrust enforcement and intellectual property rights: promoting innovation and competition. Disponible sur: www.ftc.gov/reports/index.shtml.

³⁷ États-Unis (2007).

³⁸ Correa C. (2007). Intellectual property and competition law: exploration of some issues of relevance to developing countries. University of Buenos Aires. Juillet.

19. L'existence de ces questions est aussi attestée par le fait que la Commission européenne a ouvert une enquête sectorielle sur l'industrie pharmaceutique au début de 2008 au sujet des problèmes de concurrence dans les réseaux de brevets. L'enquête a été suscitée par des indications selon lesquelles la concurrence pourrait ne pas jouer pleinement son rôle sur les marchés pharmaceutiques européens, car moins de produits pharmaceutiques nouveaux apparaissent sur le marché et l'arrivée des produits pharmaceutiques génériques semble parfois retardée. L'enquête examinera les accords passés entre les sociétés pharmaceutiques, comme les règlements de litiges liés aux brevets, et les obstacles artificiels qui ont pu être créés à l'entrée sur le marché, entre autres par l'utilisation abusive des droits de brevets ou par des procédures contentieuses à des fins vexatoires³⁹.

2. La délivrance de nouveaux brevets

20. La procédure de délivrance de nouveaux brevets peut donner lieu à des problèmes de concurrence. Un brevet qui est probablement invalide ou excessivement large («qualité médiocre») peut décourager l'innovation en incitant les rivaux à prendre des mesures pour éviter d'enfreindre le brevet de qualité médiocre. Les concurrents innovateurs sont dissuadés par la crainte d'engager des procédures judiciaires coûteuses et longues ou de devoir payer des redevances injustifiées. Les rivaux abandonneront peut-être certaines lignes de recherche, par exemple. Comment la politique de la concurrence peut-elle améliorer la situation? Comme la procédure de délivrance des brevets relève généralement des seules autorités chargées des droits de propriété intellectuelle, il serait peut-être souhaitable d'avoir un débat sur la manière d'anticiper et d'éviter si possible les effets anticoncurrentiels des brevets de qualité médiocre.

21. On trouvera ci-dessous quelques exemples de stratégies de délivrance des brevets qui sont susceptibles de créer des effets anticoncurrentiels. Le prolongement («evergreening») des brevets consiste à acquérir des brevets sur des développements mineurs ou ultérieurs sans importance afin de prolonger la durée des droits exclusifs au-delà de la durée de validité initiale du brevet. On en trouve une illustration avec l'affaire européenne *AstraZeneca*⁴⁰, dans laquelle il a été conclu que la société abusait de sa position dominante en détournant les procédures gouvernementales afin d'exclure des concurrents producteurs de génériques⁴¹. Faire écran (ou noyer ou miner) signifie que l'on convertit un secteur en buisson de brevets, c'est-à-dire un «tissu dense de droits de propriété intellectuelle qui se chevauchent et dans lequel une société doit se frayer un chemin par effraction afin de pouvoir commercialiser réellement une technologie nouvelle»⁴². Des commentateurs font valoir que les risques d'abus stratégiques et de pratiques anticoncurrentielles en matière de brevets se sont accrus du fait que les États-Unis,

³⁹ Commission européenne (2008). Communiqué de presse IP/08/49 du 16 janvier 2008 disponible sur <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/49&format=HTML&aged=0&langage=FR&guiLanguage=en>.

⁴⁰ Décision de la Commission dans l'affaire COMP/A/37.507/F3 *AstraZeneca*, en appel.

⁴¹ Direction générale de la concurrence de la Commission européenne (2007).

⁴² Shapiro C. (2001). Navigating the patent thicket: cross licenses, patent pools, and standard-setting. Dans *Innovation Policy and the Economy*. Adam Jaffe *et al.*, dir. publ.

en particulier, ont facilité l'obtention des brevets et leur stricte application, et ont rendu plus difficile d'en contester la validité⁴³.

B. Concurrence et octroi de licence sur les droits de propriété intellectuelle

1. Accords de licences

22. Certaines conditions courantes dans les accords de licences pourraient faire naître des inquiétudes en matière de concurrence, mais seraient évaluées sur la base des faits et au cas par cas. Les clauses de non-revendication «prévoient généralement qu'une partie contractante ne va pas faire valoir les droits de brevet ou les autres droits de propriété intellectuelle contre l'autre partie contractante, même si cette dernière devait en faire un usage constituant une contrefaçon (atteinte)»⁴⁴. Ces clauses permettent aux entreprises d'éviter les procédures judiciaires, ce qui limite les coûts de la transaction, mais elles risquent de décourager l'innovation en limitant la possibilité pour les preneurs de licence de recueillir les bénéfices de leur propriété intellectuelle⁴⁵. Une rétrocession est un «arrangement en vertu duquel le preneur de licence accepte de faire bénéficier le donneur de licence sur une propriété intellectuelle du droit d'utiliser des améliorations de la technologie sous licence apportées par le preneur»⁴⁶. Les conditions des rétrocessions sont variables. Elles peuvent faciliter l'octroi de licences en aval parce qu'elles laissent aux deux parties le soin de se partager le risque concernant la véritable valeur de la propriété intellectuelle initiale et additionnelle. Mais elles peuvent aussi avoir des effets anticoncurrentiels, comme cela est explicitement énoncé à l'article 40 2) de l'Accord sur les ADPIC, étant donné que ces rétrocessions peuvent être rédigées de telle sorte que le donneur de licence recueille tous les avantages découlant d'une éventuelle invention ultérieure (décourageant ainsi une telle invention) et elles peuvent étendre indûment l'emprise sur le marché des titulaires du brevet. Les accords de redevances sur résultats de recherche futures «accordent au titulaire de brevet sur un instrument de recherche en amont le droit de recevoir une rémunération basée sur les ventes ou l'utilisation d'un produit successeur ("follow-on") en aval créé grâce à cet instrument». L'intérêt de ces accords est de permettre aux chercheurs ultérieurs de partager les risques liés à l'innovation, mais ils peuvent également décourager l'innovation ultérieure⁴⁷.

⁴³ Jaffe A. et Lerner J. (2004 et 2006). Innovation and its discontents. Dans *The Wall Street Journal*.

⁴⁴ États-Unis (2007).

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

23. Dans quelques grands systèmes juridiques, la loi définit une certaine zone de sécurité à l'intérieur de laquelle les accords de licence ne sont pas contestés en justice. Les autorités des États-Unis chargées de la concurrence estiment que ces conditions ne vont pas, en fin de compte, nuire à la concurrence. Pour faire cette évaluation, elles prendraient en considération les questions de savoir: a) si le titulaire du mandat a une emprise sur le marché; b) si la pratique encourage l'entente illégale; c) si la pratique crée des obstacles à l'entrée sur le marché; et d) si la pratique décourage les innovations futures⁴⁸. Le Règlement de la Commission européenne portant exemption par catégorie en faveur du transfert de technologie (2004) (Règlement n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, par. 3, du traité à des catégories d'accords de transferts de technologie) décrit un sanctuaire pour les accords de licences concédées sur la propriété intellectuelle. Lorsqu'un accord contient des restrictions qui n'ont pas d'effets gravement anticoncurrentiels, et que le donneur de licence ainsi que le preneur de licence sont concurrents, leur part cumulée sur le marché ne doit pas dépasser 20 % pour qu'ils aient droit à l'exemption (au sanctuaire), mais s'ils ne sont pas concurrents, ils doivent avoir chacun une part de marché inférieure à 30 % afin de pouvoir en bénéficier. En ce qui concerne les conditions contractuelles analysées plus haut, ni les obligations de rétrocession exclusive ni les clauses de non-revendication ne répondent à ces critères.

24. L'Indonésie a connu une affaire portant sur des licences exclusives. Un fournisseur de programmes télévisés payants, ESPN Star Sport, envisageait de mettre fin à son accord avec six diffuseurs en Indonésie et de proposer un accord de transmission exclusive à un seul diffuseur. L'Autorité indonésienne de la concurrence a estimé que cela serait en violation de la loi sur la concurrence. ESPN Star Sport a accepté d'annuler son plan de licence exclusive⁴⁹.

2. Refus de concéder une licence et licences obligatoires

25. Les conditions imposées par la loi à la concession de licences obligatoires (les pouvoirs publics utilisent ou autorisent une personne à utiliser un objet protégé sans le consentement du titulaire des droits de propriété intellectuelle) varient beaucoup selon les pays, mais il semble généralement admis que certains refus d'octroyer une licence peuvent entraver la concurrence et pourraient être traités comme une violation des règles de la concurrence dans certaines circonstances⁵⁰.

26. Lorsqu'un titulaire unique de droit de propriété intellectuelle refuse de concéder une licence, la première question est de savoir si le DPI confère une emprise sur le marché. Dans la négative, un refus ne va probablement pas nuire à la concurrence. Même si le DPI confère une emprise sur le marché, le refus d'accorder la licence peut ne pas être une violation du droit de la concurrence. Les différents systèmes juridiques font des analyses différentes. Aux États-Unis,

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Indonésie (2008). Contribution à la neuvième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence.

⁵⁰ Contributions des pays suivants: Barbade, Croatie, Danemark, France, Japon, Pérou, République tchèque, Singapour, Tunisie, Union européenne et Zimbabwe; États-Unis (2007).

après des auditions publiques récentes, et à la suite de l'arrêt *Trinko* de la Cour suprême⁵¹, l'avis général était que les refus non conditionnels d'octroyer une licence ne constituaient pas une violation des lois sur la concurrence. Toutefois, les refus conditionnels de concéder une licence pouvaient nuire à la concurrence et constituer une violation des lois sur la concurrence⁵².

27. À l'inverse, le Tribunal européen de première instance, dans l'arrêt *Microsoft* rendu en 2007⁵³, a ordonné à la société de fournir des informations sur l'interopérabilité. Le Tribunal a noté:

«[Un] simple refus, même émanant d'une entreprise en position dominante, d'octroyer une licence à un tiers ne saurait constituer en lui-même un abus de position dominante au sens de l'article 82 CE. Ce n'est que lorsqu'il est entouré de circonstances exceptionnelles telles que celles envisagées jusqu'à présent dans la jurisprudence qu'un tel refus peut-être qualifié d'abusif et que, partant, il est permis, dans l'intérêt public du maintien d'une concurrence effective sur le marché, d'empiéter sur le droit exclusif du titulaire de droit de propriété intellectuelle en l'obligeant à octroyer des licences aux tiers qui cherchent à entrer sur ce marché ou à s'y maintenir.» (par. 691).

28. Dans le document de réflexion de la Commission européenne sur l'application de l'article 82 du Traité CE, il est question entre autres de l'octroi de licences obligatoires. Le refus de fournir un intrant est analysé de manière à savoir s'il réunit la totalité des cinq conditions suivantes: a) ce comportement peut être qualifié de refus de fournir; b) la société a une position dominante; c) l'intrant était indispensable; d) le refus est susceptible d'avoir un effet négatif sur la concurrence; et e) il y a absence de justification objective. Dans le cas d'un refus d'octroyer une licence sur un droit de propriété intellectuelle, une condition supplémentaire doit être remplie, à savoir que la licence est un intrant indispensable pour produire des produits nouveaux pour lesquels il existe une demande potentielle des consommateurs⁵⁴.

29. Dans certains cas, les pays en développement soit ont utilisé les licences obligatoires en se fondant sur les flexibilités de l'Accord sur les ADPIC, notamment pour accorder l'accès aux produits pharmaceutiques⁵⁵, soit vivement encouragé l'octroi de licence pour les produits

⁵¹ 540 U.S. 398 (2004).

⁵² États-Unis (2007).

⁵³ Jugement du Tribunal de première instance du 17 septembre 2007 dans l'affaire T-201/04, *Microsoft c. Commission*.

⁵⁴ Direction générale de la concurrence de la Commission européenne (2007).

⁵⁵ Flynn (2007). Rwanda, voir IP/N/9/RWA/1 du 19 juillet 2007; Brésil, voir Jack A. et Lapper R. (2007). Brazil spurns patent on HIV drug. *Financial Times* (édition en ligne). Pour une affaire concernant un pays développé voir Coco R. et Nebbia P. (2007). Compulsory licensing and interim measures. Dans Merck: a case for Italy or for antitrust law? *Journal of Intellectual Property Law and Practice*. Oxford.

pharmaceutiques⁵⁶. Ils l'ont fait malgré de nombreuses mises en garde recommandant un recours plutôt limité aux licences obligatoires⁵⁷.

C. Politique de la concurrence, importations parallèles et épuisement des DPI

30. Les différences de prix sur le plan international sont susceptibles d'améliorer le bien-être général, même si elles sont choquantes au regard de l'équité, du fait que certains consommateurs paient plus cher que d'autres le même produit. L'aspect positif des différentiels de prix tient à ce que certains consommateurs, qui se voient proposer un produit à un prix bas dans le cadre d'une stratégie discriminatoire, seraient peut-être dans l'impossibilité d'acheter le produit si celui-ci était sur le marché à un prix unique et uniforme. En outre, les différences de prix sont généralement plus avantageuses que la fixation d'un prix unique, en ce sens qu'elles impliquent des incitations accrues à l'innovation, entre autres activités. D'un autre côté, les différences de prix risquent d'avoir un effet anticoncurrentiel si la fixation discriminatoire des prix n'est pas fondée sur une justification objective.

31. Les droits de propriété intellectuelle peuvent favoriser la différenciation des prix sur le plan international. La vente et la revente de biens et de services protégés par des DPI peuvent faire l'objet de restrictions territoriales par le détenteur des DPI. La répression des importations parallèles (importations non autorisées par le producteur) peut prendre la forme d'actions visant à faire respecter les DPI. Mais si ceux-ci sont «épuisés», c'est-à-dire que le titulaire du brevet n'a plus de droits, ils ne peuvent servir de base à un blocage des importations parallèles. (Le piratage, lorsque le titulaire de DPI n'a pas autorisé l'utilisation commerciale et n'a pas été rémunéré pour cela, est entièrement différent.) Souvent, les biens et les services protégés par des DPI ne peuvent pas faire l'objet d'échanges au-delà des frontières nationales (les DPI ne sont pas «épuisés»). Toutefois, l'Union européenne applique un système en vertu duquel les droits de brevet s'épuisent au niveau d'une région.

32. On peut lire dans un rapport d'une commission de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) que «En ce qui concerne le commerce parallèle entre les pays développés en tant que groupe et les pays en développement en tant que groupe, tout laisse à penser que les restrictions aux importations parallèles, qui sont prévues dans la législation de la plupart des pays développés, sont bénéfiques en cela qu'elles contribuent à préserver, grâce au cloisonnement des marchés, les systèmes de prix différenciés potentiellement avantageux pour les pays en

⁵⁶ En Afrique du Sud, GlaxoSmithKline et la Commission de la concurrence sont parvenues à un accord selon lequel la société GSK accorderait une licence sur les médicaments antirétroviraux à certains fabricants de génériques destinés à être vendus en Afrique du Sud et dans les pays d'Afrique subsaharienne, en échange de quoi la Commission ne renverrait pas devant le Tribunal de la concurrence une plainte pour prix abusivement élevés. Voir <http://www.compcom.co.za/resources/Media%20Releases/MediaReleases%202003/Jul/Med%20Rel%2034%200f16%20Dec%202003.asp>.

⁵⁷ Voir entre autres: Fox (2005); Ullrich H. (2005). Expansionist intellectual property protection and reductionist competition rules: a TRIPS perspective. Dans *Intellectual Public Goods and Transfer of Technology*. Cambridge.

développement et qu'elles aident à maintenir des prix bas dans ces pays.»⁵⁸. D'autre part, sur les marchés n'ayant pas de contrôle des prix, les importations parallèles peuvent favoriser la concurrence, en ce sens qu'elles peuvent contribuer à réduire les entraves à l'entrée sur le marché et démanteler la collusion entre fabricants⁵⁹. Le débat sur le régime approprié d'épuisement des droits est très mouvementé⁶⁰.

D. Concurrence et droit d'auteur

33. Les éventuels effets anticoncurrentiels de la protection du droit d'auteur, notamment sur les logiciels, ont été au cœur de certaines grandes affaires. Il a été noté en particulier que le droit d'auteur sur les interfaces risquait de bloquer les marchés secondaires, ce qui entraînerait un déni d'accès à ce que l'on pouvait considérer une facilité essentielle à une concurrence sans distorsions. Il convient de noter en outre que, dans le domaine des logiciels en particulier, l'impact des effets économiques de réseau et leurs rendements d'échelle croissants sont des éléments importants⁶¹. Il y a par conséquent une tendance favorable aux structures monopolistiques par rapport aux autres marchés⁶², qu'il s'agisse des systèmes d'exploitation, des sites de vente aux enchères, des sites Web de réseaux sociaux ou des moteurs de recherche. La décision rendue en 2007 dans l'affaire *Microsoft* par le Tribunal de première instance de la

⁵⁸ Organisation mondiale de la santé, Commission sur les droits de propriété intellectuelle, l'innovation et la santé publique (2006). Santé publique, innovation et droits de propriété intellectuelle: rapport de la Commission sur les droits de propriété intellectuelle, l'innovation et la santé publique.

⁵⁹ Heimler A. (2007).

⁶⁰ Ganslandt M. et Maskus K. (2007). Intellectual property rights, parallel imports and strategic behaviour. IFN Working Paper No. 704. Research Institute of Industrial Economics. Stockholm; Fink (2005); Arfwedson J. (2003). Parallel trade in pharmaceuticals. Dans *International Policy Network*. United Kingdom Commons Select Committee on Trade and Industry (1999). Eighth report on trade marks fakes and consumers. London. Cité dans Kenny P. et McNutt P. (1999). Competition, parallel imports and trademark exhaustion: two wrongs form trademark right. Competition Authority Discussion Paper. Dublin; en ce qui concerne l'affaire des produits pharmaceutiques, voir Dubois P.-A. et Fernandez-Garnelo F. (2007). Parallel trading and European competition law. Dans *Intellectual Asset Magazine*. London; Heimler A. (2007); Drexel J. (2005); Kobak J. (2005). Exhaustion of intellectual property rights and international trade. Dans *Global Economy Journal*. Berkeley.

⁶¹ Schmalensee R. et Evans D. (2001). Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries. NBER Working Paper, citation extraite de: Commission européenne (2007). Competition policy and the exercise of intellectual property rights. Contribution à la huitième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence.

⁶² Anderman S. (2007). The competition law/IP «interface»: an introductory note. Dans *The interface between Intellectual Property Rights and Competition Policy*. Cambridge University Press.

Cour européenne a déjà été mentionnée dans le contexte des licences obligatoires. Il y a eu deux autres décisions européennes remarquables et controversées, celle rendue dans l'affaire *Magill* (impliquant des guides sur les programmes télévisés, curieusement couverts par le droit d'auteur en Irlande, pays où le litige a pris naissance) et l'affaire *IMS Health* (concernant une méthode d'organisation des données relatives aux ventes de produits pharmaceutiques en Allemagne, protégée par le droit d'auteur qui était devenue la norme de facto)⁶³. Pour certaines affaires, notamment *Microsoft* et *IMS Health*, les effets de réseau des normes relatives aux produits concernés étaient importants et l'objet protégé par le droit d'auteur constituait les normes.

E. Concurrence et marques de commerce et de fabrique

34. Les marques de commerce et de fabrique favorisent généralement la concurrence car elles sont déterminantes pour que des clients fassent la distinction entre les produits d'une société et ceux d'une autre société. L'utilisation abusive de la marque d'autrui est un cas type de concurrence déloyale. Les affaires de concurrence déloyale liées aux marques constituent une grande part de la charge de travail des autorités de la concurrence qui sont disposées à s'occuper des affaires de cet ordre. Une étude a constaté, par exemple, que sur les 49 affaires sur lesquelles avait statué la Commission préventive centrale (Comisión Preventiva Central) du Chili en 2001, 14 concernaient la concurrence déloyale en matière de marques⁶⁴. Les autorités de la concurrence pourraient se demander s'il serait dans l'intérêt général de laisser le soin aux tribunaux de commerce ordinaires de juger les litiges en matière de marques, car elles économiseraient ainsi leurs ressources.

35. Faire respecter le droit des marques peut également servir à bloquer les importations parallèles. Gardant à l'esprit l'objectif spécifique d'intégration du marché au sein de l'Union européenne, la Cour européenne de justice a conclu que la protection du titulaire d'une marque ne va pas jusqu'à interdire l'importation de biens portant la marque qui ont été légitimement commercialisés dans un État membre. Dans une série d'affaires, la Cour a énoncé les conditions dans lesquelles des produits de grande marque reconditionnés pouvaient être revendus dans un autre État membre⁶⁵. Par conséquent, les marques de fabrique et de commerce peuvent également faire partie des débats sur le commerce parallèle, même s'il apparaît que les brevets en sont le principal objet.

⁶³ Cour européenne de justice, jonction des affaires C-241/91 et C-242/91 *Magill* [1995] ECR 743; affaire C-418/01 *IMS Health* [2004] ECR I-5039.

⁶⁴ Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) (2004). *Competition Law and Policy in Chile*.

⁶⁵ *Centrafarm c. Winthrop*. Affaire BV 16/74 [1974] *Recueil de jurisprudence* 1183 et *Hoffman-La Roche c. Centrafarm*. Affaire 102/77 [1987] *Recueil de jurisprudence* 1139. Pour l'essentiel, il doit y avoir une raison objective forte pour le reconditionnement; le reconditionnement ne saurait affecter l'état original du produit, induire l'acheteur en erreur ou porter tort à la réputation du titulaire de la marque, et l'opérateur doit avertir préalablement le titulaire et lui fournir des échantillons du reconditionnement; Goyder D. G. (2003). *European Commission Competition Law*. 4^e éd. Oxford University Press.

F. Concurrence, propriété intellectuelle et normalisation

36. Les normes de l'industrie sont partout dans l'économie moderne. Elles peuvent être établies soit à la suite d'une concurrence entre normes, comme dans le cas de la guerre entre les formats de disques optiques à haute définition qui a opposé Blu-Ray à HD-DVD, ou à la suite d'une collaboration, comme pour la norme de téléphonie mobile GSM. Mais tous les marchés ne s'entendent pas sur une norme unique: par exemple, le marché des consoles de jeux ne l'a pas fait. Mais qu'elles aient été établies par voie de concurrence ou de collaboration, les normes peuvent impliquer des brevets multiples avec des titulaires multiples. Par exemple, le format Blu-Ray, défendu par la Blu-Ray Disk Association, incorporait plusieurs brevets différents ayant des titulaires différents.

37. Des problèmes de concurrence peuvent apparaître dans les organisations de normalisation. L'efficacité peut consister à choisir une norme par la collaboration, car cela réduit les délais et l'incertitude qui résultent d'une guerre des normes. Mais les organisations de normalisation peuvent être manipulées par des participants et la norme gagnante peut servir à exclure ou à gêner les rivaux. Le problème fondamental tient à ce que les participants d'une organisation de normalisation ne connaissent pas tous les brevets qui peuvent entrer en jeu. Un participant peut «dissimuler» le fait qu'il est titulaire d'un brevet qui est nécessaire à une norme jusqu'à la conclusion d'un accord. Ensuite, une fois qu'il est devenu coûteux de passer à une autre norme, il informe les autres membres de l'existence du brevet et réclame une redevance élevée. Pour réduire la menace de coup de force (hold up), les organisations de normalisation peuvent exiger de leurs membres qu'ils révèlent tous les droits de propriété intellectuelle qui peuvent être nécessaires pour utiliser les normes envisagées, ou exiger d'eux qu'ils octroient des licences pour tout droit de propriété intellectuelle à des conditions «raisonnables et non discriminatoires» (ce qu'il faut entendre par là restant assez flou)⁶⁶. Dans l'affaire *Rambus* portant sur des puces de mémoire DRAM, la Commission fédérale du commerce international des États-Unis (United States Federal Trade Commission – FTC) a conclu que la société avait commis un acte de tromperie dans la procédure de normalisation à l'échelle d'une branche d'activité afin de monopoliser illégalement un marché⁶⁷. L'appel formé par Rambus est en instance. En ce qui concerne la collaboration à l'intérieur des organismes de normalisation, les autorités de la concurrence des États-Unis ont déclaré qu'elles appliqueraient une règle de bon sens⁶⁸.

G. Concurrence et droit sur les données d'essais sur les produits pharmaceutiques

38. L'accès aux données relatives aux essais sur les produits pharmaceutiques utilisées pour obtenir l'autorisation de commercialisation (mise sur le marché) des organes nationaux de réglementation pharmaceutique est une question litigieuse qui est liée à la concurrence provenant des fabricants de produits pharmaceutiques et génériques. Les données relatives au produit

⁶⁶ États-Unis (2007).

⁶⁷ Opinion de la Commission, *Rambus Inc. (Rambus II)*, F.T.C. Docket No. 9302, p. 35 (2 août 2006) disponible sur <http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9302/060802commissionopinion.pdf>.

⁶⁸ États-Unis (2007).

pharmaceutique de référence, ou princeps, sont protégées pendant une période définie par la législation nationale. Au terme de cette période, les fabricants de produits génériques concurrents peuvent demander à être approuvés par l'organe de règlement. Par conséquent, l'entrée des concurrents sur le marché est liée à la méthode choisie d'accessibilité des données, c'est-à-dire à la question de savoir si les données sont exclusivement disponibles pour le premier utilisateur⁶⁹, et celle de savoir s'il est possible de prévoir un certain partage des coûts ou une obligation d'indemnisation⁷⁰ ou si l'on applique la méthode dite de l'appropriation abusive. Cette dernière méthode concerne une interprétation de l'article 39 3) de l'Accord sur les ADPIC selon laquelle seules les données d'essais obtenues par des méthodes commerciales déloyales devraient être interdites d'exploitation économique⁷¹. Dans la plupart des accords de libre-échange, c'est la démarche de l'exclusivité des données qui prédomine, même si certains accords récents prévoient la possibilité d'un certain partage des coûts⁷². Pour les pays en développement, il importe de noter que l'exclusivité des données est une méthode qui peut retarder de plusieurs années la commercialisation de médicaments nouveaux. Il faudrait que chaque pays étudie minutieusement la question de savoir si cela est souhaitable dans son contexte national.

H. Concurrence et innovation dans les affaires de fusions

39. L'examen des fusions, notamment dans les marchés où le rythme de l'innovation est rapide, oblige à regarder la manière dont la fusion affecte l'innovation, outre les éléments tels que prix et qualité. Il pourrait bien se faire que, dans certaines circonstances, une concentration même substantielle ne nuirait pas à la concurrence dans l'innovation et qu'une fusion pourrait bien permettre à la recherche-développement d'avancer et de progresser. C'est sur ce type de constatation que la Commission fédérale du commerce international a clos en 2004 son enquête

⁶⁹ Cette méthode répond, dans toute la mesure possible, aux intérêts des initiateurs du produit/des données, et rend effectivement impossible l'entrée des concurrents produisant des génériques avant l'extinction de la période d'exclusivité. Voir: Fédération internationale des fabricants de produits pharmaceutiques (2004). *La plate-forme de l'innovation pharmaceutique – pour une meilleure santé des patients du monde entier*. Genève.

⁷⁰ Il s'agit d'obtenir une meilleure acceptation de la part des gouvernements des pays de l'OCDE en offrant une indemnisation équitable de l'activité du producteur des données. Voir: Weissman R. (2006). *Data protection: options for implementation*. Dans *Negotiating Health. Intellectual Property and Access to Medicines* (Roffe, Tansey, Vivas-Eugui, dir. publ.). Earthscan. Londres.

⁷¹ Correa C. (2006). *Protecting test data for pharmaceutical and agrochemical products under free trade agreements*. Dans *Negotiating Health. Intellectual Property and Access to Medicines* (Roffe, Tansey, Vivas-Eugui, dir. publ.). Earthscan. Londres.

⁷² Voir, par exemple, annexe XIII (art. 3) à l'accord de libre-échange AELE-Corée (http://secretariat.efta.int/Web/ExternalRelations/PartnerCountries/KR/KR_RUAP/annexes/KR_Annex_XIII_-_IPR.pdf): «Any party may instead allow in their national legislation applicants to rely on such [test] data if the first applicant is adequately compensated.».

sur l'acquisition de la société Novazyme Pharmaceuticals par la société Genzyme⁷³. Des sondages récents indiquent qu'un pourcentage élevé de sociétés en train de fusionner déclarent que leur premier objectif est de dynamiser leur recherche et leur développement technique⁷⁴. Malgré leurs effets positifs potentiels, les fusions peuvent également limiter ou ralentir l'innovation. Elles ont un autre aspect négatif, à savoir qu'en identifiant les activités de recherche-développement en cours, les sociétés sont en mesure d'identifier leurs futurs concurrents et d'en prendre le contrôle afin d'éviter la concurrence.

IV. PERSPECTIVES: L'INTERACTION ENTRE POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET PROTECTION DES DPI ET LE RÔLE DE LA CNUCED

40. Le présent rapport était une brève introduction au débat sur la politique de la concurrence et la protection des droits de propriété intellectuelle, le cadre international dans lequel il s'inscrit et sa dimension développement. Il a en outre mis en lumière certaines constellations spécifiques de l'interaction du droit de la concurrence et de la protection des DPI. En ce qui concerne les caractéristiques spécifiques des économies des pays en développement, le rôle de la CNUCED et les difficultés à venir pour ce qui est de l'interface, il faudra un autre débat. Les sujets qui mériteraient plus ample examen sont les suivants:

a) Comment faire face à la diversité des conceptions nationales de la politique de la concurrence compte tenu du cadre international de la protection des DPI et comment prendre en compte les travaux déjà accomplis par les États membres sur ces questions;

b) Comment rédiger de manière appropriée les accords de libre-échange en ce qui concerne la protection des DPI, l'accès aux droits sur les données d'essais, la doctrine de l'épuisement et les questions générales liées à la coopération entre pays en développement et les pays d'origine de la plupart des titulaires de DPI⁷⁵;

c) Analyser les facteurs qui induisent une intervention limitée dans les situations mettant en jeu les DPI de la part des autorités de la concurrence de certains pays en développement pour des considérations liées au respect des DPI ou à leur importance limitée,

⁷³ Heimler A. (2007) qui cite Muris. Déclaration du Président Timothy J. Muris dans l'affaire Genzyme Corporation/Novazyme Pharmaceuticals, Inc., disponible sur <http://www.ftc.gov/os/2004/01/murisgenzymestmt.pdf>.

⁷⁴ OCDE (2007). Annexe au compte rendu analytique de la 100^e séance du Comité de la concurrence, Direction des affaires financières et des entreprises, DAF/COMP/M(2007)2/ANN2, Paris.

⁷⁵ Drexler J. (2007). Responding to the challenges for development with a competition-oriented approach. Dans Barton J., Abbot F., Correa C., Drexler J., Foray D. et Marchant R. *Views on the Future of the Intellectual Property System*. ICTSD. Genève.

compte tenu des dimensions de l'économie informelle ou de la préférence des consommateurs pour les produits piratés⁷⁶;

d) Comment indemniser les innovateurs autrement qu'à travers les DPI, compte tenu de l'effet de la prime au premier entrant ou des subventions suffisantes aux activités de recherche-développement, qui peuvent avoir des effets moins nocifs sur les structures du marché;

e) La question de savoir comment élaborer une politique de la concurrence pour les pays en développement de manière à mettre en place un système adapté de contrepoids dans le domaine des DPI, celle de la mise en œuvre appropriée des flexibilités de l'Accord sur les ADPIC et, dans ce contexte, celle de la protection des biens publics globaux⁷⁷;

f) Comment favoriser des solutions régionales qui règlementent l'interaction du droit de la concurrence et des DPI dans les pays en développement, étant donné que la coopération entre autorités de la concurrence est encore presque inexistante dans de nombreuses régions⁷⁸;

g) Comment éviter, si cela est nécessaire, les brevets de qualité médiocre et les effets négatifs des diverses formes de brevets généraux grâce à une collaboration plus forte entre les organismes compétents, étant donné que les autorités de la concurrence ne sont généralement pas associées aux procédures de délivrance des brevets⁷⁹;

⁷⁶ Indonésie (2007). Contribution à la huitième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence.

⁷⁷ Drexl J. (2005). The critical role of competition law in preserving public goods in conflict with intellectual property rights. Dans *Intellectual Public Goods and Transfer of Technology*. Cambridge.

⁷⁸ Contribution des pays suivants: Albanie, Bhoutan, Bulgarie, Burkina Faso, Bosnie-Herzégovine, Colombie, Danemark, Fédération de Russie, France, Inde, Japon, Pakistan, Pérou, Slovaquie, Tunisie, Uruguay et Viet Nam.

⁷⁹ Contribution des pays suivants: Barbade, Bulgarie, Burkina Faso, Colombie, Costa Rica, Croatie, Danemark, Fédération de Russie, France, Inde, Indonésie, Italie, Jamaïque, Japon, Lettonie, Pakistan, Pérou, République tchèque, Singapour, Slovaquie, Suisse, Tunisie, Turquie, Uruguay, Viet Nam et Zimbabwe; Maroc (2007). La politique de la concurrence et l'exercice du droit de la propriété intellectuelle. Contribution à la huitième session Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence.

h) La possibilité de publier des directives sur le traitement des DPI par les autorités de la concurrence et la création de «sanctuaires» et de «listes noires» pour améliorer la prévisibilité et répondre aux besoins de sécurité juridique des entreprises comme cela a déjà été fait ou du moins envisagé par plusieurs pays⁸⁰;

i) Le rôle de la CNUCED dans le domaine de la politique de la concurrence, en particulier pour fournir une assistance technique afin de corriger l'asymétrie de l'information et le manque de ressources humaines, d'encourager le renforcement des capacités et d'aider à établir un cadre institutionnel et juridique approprié dans les pays en développement;

j) Le rôle joué par la CNUCED en tant qu'instance de coopération internationale appelée à fournir des éléments de discussion additionnels et à organiser d'autres réunions sur la question.

⁸⁰ Contribution des pays suivants: Bulgarie, France, Indonésie, Inde, Japon, Singapour, Suisse et Turquie; Commission européenne (2004). Règlement (CE) n° 772/2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'*Accords de transfert de technologie*. JO 2004 L 123/11. États-Unis (1995). Lignes directrices de la Corée citées dans OCDE (2005). *Droits de propriété intellectuelle*, DAF/COMP(2004)24; Canada: Bureau de la concurrence (2000): *Propriété intellectuelle – Lignes directrices pour l'application de la loi*.