

Adrien Alberini

# Le transfert de technologie en droit communautaire de la concurrence

Mise en perspective avec les règles  
applicables aux accords de recherche et  
développement, de production et  
de distribution



UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE  
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess  
ÉDITIONS ROMANDES

§ 2010

# Table des matières

Remerciements.....	IX
Préface .....	XI
Sommaire .....	XIII
Table des matières.....	XV
Table des abréviations.....	XXX
Table de la réglementation.....	XXXIII
§ 1 UNION EUROPEENNE.....	XXXIII
I. Règlements .....	XXXIII
II. Directives .....	XXXIV
III. Communications et lignes directrices.....	XXXV
§ 2 AUTRES ORDRES JURIDIQUES.....	XXXVI
Tables des arrêts et des décisions.....	XXXVII
§ 1 UNION EUROPÉENNE.....	XXXVII
§ 2 AUTRES ORDRES JURIDIQUES.....	XLII
Rapports .....	XLV
§ 1 AUTORITES .....	XLV
§ 2 OCDE.....	XLVI
§ 3 GROUPEMENTS D'INTERETS .....	XLVII
Bibliographie .....	XLVIII
<b>Introduction générale</b> .....	<b>1</b>
<b>Chapitre 1 Démarche et objectifs</b> .....	<b>3</b>
§ 1 DU TRANSFERT DE TECHNOLOGIE AUX MARCHES DE TECHNOLOGIES .....	3

§ 2	DEVELOPPEMENT DE LA COOPERATION ENTRE ENTREPRISES.....	3
§ 3	DES PRATIQUES AUX EFFETS CONCURRENTIELS SIMILAIRES .....	4
§ 4	UN DROIT COMMUNAUTAIRE EN PLEINE EVOLUTION.....	5
§ 5	INTERET D'UNE ANALYSE SYSTEMATIQUE DE LA REGLEMENTATION .....	5
§ 6	INTERET DU TRAVAIL POUR LE DROIT ET LES ENTREPRISES SUISSES.....	6
§ 7	ASPECTS METHODOLOGIQUES ET STRUCTURELS.....	7
<b>Chapitre 2</b>	<b>Cadre réglementaire.....</b>	<b>9</b>
§ 1	CHAMP D'APPLICATION .....	9
§ 2	ART. 81 PARA. 1 ET 3 CE.....	11
I.	<i>Interdiction des accords restrictifs de la concurrence.....</i>	11
II.	<i>Exemption individuelle .....</i>	13
III.	<i>Eléments problématiques.....</i>	14
A.	Précision liminaire : règle sur le fardeau de la preuve .....	14
B.	Counterfactual test.....	14
C.	Théorie des restrictions accessoires .....	16
§ 3	EXEMPTIONS PAR CATEGORIE .....	17
I.	<i>Généralités.....</i>	17
II.	<i>Champs d'application .....</i>	19
III.	<i>Conditions d'exemption.....</i>	20
A.	Respect des seuils de parts de marché .....	20
B.	Absence de restrictions caractérisées et exclues .....	22
IV.	<i>2-Plus-Test et 4-Plus-Test .....</i>	24
§ 4	QUELQUES ASPECTS DE MISE EN OEUVRE.....	25
§ 5	CHECK-LIST.....	27
<b>Partie I</b>	<b>Fondements</b>	<b>29</b>
<b>Chapitre 1</b>	<b>Contexte économique .....</b>	<b>31</b>

§1	TECHNOLOGIE ET INNOVATION .....	31
I.	<i>Notions</i> .....	31
II.	<i>Biotechnologies et TIC</i> .....	34
III.	<i>De la mise au point à l'exploitation</i> .....	35
A.	<i>Recherche et développement</i> .....	35
B.	<i>Actifs complémentaires</i> .....	36
§2	INDUSTRIES DYNAMIQUES.....	37
I.	<i>Définition</i> .....	37
II.	<i>Caractéristiques technologiques</i> .....	37
III.	<i>Concurrence d'innovation (schumpétérienne)</i> .....	38
IV.	<i>Régulation</i> .....	39
§3	TRANSFERT DE TECHNOLOGIE .....	40
I.	<i>Spécialisation et coopération en général</i> .....	40
II.	<i>Notion économique de transfert de technologie</i> .....	41
III.	<i>Paramètres déterminants</i> .....	42
A.	<i>Défaut d'actifs complémentaires (coûts de transaction)</i> .....	42
B.	<i>Paramètres structurels</i> .....	43
IV.	<i>Contexte de la prolifération de brevets</i> .....	45
A.	<i>Problématique du patent thicket</i> .....	45
B.	<i>Licences croisées et patent pools</i> .....	46
C.	<i>Transfert de technologie comme règlement de litige</i> .....	48
V.	<i>Transfert de technologie international</i> .....	49
§4	SYNTHESE.....	49
<b>Chapitre 2 Politique de la concurrence .....</b>		<b>51</b>
§1	QUELQUES FONDEMENTS ECONOMIQUES.....	51
I.	<i>Innovation et bien-être social</i> .....	51
II.	<i>Propriété intellectuelle et innovation</i> .....	54
A.	<i>Principes théoriques</i> .....	54
1.	<i>Objectif d'efficience dynamique</i> .....	54

2. Durée et étendue des brevets.....	55
B. Renforcement des brevets dans la pratique .....	57
1. Solution largement adoptée.....	57
2. Conséquence: innovation ou effets collatéraux ?.....	58
III. Concurrence et innovation.....	59
A. Approche classique relative à l'efficacité statique.....	59
B. La concurrence favorise-t-elle l'efficacité dynamique ?.....	60
§ 2 OBJECTIFS DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE.....	62
I. Intégration et marché commun .....	62
II. Efficacité économique.....	63
A. Généralités.....	63
B. Efficacité dynamique en particulier.....	65
III. Conséquences pour la coopération entre entreprises .....	68
A. Accords de transfert de technologie .....	68
B. Autres accords de coopération.....	69
§ 3 POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.....	70
I. Vision conflictuelle.....	70
A. Droit américain.....	70
B. Droit communautaire .....	71
II. Résolution du conflit .....	73
A. Apports de la théorie économique.....	73
B. Concrétisation en droit communautaire .....	74
§ 4 « ECONOMISATION » DU DROIT DE LA CONCURRENCE.....	75
I. Généralités.....	75
A. De Harvard aux écoles post-Chicago .....	75
B. Evolution en Europe.....	76
II. Réglementation sur le transfert de technologie .....	77
A. Ancienne approche formaliste .....	77
B. Approche économique axée sur l'impact concurrentiel.....	79

§ 5 SYNTHÈSE.....	80
<b>Chapitre 3 Pouvoir de marché.....</b>	<b>81</b>
§ 1 NOTION DE POUVOIR DE MARCHÉ.....	81
I. Définition .....	81
II. Relation avec la propriété intellectuelle.....	83
III. Pouvoir de marché en présence d'innovation rapide ? .....	84
§ 2 DETERMINATION DU POUVOIR DE MARCHÉ .....	86
I. Marchés pertinents.....	86
A. Test SSNIP et Cellophane fallacy .....	86
B. Marchés de produits et de technologies .....	87
1. Relation entre les deux types de marchés.....	87
2. Détermination du marché de produits.....	88
3. Détermination du marché de technologies.....	91
C. Marché d'innovation.....	93
D. Définition des marchés dans l'industrie pharmaceutique .....	96
1. Inapplicabilité du test SSNIP .....	96
2. Définition basée sur la classification ATC .....	97
3. Autres critères de définition .....	100
II. Structure de marché .....	101
A. Parts de marché, concurrence réelle et dynamisme du marché .....	101
B. Concurrence potentielle - Barrières à l'entrée .....	103
1. Généralités.....	103
2. Droits de propriété intellectuelle - Portefeuille de brevets .....	104
3. Dépenses en R&D, réglementation et first mover advantages .....	105
4. Effets de réseau .....	105
5. Switching costs et lock-in .....	106
6. Différenciation des produits .....	107
C. Paramètres disciplinants .....	107
1. Marché en aval concurrentiel .....	107
2. Pouvoir compensatoire.....	108

§ 3 SYNTHÈSE.....	108
<b>Partie II Notions juridiques</b>	<b>111</b>
<b>Chapitre 1 Technologie</b> .....	<b>113</b>
§ 1 GENERALITES.....	113
§ 2 TECHNOLOGIES PROTEGEES PAR DES DROITS EXCLUSIFS .....	115
I. <i>Inventions brevetées</i> .....	115
A. Système des brevets dans l'Union européenne .....	115
B. Notion d'invention.....	116
C. Conditions matérielles.....	117
II. <i>Biens protégés par d'autres droits de propriété industrielle</i> .....	118
A. Produits pharmaceutiques.....	118
B. Variétés végétales.....	119
C. Inventions protégées par des modèles d'utilité.....	119
III. <i>Biens protégés par d'autres types de droits</i> .....	120
A. Programmes d'ordinateur.....	120
B. Topographies de produits semi-conducteurs .....	121
C. Dessins et modèles.....	122
§ 3 SAVOIR-FAIRE.....	123
I. <i>Éléments constitutifs</i> .....	123
II. <i>Conditions matérielles</i> .....	124
A. Secret.....	124
B. Substantialité.....	127
C. Identification.....	128
§ 4 SYNTHÈSE.....	129
<b>Chapitre 2 Accord de transfert de technologie</b> .....	<b>130</b>
§ 1 NOTION D'ACCORD .....	130
§ 2 TRANSFERT DE TECHNOLOGIE .....	132

I.	<i>Notion</i> .....	132
A.	Définition.....	132
B.	Accords d'échanges de technologies.....	134
C.	Accords de règlement et de non-revendication.....	136
II.	<i>Nature de la relation concurrentielle</i> .....	136
A.	Généralités.....	136
B.	Relation de concurrence.....	138
C.	Relation de non-concurrence.....	141
D.	Modification des relations : appréciation dynamique ? .....	141
E.	Situations problématiques .....	143
1.	Transfert de portefeuilles de droits de propriété intellectuelle .....	143
2.	Situations de blocage et brevets incertains .....	143
3.	Regroupements de technologies et essentialité.....	145
§ 3	AUTRES CATEGORIES D'ACCORDS.....	147
I.	<i>Accords de coopération horizontale</i> .....	147
A.	Accords de recherche et développement.....	147
B.	Accords de production.....	148
C.	Nature de la relation concurrentielle.....	149
D.	Délimitation avec le transfert de technologie.....	150
II.	<i>Accords de distribution</i> .....	151
§ 4	PRECISIONS RELATIVES AUX ALLIANCES STRATEGIQUES .....	152
§ 5	SYNTHESE.....	152
<b>Chapitre 3 Typologie des restrictions.....</b>		<b>154</b>
§ 1	REPARTITION DES MARCHES .....	155
I.	<i>Restrictions relatives aux marchés de produits</i> .....	155
II.	<i>Restrictions relatives aux territoires et à la clientèle</i> .....	156
A.	Remarques liminaires et aperçu schématique.....	156
B.	Critères déterminants .....	158
1.	Entreprises concernées .....	158



2.	Production, ventes actives et ventes passives .....	159
3.	Territoire exclusif.....	160
C.	Eléments problématiques.....	161
1.	Notion de licence exclusive.....	161
2.	Distinction entre distribution exclusive et fourniture exclusive .....	162
III.	<i>Autres restrictions relatives aux marchés</i> .....	163
A.	Usage captif.....	163
B.	Création d'une seconde source d'approvisionnement .....	163
§ 2	RESTRICTIONS LIEES A LA DISTRIBUTION SELECTIVE .....	164
§ 3	PRATIQUES DE COUPLAGE.....	164
I.	<i>Définition et typologie</i> .....	164
II.	<i>Biens distincts</i> .....	165
§ 4	OBLIGATIONS DE NON-CONCURRENCE.....	168
I.	<i>Aperçu schématique</i> .....	168
II.	<i>Relatives au tiers</i> .....	169
III.	<i>Non-concurrence « interne »</i> .....	170
A.	Clauses de non-concurrence au sens strict .....	170
B.	Clauses relatives à la recherche et développement.....	171
1.	Interdiction d'effectuer de la recherche et développement.....	171
2.	(Rétro)cession des améliorations dissociables.....	172
C.	Clauses de non-contestation.....	174
§ 5	RESTRICTIONS EN MATIERE DE PRIX ET DE QUANTITES .....	175
I.	<i>Fixation de prix</i> .....	175
A.	Définition et typologie.....	175
B.	Clauses de traitement préférentiel.....	177
C.	Fixation du prix des produits non-contractuels ?.....	178
II.	<i>Restriction de quantités</i> .....	178
§ 6	AUTRES RESTRICTIONS .....	179
§ 7	SYNTHESE.....	180

<b>Partie III Appréciation concurrentielle</b>	<b>181</b>
<b>Chapitre 1 Restrictions intratechnologiques.....</b>	<b>183</b>
§ 1 CONSIDERATIONS LIMINAIRES.....	183
I. <i>Notion de restriction intratechnologique</i> .....	183
II. <i>Importance de la nature de la relation concurrentielle</i> .....	184
§ 2 FIXATION DE PRIX .....	185
I. <i>Prix fixes et minimaux</i> .....	185
A. Transfert de technologie vertical et accords de distribution.....	185
1. Aperçu schématique .....	185
2. Imposition à l'entreprise en aval.....	185
a. Interdiction .....	185
b. Fondements de l'interdiction.....	186
c. Evolution du droit antitrust américain.....	189
d. Critique du droit communautaire et propositions .....	190
3. Imposition à l'entreprise en amont .....	192
a. Régimes divergents.....	192
b. Critiques et proposition.....	192
B. Transfert de technologie horizontal et coopération horizontale .....	193
1. Aperçu schématique .....	193
2. Interdiction justifiée .....	194
II. <i>Prix maximaux et recommandés</i> .....	194
A. Transfert de technologie vertical et accords de distribution.....	194
1. Aperçu schématique .....	194
2. Autorisation conditionnelle .....	195
B. Transfert de technologie horizontal et coopération horizontale .....	196
1. Aperçu schématique .....	196
2. Interdiction dénuée de fondement.....	196
§ 3 RESTRICTION DES QUANTITES .....	197
I. <i>Transfert de technologie vertical</i> .....	197

A.	Aperçu schématique .....	197
B.	Régime relativement permissif .....	197
C.	Incohérence avec la fixation de prix fixes et minimaux.....	198
II.	<i>Transfert de technologie horizontale et coopération horizontale</i> .....	200
A.	Aperçu schématique .....	200
B.	Régimes divergents.....	200
C.	Nécessité d’interdiction.....	202
§ 4	RESTRICTIONS RELATIVES AUX MARCHES DE PRODUITS .....	202
I.	<i>Transfert de technologie vertical</i> .....	202
A.	Aperçu schématique .....	202
B.	Autorisation quasi per se .....	203
II.	<i>Transfert de technologie horizontale et coopération horizontale</i> .....	203
A.	Aperçu schématique .....	203
B.	Interdiction justifiée.....	203
§ 5	RESTRICTIONS TERRITORIALES ENTRE LES PARTIES .....	205
I.	<i>Production et ventes actives</i> .....	205
A.	Transfert de technologie vertical et accords de distribution.....	205
1.	Aperçu schématique .....	205
2.	Protection de l’entreprise en aval : autorisation quasi per se.....	205
3.	Protection totale de l’entreprise en amont : autorisation probable ...	206
4.	Protection partielle de l’entreprise en amont .....	207
a.	Régimes divergents .....	207
b.	Critiques et propositions .....	208
B.	Transfert de technologie horizontale et coopération horizontale .....	209
1.	Aperçu schématique .....	209
2.	Régimes divergents.....	209
3.	Critiques et propositions .....	211
II.	<i>Ventes passives</i> .....	212
A.	Transfert de technologie vertical et accords de distribution.....	212
1.	Aperçu schématique .....	212

2.	Protection de l'entreprise en aval : autorisation quasi per se.....	212
3.	Protection de l'entreprise en amont : régimes divergents .....	213
4.	Critiques et propositions .....	213
B.	Transfert de technologie horizontal et coopération horizontale .....	214
1.	Aperçu schématique .....	214
2.	Régimes divergents.....	214
3.	Critiques et propositions .....	215
§ 6	RESTRICTIONS TERRITORIALES RELATIVES AUX TIERS .....	216
I.	<i>Production et ventes actives</i> .....	216
A.	Transfert de technologie vertical et accords de distribution.....	216
1.	Aperçu schématique .....	216
2.	Attribution de territoires exclusifs : un régime permissif.....	216
a.	Exemption par catégorie.....	216
b.	Restriction par effet .....	217
c.	Exemption individuelle .....	218
3.	Absence d'exclusivité.....	222
a.	Régimes divergents .....	222
b.	Critiques et propositions .....	222
B.	Transfert de technologie horizontal.....	224
1.	Aperçu schématique .....	224
2.	Possibilité d'autorisation très limitée .....	224
II.	<i>Ventes passives</i> .....	225
A.	Transfert de technologie vertical et accords de distribution.....	225
1.	Aperçu schématique .....	225
2.	Pratique traditionnellement prohibée .....	226
3.	Exception pour le transfert de technologie ? .....	226
4.	Transposition de l'exception aux accords de distribution ? .....	227
B.	Transfert de technologie horizontal.....	227
1.	Aperçu schématique .....	227
2.	Interdiction justifiée .....	228

III. Restrictions aux échelons inférieurs de la distribution .....	228
A. Aperçu schématique .....	228
B. Distribution et coopération horizontale : interdiction .....	228
C. Insécurité en matière d'accords de transfert de technologie.....	229
IV. Particularités dans le domaine pharmaceutique (aperçu) .....	230
A. Un régime plus permissif.....	230
B. Portée élargie ?.....	232
§ 7 AUTRES RESTRICTIONS DE PRODUCTION ET DE VENTE.....	233
I. Remarque liminaire .....	233
II. Fonction spécifique de l'entreprise en aval .....	234
III. Distribution sélective .....	235
IV. Composants .....	236
A. Aperçu schématique .....	236
B. Clauses d'usage captif .....	237
C. Restriction imposée à l'entreprise en amont .....	238
§ 8 APPRECIATION GENERALE ET CONCLUSIONS .....	239
<b>Chapitre 2 Pratiques d'exclusion.....</b>	<b>244</b>
§ 1 CONSIDERATIONS LIMINAIRES.....	245
I. Notion de pratique d'exclusion.....	245
II. Transfert de technologie comme barrière à l'entrée .....	248
§ 2 NON-CONCURRENCE ET APPROVISIONNEMENT EXCLUSIF .....	250
I. Généralités.....	250
A. Aperçu schématique .....	250
B. Fondements économiques.....	250
II. Exemption par catégorie.....	251
1. Divergences quant à la durée des clauses.....	251
2. Problème spécifique du boycott.....	252
III. Restriction de la concurrence .....	253
A. Restriction par effet.....	253

B.	Pouvoir de marché .....	254
1.	Pouvoir de marché individuel.....	254
2.	Effet cumulatif .....	255
C.	Impact négatif sur la concurrence.....	256
1.	Etendue des restrictions .....	256
2.	Durée des restrictions .....	258
IV.	<i>Exemption individuelle</i> .....	260
A.	Généralités.....	260
1.	Gains d'efficience et motifs objectifs.....	260
2.	Absence de position dominante ? .....	261
B.	Résolution des problèmes d'appropriation frauduleuse (hold-up).....	261
1.	Savoir-faire et droits exclusifs.....	261
2.	Investissements spécifiques .....	262
C.	Pénétration de nouveaux marchés.....	263
D.	Remède aux imperfections du marché de capitaux .....	265
E.	Durée des restrictions .....	265
§ 3	PRATIQUES DE COUPLAGE.....	266
I.	<i>Généralités</i> .....	266
A.	Aperçu schématique .....	266
B.	Fondements économiques.....	267
C.	Mise en œuvre juridique .....	267
II.	<i>Exemption par catégorie</i> .....	268
III.	<i>Restriction de la concurrence</i> .....	269
A.	Restriction par effet.....	269
B.	Pouvoir sur le marché du produit liant .....	269
C.	Obligation d'acquisition du bien lié avec le bien liant.....	270
D.	Impact négatif sur la concurrence.....	270
IV.	<i>Exemption individuelle</i> .....	271
A.	Motifs techniques (uniformité et normalisation de la qualité) .....	271
B.	Gains d'efficience économique.....	273

1.	Condition préalable : absence de position dominante ? .....	273
2.	Amélioration de la qualité.....	274
3.	Réduction des coûts .....	275
§ 4	REGROUPEMENT DE TECHNOLOGIES ET PACKAGE LICENSING.....	277
I.	<i>Restriction de la concurrence</i> .....	277
A.	Généralités.....	277
B.	Appréciation statique .....	278
C.	Appréciation dynamique .....	279
II.	<i>Exemption individuelle</i> .....	281
III.	<i>Standardisation et pratiques d'exclusion</i> .....	282
A.	Exclusion par la standardisation.....	282
B.	Exclusion par hold-up du standard.....	284
§ 5	APPRÉCIATION GÉNÉRALE ET CONCLUSIONS .....	286
<b>Chapitre 3</b>	<b>Restrictions de la concurrence « interne » .....</b>	<b>289</b>
§ 1	CONSIDERATIONS LIMINAIRES.....	290
I.	<i>Collusion</i> .....	290
II.	<i>Restriction de l'innovation</i> .....	292
§ 2	CLAUSES DE NON-CONCURRENCE AU SENS STRICT.....	295
I.	<i>Deux approches fondamentalement opposées</i> .....	295
A.	Aperçu schématique .....	295
B.	Accords de transfert de technologie.....	295
C.	Accords de coopération horizontale.....	297
II.	<i>Transfert de technologie : proposition de lege ferenda</i> .....	299
A.	Restriction accessoire.....	299
B.	Délimitation des clauses.....	300
§ 3	CLAUSES RELATIVES A LA RECHERCHE ET DEVELOPPEMENT.....	301
I.	<i>Aperçu schématique et remarques liminaires</i> .....	301
II.	<i>Règles disparates</i> .....	302
A.	Interdiction d'effectuer de la recherche et développement .....	302

B.	Cession et rétrocession des améliorations dissociables .....	305
C.	Non-revendication des droits sur les innovations futures .....	307
III.	<i>Proposition de règle structurée</i> .....	308
A.	Restrictions exclues .....	308
B.	Production de gains d'efficacité .....	308
C.	Restriction de la concurrence .....	309
D.	Délimitation des clauses .....	311
§ 4	CLAUSES DE NON-CONTESTATION .....	312
I.	<i>Aperçu schématique et remarque liminaire</i> .....	312
II.	<i>Conceptions rigides, parfois obsolètes, et contradictoires</i> .....	314
A.	Accords de transfert de technologie .....	314
1.	Cour de justice CE .....	314
2.	Commission CE .....	315
B.	Accords de recherche et développement .....	317
III.	<i>Proposition de régime modernisé et uniformisé</i> .....	318
A.	Nécessité de prouver une restriction de la concurrence .....	318
B.	Possibilité d'exemption individuelle .....	319
C.	Délimitation des clauses .....	320
IV.	<i>Non-contestation et règlement de litige</i> .....	321
A.	Divergence entre la Commission CE et la CJCE .....	321
B.	Prise en compte du règlement de litige pour l'exemption individuelle .....	321
C.	Véritable situation de blocage .....	322
§ 5	APPRECIATION GENERALE ET CONCLUSIONS .....	323

**Conclusions** **327**

**Conclusions (English)** **339**