

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
Introduction générale	1
Chapitre 1 Démarche et objectifs	3
§ 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
Chapitre 2	Cadre réglementaire.....	9
§ 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>Éléments 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
Partie I	Fondements	29
Chapitre 1	Contexte économique	31

§1	TECNOLOGIE 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.	Recherche et développement.....	35
B.	Actifs complémentaires.....	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 TECNOLOGIE	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.	Défaut d'actifs complémentaires (coûts de transaction).....	42
B.	Paramètres structurels	43
IV.	<i>Contexte de la prolifération de brevets</i>	45
A.	Problématique du patent thicket.....	45
B.	Licences croisées et patent pools.....	46
C.	Transfert de technologie comme règlement de litige.....	48
V.	<i>Transfert de technologie international</i>	49
§4	SYNTHESE.....	49
Chapitre 2 Politique de la concurrence		51
§1	QUELQUES FONDEMENTS ECONOMIQUES.....	51
I.	<i>Innovation et bien-être social</i>	51
II.	<i>Propriété intellectuelle et innovation</i>	54
A.	Principes théoriques.....	54
1.	Objectif d'efficacité dynamique.....	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
Chapitre 3 Pouvoir de marché.....	81
§ 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
Partie II Notions juridiques	111
Chapitre 1 Technologie	113
§ 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
Chapitre 2 Accord de transfert de technologie	130
§ 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
Chapitre 3 Typologie des restrictions.....		154
§ 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

Partie III Appréciation concurrentielle	181
Chapitre 1 Restrictions intratechnologiques.....	183
§ 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
Chapitre 2 Pratiques d'exclusion.....	244
§ 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
Chapitre 3	Restrictions de la concurrence « interne »	289
§ 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'efficience	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**