

Faculté de droit et de criminologie

Une remise en cause de l'équilibre entre les droits intellectuels et le droit de la concurrence

A l'aune de nouveaux défis

Auteur : Héloïse Van Houtte
Promoteur : Yves De Cordt
Année académique 2020-2021
Deuxième année de Master
Finalité droit de l'entreprise

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment **<http://www.uclouvain.be/plagiat>**.

REMERCIEMENTS

Avant tout, je tiens à remercier mon promoteur Monsieur Yves De Cordt pour son accompagnement tout au long de son mémoire,

Et ma famille et mes proches pour leur soutien durant mes études.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	3
PARTIE I. LES PRINCIPES REGISSANT LE DROIT DE LA CONCURRENCE ET LES DROITS INTELLECTUELS.....	5
CHAPITRE I. Les objectifs et régimes juridiques du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle.....	5
Section 1. Le droit de la concurrence.....	5
Sous-section 1. Les finalités du droit de la concurrence.....	5
§1. Le principe de liberté d'entreprendre et le principe de liberté de concurrence.....	6
§2. Les finalités du droit de la concurrence.....	6
Sous-section 2. Le régime juridique.....	8
§1. Les ententes.....	9
§2. Les abus de position dominante.....	10
A. La position dominante.....	10
B. L'abus.....	11
Section 2. Le droit de la propriété intellectuelle.....	12
Sous-section 1. Le régime juridique des droits intellectuels.....	12
§1. Le brevet.....	12
§2. Le droit d'auteur.....	13
Sous-section 2. Les finalités du droit de la propriété intellectuelle.....	13
CHAPITRE II. L'interaction entre les droits intellectuels et le droit de la concurrence.....	14
Section 1. Logique conflictuelle.....	15
Section 2. Logique de convergence.....	15
Section 3. Synthèse provisoire.....	16
PARTIE II. LE ROLE DE L'INNOVATION ET DE LA CONCURRENCE.....	18
CHAPITRE I. L'importance de l'innovation.....	18
Section 1. Compétition, droit de la concurrence et innovation.....	19
Section 2. Compétition, droits intellectuels et innovation.....	20
CHAPITRE II. Le rôle de la concurrence.....	20
Section 1. Les pratiques anticoncurrentielles et leurs effets.....	21
Section 2. La concurrence et les droits intellectuels.....	22
CHAPITRE III. Conclusion.....	22
PARTIE III. L'ENJEU DU PROBLEME.....	24
CHAPITRE I. L'équilibre actuel.....	24
Section 1. Les développements ayant mené à l'état actuel du droit.....	25
Section 2. L'application des principes du droit de la concurrence aux droits intellectuels.....	26
Sous-section 1. Les droits intellectuels et l'interdiction des ententes.....	27
§1. Les accords de transfert de technologie.....	28
§2. Les accords de recherche et développement.....	29
§3. Article 101, §3.....	30
Sous-section 2. Les droits intellectuels et les abus de position dominante.....	30
Section 3. Critiques de l'état du droit.....	32
CHAPITRE II. La théorie des essential facilities.....	33
Section 1. Description de la théorie.....	34
Sous-section 1. La théorie des essential facilities.....	34
Sous-section 2. La jurisprudence européenne et belge sur l'application de la théorie aux droits intellectuels.....	35
Sous-section 3. Les conditions d'application.....	37
Section 2. Comparaison avec les Etats-Unis.....	39

Section 3. Avantages et inconvénients, critiques de l'application de la théorie aux droits intellectuels	40
CHAPITRE III. Les défis actuels.....	42
Section 1. Les abus de droits intellectuels	42
Sous-section 1. Description de quelques-uns de ces abus	43
Sous-section 2. Leur impact sur l'innovation et l'économie	45
§1. Pour les consommateurs	45
§2. Pour les entreprises.....	46
§3. Conclusion	48
Section 2. Les évolutions de notre société.....	48
Sous-section 1. Plateformes en ligne, Microsoft et Google,	49
Sous-section 2. Leur impact.....	50
§1. Pour les consommateurs.....	51
§2. Pour les entreprises.....	52
Sous-section 3. L'inadéquation du droit de la concurrence tel qu'il existe aujourd'hui face à ces situations	53
PARTIE IV. PISTES DE SOLUTION	56
CHAPITRE I. Rééquilibrer les interactions entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle	57
Section 1. Réformer le droit de la propriété intellectuelle	57
Section 2. Permettre une plus grande intervention du droit de la concurrence	58
CHAPITRE II. Recours aux mécanismes existants	60
Section 1. Utiliser l'abus de droit ou la licence obligatoire pour limiter les DI	60
Section 2. Supprimer les DI et utiliser le libre jeu de la concurrence limiter par abus de droit, mécanismes de droit commun	62
CONCLUSION.....	63

INTRODUCTION

Les rapports entre le droit de la concurrence et les droits intellectuels sont assez délicats. En effet, la liberté de concurrence est un des principes fondateurs de notre société. Or, les droits intellectuels existent en exception à ce principe. Ceux-ci viennent octroyer un droit exclusif à leur détenteur grâce auquel il obtient un monopole d'exploitation sur sa propriété intellectuelle. Celui-ci est ainsi protégé de la concurrence pendant la durée de ce monopole. Au contraire, le droit de la concurrence a pour objectif de s'assurer qu'une concurrence effective existe sur le marché et que le principe de liberté de concurrence puisse se déployer. Par conséquent, il va tenter d'éviter les situations de monopole. Cela semble donc à l'opposé de ce que prévoit la propriété intellectuelle.

Eu égard à leurs méthodes, les relations entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle ont fait l'objet d'énormément de débats. Certains les ont décrit comme étant nécessairement en conflit, opposés l'un à l'autre. Néanmoins, aujourd'hui, la vision la plus communément admise est que, bien qu'ils ne convergent pas automatiquement l'un vers l'autre, les deux sont complémentaires et nécessaires afin d'assurer le bon fonctionnement du marché. En effet, s'ils ont recours à des approches différentes, ils partagent tout de même des objectifs communs. Le droit de la propriété intellectuelle a été adopté en vue d'assurer la promotion de l'innovation car celle-ci est présumée être bénéfique pour le marché et la société. De même, le droit de la concurrence a été adopté en vue d'assurer la protection de la concurrence puisque notre économie postule que celle-ci est nécessaire au bon fonctionnement du marché. Au sein de ces objectifs généraux, les deux droits cherchent à protéger l'innovation et le bien-être des consommateurs. Leurs finalités sont donc similaires. Ils sont également tous deux nécessaires, tout comme l'innovation et la concurrence sont liées et jouent un rôle fondamental dans notre système économique. Leurs méthodes sont toutefois différentes et, pour cette raison, des compromis doivent être adoptés. Ces compromis peuvent également être vus comme la recherche d'un équilibre entre les incitations à l'innovation et la protection de la concurrence. Il s'agira alors parfois de limiter la propriété intellectuelle au nom de la concurrence. Et d'autres fois, d'accepter que la concurrence soit restreinte par les droits intellectuels. Le droit de la concurrence lui-même admet déjà qu'il faut parfois que la concurrence cède le pas lorsque l'intérêt général peut être mieux desservi par des pratiques anticoncurrentielles. Cet intérêt général comprend notamment la protection de l'innovation.

Un équilibre entre les deux droits s'est développé ces dernières années, principalement par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Les conditions dans lesquelles le droit de la concurrence pouvait intervenir ont été posées. Une doctrine appelée la théorie des essential facilities s'est également installée peu à peu, permettant d'imposer une licence aux propriétaires de droits intellectuels dans certaines circonstances exceptionnelles.

Néanmoins, cet équilibre est critiqué, dans un sens comme dans l'autre. Certains considèrent que l'intervention du droit de la concurrence va trop loin, impactant de ce fait l'innovation. Tandis que d'autres, au contraire, estiment que les droits intellectuels sont trop protégés et ont un effet nocif sur l'innovation. Des développements récents illustrent qu'en effet, ce équilibre ne paraît plus adapté. Tout d'abord, des usages abusifs de la propriété intellectuelle se sont accrus ces dernières années, ceux-ci prenant une importance de plus en plus grande dans notre société. Ensuite, l'économie digitale et l'apparition des plateformes en ligne et d'autres services ont eu des conséquences sur l'application du droit de la concurrence, qui peine à s'adapter à ces évolutions. C'est pourquoi des pistes de solutions à ce déséquilibre sont envisagées. Plusieurs d'entre elles seront abordées en présentant leurs avantages et inconvénients.

Ce mémoire ambitionne de proposer un nouvel équilibre entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence. Pour ce faire, nous tenterons de justifier le rôle qu'ils jouent tous deux dans notre économie. Nous expliciterons aussi pourquoi nous pensons que cet équilibre doit être adapté aux évolutions actuelles, pourquoi il n'est plus efficace aujourd'hui et quelle est, selon nous, la meilleure approche afin de procéder à cette modification.

Afin de pouvoir approcher ces solutions, l'analyse de cette thématique sera divisée en quatre parties. La première partie sera consacrée aux principes régissant le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, revenant sur leurs régimes juridiques et leurs finalités afin de comprendre leurs interactions. Dans la seconde partie, nous reviendrons sur le rôle que jouent la concurrence et l'innovation dans notre économie. Puisque ces deux droits ont pour finalité d'en assurer la protection, il est nécessaire de comprendre leur place dans notre société. La troisième partie portera sur l'enjeu de la thématique, analysant l'équilibre tel qu'il existe actuellement ainsi que les difficultés qui sont apparues, remettant en cause la frontière entre les droits intellectuels et le droit de la concurrence. Enfin, dans la dernière partie nous aborderons des pistes de solutions à ces complications.

PARTIE I. LES PRINCIPES REGISSANT LE DROIT DE LA CONCURRENCE ET LES DROITS INTELLECTUELS

Le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle sont deux branches du droit qui partagent des objectifs communs mais qui ont recours à des méthodes opposées afin d'atteindre ces objectifs. Se déployant dans des champs similaires tout en adoptant des principes contradictoires, leurs rapports ne peuvent être que délicats.

L'objet de cette première partie est de rappeler les objectifs et régimes juridiques propres à chacun de ces droits (Chapitre I). Ensuite, il s'agira d'analyser les différentes théories décrivant leurs interactions (Chapitre II).

CHAPITRE I. Les objectifs et régimes juridiques du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle

Avant de pouvoir se positionner sur l'équilibre existant entre les droits intellectuels et le droit de la concurrence, il est nécessaire de rappeler quels sont les régimes juridiques et finalités de ces deux droits (Section 1 et Section 2).

Section 1. Le droit de la concurrence

Le droit de la concurrence au sens large comprend à la fois la protection de la liberté de concurrence et la loyauté de concurrence. Tandis qu'au sens strict, le droit de la concurrence ne se préoccupe pas de la loyauté dans la concurrence et vise uniquement les pratiques restrictives de concurrence, à savoir les ententes, abus de position dominante et concentrations. Ce travail se limitera à l'analyse du droit de la concurrence au sens stricte. De plus, les règles analysées seront celles du droit européen, le droit belge s'en inspirant largement.

Il est également nécessaire de rappeler que le droit de la concurrence est fortement influencé par les théories économiques. Les comportements qui sont prohibés le sont en raison des effets qu'ils provoquent sur le marché, et non à cause du comportement lui-même¹. Ce sont des considérations d'intérêt général en termes de concurrence efficace, de promotion de l'innovation ou encore de bien-être des consommateurs qui sont prises en compte.

Sous-section 1. Les fondements du droit de la concurrence

¹ H. CULOT *et al.*, *Manuel du droit de l'entreprise*, 4^e éd., Limal, Anthemis, 2019, p. 425.

§1. Le principe de liberté d'entreprendre et le principe de liberté de concurrence

Le principe de liberté d'entreprendre est l'un des fondements de notre société et de notre économie. C'est ce principe qui reconnaît le droit de quiconque d'exercer une activité économique librement choisie afin d'offrir des biens et services sur un marché². Néanmoins, cette liberté d'entreprendre se déploie sans la consécration en parallèle de la liberté de concurrence. En effet, si la liberté d'entreprendre permet de choisir librement son activité, c'est la liberté de concurrence qui assure aux acteurs économiques la possibilité d'entrer sur un marché préexistant afin de s'y développer, faisant ainsi concurrence aux autres acteurs économiques³.

Dès lors, la liberté de concurrence constitue également l'un des principes fondateurs de notre société. Non seulement parce qu'il est nécessaire pour que la liberté d'entreprendre puisse s'épanouir, mais aussi parce que notre système économique présume qu'une situation de marché optimale résulte de l'application pure et simple de la théorie des prix⁴. Cela signifie que le marché ne peut fonctionner que si celui-ci est compétitif, c'est-à-dire qu'il s'y trouve des entreprises en situation de concurrence. En effet, la concurrence entre entreprises a pour conséquence une diversité d'offres, une diminution des prix et une amélioration de la qualité des produits et services offerts, tout en promouvant l'innovation⁵. Or, dans une situation de concurrence parfaite, la diversité des offres est supposée permettre d'atteindre un prix d'équilibre, conduisant ainsi à la satisfaction des intérêts individuels et collectifs.

§2. Les finalités du droit de la concurrence

Toutefois, cette situation de concurrence parfaite n'existe pas. Si les acteurs sur le marché sont libres de se faire concurrence, ils peuvent également mettre en place des stratégies ayant pour but de fausser le jeu normal de la concurrence afin de protéger leurs intérêts propres. Effectivement, ce sont leurs intérêts individuels qu'ils poursuivent et ceux-ci se trouvent parfois mieux satisfaits par une concurrence restreinte. Les entreprises peuvent ainsi s'entendre pour augmenter les prix ou empêcher l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché. Pour cette

² V. CASSIERS et B. REMICHE, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire. Créer, protéger et partager les inventions au XXI^e siècle*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 12.

³ H. CULOT *et al.*, *op. cit.*, p. 423.

⁴ L. VOGEL, *Droit de la concurrence – Droits européens*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 10.

⁵ C. VERDURE et A. von MOLTKE, « L'abus de position dominante », *Guide juridique de l'entreprise. Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Titre VIII, livre 86.1, 2015, p. 7.

raison, le droit de la concurrence est né afin de protéger le marché en y assurant une concurrence effective⁶. On préfère à la concurrence parfaite ce qu'on appelle la concurrence efficace. C'est-à-dire concurrence dynamique qui a un effet bénéfique sur le niveau des prix ainsi que sur l'innovation à long terme

Ainsi, le droit de la concurrence a comme finalité de protéger la concurrence. Ce n'est pas un acteur particulier qui est protégé par ce droit mais le marché lui-même. Il va garantir, a priori, que les libertés d'entreprendre et de concurrence pourront être pleinement exercées sur le marché⁷.

En effet, si le principe de notre économie est celui de liberté, cette dernière doit se faire dans le respect de celle des autres, y compris la liberté de concurrence des autres opérateurs économiques. Les acteurs du marché ne peuvent, par conséquent, pas limiter cette concurrence au profit de leurs intérêts particuliers et au détriment de l'intérêt général. C'est alors le droit de la concurrence qui va venir limiter la liberté des opérateurs en interdisant certaines pratiques anticoncurrentielles, comme les ententes illicites et les abus de position dominante⁸.

Les économistes présentent généralement la recherche de l'efficacité, de l'innovation et du bien-être des consommateurs comme les seules finalités légitimes du droit de la concurrence. Toutefois, ce ne sont pas ses seules finalités. En droit européen, la finalité originaire du droit de la concurrence était d'assurer l'élaboration du marché unique. D'autres finalités étant également l'efficacité économique, la liberté économique, ...⁹. Les débats sur les objectifs du droit de la concurrence ont été récurrents. De façon synthétique, actuellement la majorité considère que le droit de la concurrence protège le marché lui-même, car celui-ci permettrait l'optimisation des ressources, l'efficacité économique, et, à travers le marché, le droit de la concurrence protège l'intérêt général, y compris l'intérêt des consommateurs¹⁰.

Toutefois, si en Europe nous partons du postulat que la concurrence est au service de l'intérêt

⁶ C. VERDURE et A. von MOLTKE, *ibidem*, p. 7.

⁷ H. CULOT *et al.*, *op. cit.*, p. 425.

⁸ V. CASSIERS et B. REMICHE, *op. cit.*, p. 12.

⁹ A.-L. SIBONY, « Le juge et la raison économique en droit de la concurrence », *Droit et économie*, M.A. Frison (dir.), *L.G.D.J.*, Paris, 2008, p. 82.

¹⁰ H. CULOT *et al.*, *op. cit.*, p. 425 ; L. de LEYSSAC, « Propriété intellectuelle et concurrence », *J.T.D.E.*, 2004, p. 295 ; H. SCHEITZER, « The role of consumer welfare in EU competition law », *Technologie et concurrence*, J. DREXL, *et al.* (dir.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 514 à 516.

général, il ne s'agit que d'une présomption qui peut être renversée. Il existe certaines situations dans lesquelles des pratiques normalement jugées anticoncurrentielles seront admises car elles produisent des effets bénéfiques plus importants que les effets négatifs provoqués par leurs atteintes au jeu normal de la concurrence. Il existe donc des exceptions à l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles¹¹. En effet, en droit de la concurrence l'attention porte sur les effets de ces comportements. Si, à la suite d'un comportement déterminé, la concurrence se trouve faussée au détriment de l'intérêt général, ce comportement sera estimé illicite. Si au contraire les effets anticoncurrentiels sont contrebalancés par des effets positifs qui outrepassent les éventuels effets négatifs, la pratique sera acceptée¹².

Sous-section 2. Le régime juridique

Le droit européen de la concurrence est prévu aux articles 101 et 102 du TFUE¹³. Il ne s'applique toutefois que lorsque la restriction à la concurrence est susceptible d'affecter le commerce entre les Etats membres. C'est-à-dire lorsque le comportement des entreprises a un impact sur le commerce entre deux ou plusieurs Etats membres, et non uniquement sur le marché d'un seul d'entre eux¹⁴. Si cette condition n'est pas remplie, ce sont les droits nationaux qui s'appliquent. En Belgique, les règles sont prévues au livre IV du Code de droit économique¹⁵.

Les sujets du droit de la concurrence sont les entreprises. Il s'agit d'une notion autonome de droit européen qui a été définie par la Cour de justice de l'Union européenne car elle ne faisait pas l'objet d'une définition dans les textes légaux¹⁶. La Cour de justice a ainsi défini l'entreprise comme « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »¹⁷. C'est ainsi une notion fort large qui a été adoptée et qui couvre tout autant les entreprises publiques et privées que les entreprises qui ne poursuivent pas de but lucratif. Ce qui importe est l'activité économique¹⁸. Et l'activité économique a quant à elle été définie comme « toute activité consistant à offrir des biens ou

¹¹ L. VOGEL, *op. cit.*, p. 12.

¹² H. CULOT *et al.*, *op. cit.*, p. 425.

¹³ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après abrégé « T.F.U.E. »), art. 101 et 102.

¹⁴ L. VOGEL, *Les fondamentaux du droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 32 ; H. CULOT *et al.*, *op. cit.*, p. 429.

¹⁵ C.D.E., livre IV, art. IV. 1 à IV. 4.

¹⁶ L. VOGEL, « Les fondamentaux ... », *op. cit.*, p. 32 ; H. CULOT *et al.*, *op. cit.*, p. 433.

¹⁷ C.J.C.E., arrêt *Höfner et Elser c. Macrotron GmbH*, 23 avril 1991, C-41/90, EU :C :1991 :161, point 21.

¹⁸ C. VERDURE et A. von MOLTKE, *op. cit.*, p. 13.

services sur un marché donné »¹⁹.

Afin de déterminer s'il y a eu une restriction de concurrence, il est également nécessaire de déterminer le marché pertinent, c'est-à-dire le périmètre à l'intérieur duquel des entreprises se font effectivement concurrence. Il peut s'agir tant d'un marché de produits ou services que d'un marché géographique²⁰.

§1. Les ententes

L'article 101 du TFUE dispose « sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur »²¹.

Les ententes sont comprises comme toute forme d'engagement reposant sur un acte volontaire des partenaires²². Il s'agit dès lors d'une définition très large qui va toucher tout autant des accords écrits que de simples échanges d'information. L'article poursuit avec une liste non limitative d'exemples de types d'ententes. On va considérer qu'il y a entente lorsqu'il y a un contact entre plusieurs entreprises et ces ententes seront déclarées illicites lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Il s'agit là d'une interdiction de principe²³.

Toutefois, le paragraphe trois du même article prévoit également des exceptions à cette interdiction²⁴. En effet, comme nous l'avons vu, la protection de la concurrence est justifiée par la présomption qu'il est dans l'intérêt général d'avoir une concurrence effective sur le marché. Néanmoins, certaines atteintes à la concurrence peuvent aussi avoir des effets bénéfiques. Par conséquent, il est possible qu'une entente affectant la concurrence soit néanmoins admise lorsque celle-ci renforce la concurrence ou contribue suffisamment au progrès économique. Pour ce faire, il faut que ces ententes produisent des effets bénéfiques, que les consommateurs reçoivent une part équitable du profit qui en résulte, que les restrictions à la concurrence ne

¹⁹ C.J.C.E., arrêt *Commission c. Italie*, 18 juin 1998, C-35/96, EU :C :1998 :303, point 36.

²⁰ C. VERDURE et A. von MOLTKE, *op.cit.*, p. 15.

²¹ T.F.U.E., art. 101, §1.

²² H. CULOT *et al.*, *op. cit.*, p. 433.

²³ L. VOGEL, « Les fondamentaux ... », *op. cit.*, p. 47.

²⁴ T.F.U.E., article 101, §3.

soient pas disproportionnées et, enfin, que ces ententes ne suppriment pas complètement la concurrence²⁵. Il s'agit de quatre conditions cumulatives qui, le régime étant dérogatoire, sont interprétées strictement.

Il appartient aux entreprises de déterminer si leur entente répond aux conditions du paragraphe trois de l'article 101. Le contrôle, en effet, ne se fait plus qu'a posteriori et il ne faut pas d'accord préalable à l'entente. C'est une position qui peut être délicate pour les entreprises qui vont devoir procéder elles-mêmes à l'analyse de ces conditions. C'est pourquoi la Commission a adopté des règlements d'exemption par catégories d'accords par lesquels elle détermine les conditions dans lesquelles l'article 101, §1 n'est pas applicable à un certain type d'accords²⁶.

§2. Les abus de position dominante

L'article 102 prévoit quant à lui « est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci »²⁷.

Il s'agit d'une interdiction sans exception des abus de position dominante. Néanmoins, ce sont les abus qui sont interdits, non le fait d'être en position dominante. Le principe est donc celui de la légitimité d'une position dominante. En effet, l'Union européenne a longtemps considéré comme étant bénéfique pour son marché d'avoir des entreprises fortes et puissantes. Toutefois, depuis quelques années une méfiance plus grande des entreprises dominantes se développe²⁸. L'idée au départ de cette interdiction est que lorsqu'une entreprise se trouve en position dominante sur un marché, elle peut agir sans tenir compte des éventuelles réactions de ses concurrents. En effet, ses partenaires ou consommateurs ont peu d'autres options disponibles et peuvent par conséquent difficilement se tourner vers d'autres entreprises.

Puisque l'interdiction vise les abus de position dominante, il faudra d'abord déterminer si l'entreprise est en position dominante et ensuite s'il y a abus.

²⁵ H. CULOT *et al.*, *op. cit.*, p. 450.

²⁶ H. CULOT *et al.*, *ibidem*, p. 456.

²⁷ T.F.U.E., art. 102.

²⁸ H. CULOT *et al.*, *op. cit.*, p. 463.

A. La position dominante

Déterminer si une entreprise est en position dominante nécessite de procéder à une analyse du pouvoir de marché qu'elle détient²⁹. La Cour de justice de l'Union européenne a défini la position dominante comme « une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, de ses consommateurs »³⁰. L'entreprise se trouve dans une position telle que l'efficacité de la concurrence en est réduite, ce qui lui permet de prendre des décisions indépendamment des éventuelles réactions des autres acteurs sur le marché. Cela n'exclut pas l'existence de toute concurrence, simplement celle-ci n'est plus suffisamment efficace et l'entreprise peut agir sans être influée par ses concurrents. Pour déterminer l'existence d'une position dominante, il est obligatoirement nécessaire que les autorités de la concurrence commencent par définir le marché pertinent³¹.

Habituellement, les autorités de la concurrence ont recours à deux critères principaux afin de déterminer l'existence d'une position dominante, à savoir : les parts de marché et les barrières à l'entrée et l'extension. Ces barrières à l'entrée peuvent être des barrières juridiques, sous la forme de droits intellectuels qui accordent des monopoles temporaires. Néanmoins, ce n'est pas parce qu'une entreprise détient des droits intellectuels qu'elle se trouve automatiquement en position dominante³².

B. L'abus

Il y a abus lorsque le détenteur d'une position dominante « utilise les possibilités qui en découlent afin d'obtenir des avantages qu'il n'obtiendrait pas en cas de concurrence praticable et suffisamment efficace »³³. Il faudra tenir compte de l'ensemble des circonstances. Il faudra ainsi examiner si cette pratique tend à « enlever à l'acheteur, ou à restreindre pour celui-ci, les possibilités de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents, à appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à

²⁹ L. VOGEL, « Les fondamentaux ... », *op. cit.*, p. 177.

³⁰ C.J.C.E, arrêt *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c. Commission*, 14 février 1978, C-27/76, EU:C:1978:22, point 65.

³¹ C. VERDURE et A. von MOLTKE, *op.cit.*, p. 31.

³² L. VOGEL, « Les fondamentaux ... », *op. cit.*, p. 230.

³³ H. CULOT *et al.*, *op. cit.*, p. 469.

des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée »³⁴. Il s'agit là de l'abus de résultat ou de comportement.

Les entreprises en position dominante ont également une responsabilité particulière. Certains comportements normalement licites deviennent illicites lorsqu'ils sont posés par des entreprises dominantes. En effet, celles-ci doivent veiller à ne pas porter atteinte à une concurrence effective par leur comportement³⁵.

Section 2. Le droit de la propriété intellectuelle

Le droit de la propriété intellectuelle repose sur des principes forts différents de ceux du droit de la concurrence. Les droits de propriété intellectuelle confèrent à leur propriétaire un droit exclusif d'exploitation sur l'objet de cette propriété. C'est un droit d'exclure les autres du champ de notre propriété³⁶. Par ce fait, ils créent un monopole juridique au profit de leur détenteur. En effet, les éventuels concurrents peuvent s'en voir interdire l'utilisation³⁷.

La notion de droits intellectuels regroupe en réalité différents droits comme le droit des brevets, le droit d'auteur, le droit des marques, ... Dans le cadre de ce travail nous nous concentrerons sur le droit d'auteur et les brevets.

Sous-section 1. Le régime juridique des droits intellectuels

Contrairement au droit de la concurrence, il n'y a pas vraiment de cadre européen concernant les droits intellectuels. Leur validité dépend essentiellement du droit belge, la matière étant réglée par le code de droit économique³⁸.

§1. Le brevet

« Le brevet d'invention est un titre délivré par une autorité publique, portant sur une invention particulière et conférant à son titulaire un monopole temporaire d'exploitation de cette

³⁴ C. VERDURE et A. von MOLTKE, *op. cit.*, p. 36.

³⁵ L. VOGEL, « Droit de la concurrence... », *op.cit.*, p. 348 ; H. CULOT *et al.*, *op. cit.*, p. 469.

³⁶ V. CASSIERS et B. REMICHE, *op. cit.*, p. 7.

³⁷ A. AUTENNE, F. DELNOOZ et M. GOUVERNEUR, « Les actifs essentiels protégés par un droit de propriété intellectuelle : la libre concurrence face au droit de propriété et à la liberté de contracter », *Actualités en droit économique : la liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique*, T. Leonard (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 130.

³⁸ C.D.E., livre XI.

invention, la loi réglant les conditions de fond et de forme d'obtention de ce titre, le contenu et la durée de ce monopole »³⁹.

Le code de droit économique définit le brevet d'invention comme « un droit exclusif et temporaire d'exploitation pour toute invention qui est nouvelle, implique une activité inventive et est susceptible d'application industrielle »⁴⁰. Il faut donc une invention susceptible d'être exploitée dans le domaine technique et industriel. Afin d'obtenir un brevet, il est également nécessaire que l'inventeur dépose son invention et, qu'ainsi, il la divulgue. C'est en échange de cette divulgation que l'Etat accorde un monopole temporaire d'exploitation⁴¹.

§2. Le droit d'auteur

Pour qu'une œuvre puisse être protégée par le droit d'auteur, celle-ci doit être originale et être mise en forme. Ce sont les deux seules conditions nécessaires. Cela signifie qu'une idée qui n'a pu être mise en forme ne peut être protégée mais aussi qu'il n'existe pas de formalités préalables à accomplir afin de se voir accorder la protection. La protection existe dès la création de l'œuvre⁴².

Sous-section 2. Les finalités du droit de la propriété intellectuelle

Quelles sont les justifications derrière les droits intellectuels ? En effet, pourquoi accorder des droits intellectuels qui protègent leurs détenteurs de la concurrence en leur accordant un droit exclusif d'exploitation, au contraire de ce que prévoit le droit de la concurrence ?

Il existe plusieurs justifications derrière les droits intellectuels même si elles sont toutes critiquées par une partie de la doctrine.

La première justification est que les droits intellectuels vont récompenser les innovateurs et leur permettre de couvrir les coûts auxquels ils ont dû faire face lors de leurs processus de création⁴³. Ces théories visent à justifier la propriété intellectuelle comme un droit moral ou

³⁹ F. de VISSCHER, « La protection des inventions et du savoir-faire », *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Titre X – Livre 98.1, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 13.

⁴⁰ C.D.E., livre XI, art. XI.3.

⁴¹ V. CASSIERS et B. REMICHE, *op. cit.*, p. 14.

⁴² J.-C. LARDINOIS, « Le droit d'auteur », *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Titre X – Livre 100.2, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 10.

⁴³ A. PHAM, *Competition law and Intellectual Property Rights: Controlling Abuse or Abusing Control?*, CUTS International, Jaipur, 2008, p. 2.

naturel appartenant légitimement au créateur préalablement à sa reconnaissance par le législateur⁴⁴. C'est une vision presque sacrée du droit de la propriété intellectuelle⁴⁵. L'idée est de protéger le travail et les investissements du créateur. Il a consacré force et temps à façonner une œuvre et, pour cela, elle lui appartient⁴⁶.

La justification qui est la plus souvent admise actuellement est la justification utilitaire. Selon cette justification, les droits intellectuels sont nécessaires en ce qu'ils promeuvent l'innovation et sa dissémination. Tout d'abord, en ce qui concerne le brevet et le droit d'auteur, le droit accordé est justifié dans la mesure où il va stimuler l'investissement personnel en récompensant l'activité inventive. Or, il est dans l'intérêt de la société toute entière que les individus poursuivent leurs intérêts particuliers⁴⁷. Le droit communautaire reprend cette vision lorsqu'il définit ce que sont les « objets spécifiques » des droits intellectuels⁴⁸. Les droits intellectuels poussent également à mettre une invention sur le marché puisqu'il est nécessaire de la divulguer afin d'être protégé. Cela favorise donc sa dissémination⁴⁹. Ainsi, la Cour suprême des Etats Unis disait : « copyright law serves public ends by providing individuals with an incentive to pursue private ones »⁵⁰. Les économistes contemporains défendent cette même théorie selon laquelle les droits intellectuels sont nécessaires afin de promouvoir l'innovation, le risque étant que sans eux l'innovation soit freinée et, par conséquent, le bien-être général également⁵¹.

En résumé, ces théories justifient les droits intellectuels en ce qu'ils stimulent l'innovation et la création et en ce qu'ils protègent la propriété et le fruit du travail du créateur⁵².

CHAPITRE II. L'interaction entre les droits intellectuels et le droit de la concurrence

Ayant analysé le régime juridique et les objectifs du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle, il en ressort que ces deux droits sont forcément amenés à interagir. En

⁴⁴ M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et réformes du droit d'auteur dans l'environnement numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 32.

⁴⁵ L. de LEYSSAC, *op. cit.*, p. 298.

⁴⁶ M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 55.

⁴⁷ K. HYLTON, « Antitrust and Intellectual property: A brief introduction », *Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech*, R. Blair et D. Sokol (éd.), Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 82.

⁴⁸ L. de LEYSSAC, *op. cit.*, p. 298.

⁴⁹ A. PHAM, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁰ S.C.O.T.U.S., arrêt *Elred v. Ashcroft*, 15 janvier 2003, 01-618, point 18 : « le droit d'auteur sert l'intérêt général en fournissant aux particuliers une motivation à poursuivre leurs intérêts propres ».

⁵¹ M. BUYDENS, *op. cit.*, p. 59.

⁵² J. HOUDIJK, « De collisie tussen het intellectuele eigendomsrecht en het mededingingsrecht : een korte balans na dertig jaar jurisprudentie van Het Hof van Justitie van de EU », *D.A.O.R.*, 2011/98, p. 192.

effet, ils partagent certains objectifs communs mais leurs méthodes semblent contradictoires. Pour cette raison, la nature de leur relation a été longuement débattue. Certains auteurs ont par conséquent décrit leurs interactions comme étant source de conflits (Section 1). D'autres au contraire ont insisté sur leurs point communs et sur leur complémentarité (Section 2).

Section 1. Logique conflictuelle

Selon ces théories, la rencontre entre les droits intellectuels et le droit de la concurrence ne peut être qu'un choc. Leur argument est que les droits intellectuels accordent un droit exclusif d'exploitation sur l'innovation, ce qui, en pratique, aura le même effet qu'un monopole⁵³. En effet, ce droit exclusif a pour conséquence de mettre son détenteur à l'abri de toute concurrence, même si ce n'est que de façon temporaire. Par conséquent, celui-ci pourra déterminer librement le prix de son innovation sur le marché. Les effets sont donc similaires à ceux d'un monopole. Alors, qu'au contraire, le droit de la concurrence cherche précisément à protéger le marché des monopoles afin d'en assurer l'efficacité⁵⁴. Cela aura pour conséquence un conflit entre les deux droits, soit parce que la propriété intellectuelle restreindra la concurrence par ce monopole, soit que la propriété intellectuelle subisse des atteintes par le droit de la concurrence⁵⁵.

Cette opposition fondamentale dans leurs méthodes conduit les défenseurs de la logique conflictuelle à ne voir dans la rencontre entre ces deux droits qu'une source de conflit.

Section 2. Logique de convergence

En opposition à la logique conflictuelle, certains auteurs considèrent que cette vision est trop simpliste, caricaturée et, qu'au contraire, les droits intellectuels et le droit de la concurrence sont complémentaires. Cette vision est aujourd'hui la plus communément adoptée, selon des degrés divers⁵⁶.

Cette idée repose sur l'argument que les deux droits poursuivent en réalité des objectifs communs, seules leurs méthodes pour atteindre ces buts divergent. L'accent est mis sur le fait que leur finalité commune est d'améliorer le fonctionnement du marché et, par-là, le bien-être

⁵³ A. PHAM, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁴ K. HYLTON, *op. cit.*, p. 12 ; J. HOUDIJK, *op. cit.*, p. 196.

⁵⁵ L. de LEYSSAC, *op. cit.*, p. 297.

⁵⁶ E. DIENY, « Le droit de la concurrence, obstacle ou allié des stratégies internationales de droits de propriété intellectuelle ? », *Stratégies internationales et propriété intellectuelle*, A. Quiquerez (dir.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 232.

des consommateurs et la promotion de l'innovation⁵⁷. Ainsi, Bowman disait « Le droit de la concurrence et le droit des brevets ont tous deux un principal objectif économique commun : maximiser la richesse en produisant ce que veulent les consommateurs au moindre coût »⁵⁸.

Il n'y aurait en conséquence pas de réel conflit si les lois étaient appliquées correctement, c'est-à-dire en respectant les finalités des deux droits. En effet, puisqu'ils ont des objectifs similaires, le même résultat devrait être atteint peu importe le champ dans lequel on se trouve. L'enjeu de la question est alors de parvenir à trouver le bon compromis, le bon équilibre⁵⁹. La Commission européenne elle-même a considéré que tant les droits intellectuels que le droit de la concurrence étaient nécessaires afin de promouvoir l'innovation et la concurrence⁶⁰.

La règle de l'effet, plutôt que par type de comportement, en droit de la concurrence tend également à démontrer que l'opposition entre les deux droits porte essentiellement sur les moyens utilisés. En effet, si on s'accorde sur le fait qu'ils cherchent tous deux à assurer le bon fonctionnement du marché, et par-là l'innovation, et que la règle de l'effet est adoptée en droit de la concurrence, les deux droits devraient parvenir au même résultat⁶¹.

Section 3. Synthèse provisoire

Il est vrai que le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle font appel à des instruments et des méthodes qui paraissent opposés. Néanmoins, leurs objectifs se rejoignent. En effet, le droit de la propriété intellectuelle cherche notamment à assurer la promotion et la diffusion de l'innovation, l'innovation étant nécessaire pour le bon fonctionnement du marché. Le droit de la concurrence cherche également à protéger le marché en assurant une concurrence effective, et par là les possibilités d'innovation⁶². Toutefois, alors que le droit de la propriété intellectuelle va stimuler l'économie en assurant aux innovateurs qu'ils seront protégés de la concurrence pendant un certain temps s'ils consentent à faire des investissements dans l'innovation, le droit de la concurrence va assurer la dynamique du marché via une concurrence sans entraves⁶³. Mais l'un et l'autre sont nécessaires. La croissance économique et l'innovation

⁵⁷ J. HOUDIJK, *op. cit.*, p. 193 ; L. de LEYSSAC, *op. cit.*, p. 295.

⁵⁸ Traduction libre de I. RAHNASTO, *Intellectual Property Rights, External Effects, and Anti-trust Law. Leveraging IPRs in the Communications Industry*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 8.

⁵⁹ K. HYLTON, *op. cit.*, p. 1.

⁶⁰ J. GSTALTER, *Droit de la concurrence et droits de la propriété intellectuelle*, Bruxelles, Bruylant, p. 22 ; C. MARECHAL, « Concurrence et propriété intellectuelle », *IRPI*, Paris, Litec, p. 446.

⁶¹ L. LEBLOND, *Pratiques anticoncurrentielles et brevets*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 230.

⁶² A. PHAM, *op. cit.*, p. 1.

⁶³ J. HOUDIJK, *op. cit.*, p. 191.

nécessitent de trouver un équilibre entre les droits intellectuels et la concurrence⁶⁴.

Par conséquent, le réel problème qui se pose lors de l'interaction entre les deux droits est de trouver le juste équilibre. Cet équilibre est d'autant plus nécessaire que des erreurs dans l'application ou l'interprétation de l'un pourraient mettre en danger l'autre⁶⁵. En effet, tous les deux se complémentent et s'entremêlent, tout comme l'innovation et la concurrence⁶⁶. Le problème qui se pose aujourd'hui est que certains auteurs considèrent que cet équilibre n'est plus assuré, selon certains, à cause d'abus de droits intellectuels⁶⁷, pour d'autres, à cause de l'apparition de nouveaux types de produits ou marchés pour lesquels le droit actuel n'est plus adapté⁶⁸. Ou encore selon une autre partie de la doctrine, à cause d'une influence trop grande du droit de la concurrence sur les droits intellectuels qui met en danger l'essence même du droit de propriété intellectuelle, à savoir le monopole d'exploitation⁶⁹.

⁶⁴ Y. HUANG, E. XIAO-RU WANG et R. XIN ZHANG, « Essential facilities doctrine and its application in intellectual property space under China's anti-monopoly law », *George Mason Law Review*, Vol. 22, numéro 5, 2015, p. 1104.

⁶⁵ A. PHAM, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁶ Ces relations sont développées plus en profondeur dans la Partie II de ce travail.

⁶⁷ H. HOVENKAMP, « Consumer Welfare in Competition and Intellectual Property Law », *Competition policy international*, Volume 9, Numéro 2, 2013, p. 53.

⁶⁸ E. SALVADOR et E. de BETHUNE, *La concentration des plateformes en ligne au sein de leur écosystème et au-delà*, Conseil central de l'économie, 2018, p. 20.

⁶⁹ L. de LEYSSAC, *op. cit.*, p. 297.

PARTIE II. LE ROLE DE L'INNOVATION ET DE LA CONCURRENCE

Nous avons vu dans la partie précédente que le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle favorisaient l'innovation et une concurrence effective. Il importe maintenant de savoir pourquoi l'innovation est importante dans notre économie (Chapitre I) et quel est le rôle de la concurrence (Chapitre II).

CHAPITRE I. L'importance de l'innovation

L'innovation est l'introduction de quelque chose de nouveau. Sans innovation, il ne peut y avoir de nouveauté et sans nouveauté il ne peut y avoir de progrès. C'est pour cela que l'innovation doit être encouragée⁷⁰. Innover est important pour la société de façon générale mais aussi pour les entreprises.

Tout d'abord, pour les entreprises, il est nécessaire d'innover afin de rester compétitives sur un marché. Des concurrents vont entrer sur le marché, proposer des produits améliorés ou des services nouveaux. Elles vont devoir pouvoir s'adapter et elles-mêmes innover. Dès lors, l'innovation est l'un des moyens de la compétition à laquelle se livrent les entreprises pour la conquête des marchés. En effet, sans innovation, une entreprise ne pourra pas survivre face à ses concurrents⁷¹. Pour la société de façon générale, l'innovation permet le progrès économique. En effet, l'innovation augmente le bien-être des consommateurs par le développement de nouveaux produits ou services et par le développement d'améliorations⁷². C'est ce qui permet d'avoir de nouvelles offres sur un marché ou de répondre à de nouveaux besoins⁷³.

L'innovation est ce qui va permettre à la société et aux entreprises de réagir aux obstacles externes, de répondre à de nouveaux besoins ou encore de résoudre certains problèmes sociaux. Par exemple les problèmes environnementaux. A long-terme, l'innovation va ainsi permettre une augmentation du bien-être des consommateurs, le développement de nouveaux produits ou d'améliorations, ainsi que la croissance économique⁷⁴.

Dans ce chapitre, nous commencerons par tenter d'analyser la relation entre la compétition et

⁷⁰ L. de LEYSSAC, *ibidem*, p. 295.

⁷¹ M. BUYDENS, *La propriété intellectuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 444.

⁷² L. LEBLOND, *op. cit.*, p. 40.

⁷³ H. HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 64.

⁷⁴ A. PHAM, *op. cit.*, p.1.

l'innovation. Nous verrons premièrement l'influence qu'exercent le droit de la concurrence et l'innovation l'un sur l'autre, ainsi que sur la compétition (Section 1). Il s'agira ensuite de voir la relation entre les droits intellectuels, l'innovation et la compétition (Section 2).

Section 1. Compétition, droit de la concurrence et innovation

Aussi bien les droits intellectuels que la concurrence incitent les entreprises à innover. L'innovation est un des atouts majeurs du jeu de compétition auquel se livrent les entreprises⁷⁵. La relation entre concurrence et innovation est d'ailleurs une question fortement débattue en économie⁷⁶.

Toutes les entreprises se doivent d'innover afin de garder leur relevance sur un marché. Même dans les secteurs fortement réglementés où l'innovation paraît difficile, les entreprises se doivent d'innover. Ainsi, dans le secteur bancaire les banques ont dû intégrer des services digitaux. Et les taxis ont dû faire face à l'arrivée d'Uber. C'est l'innovation qui est la clé de la compétitivité et de la croissance. La capacité à innover est une compétence critique afin d'avoir du succès sur un marché compétitif car les entreprises qui ne parviennent pas à innover perdront leur place. Tout autant, l'innovation va permettre aux entreprises d'obtenir ou de garder un avantage compétitif sur leurs concurrents. Pour les entreprises, la possibilité d'être davantage compétitives est une des raisons principales derrière l'innovation. La compétition va donc pousser les entreprises à innover⁷⁷.

Voilà en quoi le droit de la concurrence vient protéger l'innovation. En effet, il va s'assurer qu'il y ait bien une compétition effective sur le marché. Si une entreprise se trouve en position de monopole et donc en capacité de mettre des barrières à l'entrée, elle n'a plus de raison d'innover. Mais encore plus que cela, elle peut empêcher ses éventuels concurrents d'introduire de nouveaux produits ou services, ou tout simplement des produits améliorés⁷⁸. Le droit de la concurrence, en assurant la liberté d'entrée sur un marché, permet ainsi la diffusion de l'innovation. En assurant une concurrence effective, le droit de la concurrence protège donc l'innovation⁷⁹.

⁷⁵ L. de LEYSSAC, *op. cit.*, p. 295.

⁷⁶ D. BOSCO et C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, p. 716.

⁷⁷ P. BELLEFLAME et A. STROWEL, « Innovation under threat ? Some economic and legal considerations on the patent war and trolls », *Droit, économie et valeurs*, A. Autenne, V. Cassiers et A. Strowel (dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 356 à 362.

⁷⁸ M. BUYDENS, *La propriété intellectuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 444.

⁷⁹ L. LEBLOND, *op. cit.*, p. 59.

De plus, l'innovation aura également un effet stimulant sur la concurrence car les entreprises vont tenter d'être les premières à obtenir un avantage sur un marché ou à obtenir un droit intellectuel, créant ainsi une course à l'innovation. Le rôle du droit de la concurrence est également de protéger la compétition dans cette course à l'innovation⁸⁰.

Section 2. Compétition, droits intellectuels et innovation

Les droits intellectuels sont le réceptacle juridique de l'innovation⁸¹. L'innovation doit être encouragée et une des méthodes afin de la promouvoir est d'accorder des droits intellectuels aux innovateurs. En effet, si le droit de la concurrence est ce qui permet aux entreprises d'entrer sur un marché avec leurs innovations, il ne donne pas en tant que tel des motivations à investir dans l'innovation. En effet, innover coûte cher et nécessite des investissements personnels conséquents de la part des entreprises. Par conséquent, le jeu de la concurrence n'est parfois pas suffisant pour encourager l'innovation⁸². C'est là que les droits intellectuels sont nécessaires. En effet, ils vont mettre l'entreprise innovante à l'abri de la concurrence pendant un certain temps et donc lui assurer de pouvoir récupérer au moins une partie des coûts qu'il aura investis⁸³. Les droits intellectuels vont stimuler l'investissement personnel, et par là l'innovation⁸⁴. De plus, en accordant cette protection, ils vont la pousser à mettre son innovation sur le marché, permettant ainsi sa diffusion et sa commercialisation⁸⁵.

Mais au-delà de leur influence sur l'innovation, les droits intellectuels jouent également un rôle important sur la compétition. En effet, dans notre société les actifs immatériels sont devenus parmi les actifs principaux des entreprises. Ils sont donc un instrument du jeu concurrentiel entre les entreprises. Celles-ci vont se concurrencer, innover, en espérant être les premières à pouvoir obtenir un droit intellectuel⁸⁶.

CHAPITRE II. Le rôle de la concurrence

Le postulat est que la libre concurrence est plus efficace et plus juste que le monopole. La

⁸⁰ A. PHAM, *op. cit.*, p. 7.

⁸¹ L. de LEYSSAC, *op. cit.*, p. 295.

⁸² A. PHAM, *op. cit.*, p. 1.

⁸³ L. LEBLOND, *op. cit.*, p. 40.

⁸⁴ M. BUYDENS, *op. cit.*, p. 444.

⁸⁵ J. HOUDIJK, *op. cit.*, p. 196.

⁸⁶ L. de LEYSSAC, *op. cit.*, p. 295.

concurrence est nécessaire à la prospérité car la concurrence mène à l'efficacité⁸⁷. Lorsque la concurrence règne entre des entreprises mues par le désir de maximiser leurs profits, toute différence entre prix de vente et coûts unitaires disparaît à long terme. Cela découle de la rationalité des entreprises. Ce raisonnement simple montre que le processus concurrentiel mène à l'efficacité⁸⁸.

La concurrence est par conséquent supposée profiter à la fois au marché et aux consommateurs. En effet, il y aura une diversité de choix, ce qui impliquera une diminution des prix et une meilleure qualité des produits⁸⁹.

La première section de ce chapitre sera consacrée aux effets des pratiques anticoncurrentielles sur le marché et l'importance de la concurrence (Section 1). La deuxième section se penchera sur la relation entre les droits intellectuels et la concurrence (Section 2).

Section 1. L'importance de la concurrence

Pourquoi est-il important d'avoir des entreprises en concurrence sur un marché ? L'idée est que si la concurrence est efficace, celle-ci sera dynamique et aura un effet positif pour les consommateurs sur le niveau des prix ainsi que sur l'innovation. Au contraire, les monopoles, les abus de pouvoir économiques, réduisent la richesse totale de la société⁹⁰. Le droit de la concurrence, s'il est bien pensé, permet la création de cet environnement favorable en empêchant les abus de pouvoir économique et les barrières à l'entrée⁹¹.

Une augmentation de la concurrence est présumée augmenter la prospérité car la libre concurrence est la meilleure garantie de satisfaire l'intérêt général. En effet, si chaque acteur poursuit son intérêt individuel, la coordination par le marché va permettre d'atteindre un équilibre efficace sur le marché, au bénéfice de l'intérêt général⁹².

Un tel modèle de concurrence parfaite contribue à la diversité et à la qualité des offres, satisfait

⁸⁷ J. HOVENKAMP et F. SCOTT MORTON, "Framing the Chicago School of Antitrust Analysis", *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2213, 2019, p. 6 à 13.

⁸⁸ A.-L. SIBONY, *op. cit.*, p. 99 à 107.

⁸⁹ A. PHAM, *op. cit.*, p.1.

⁹⁰ K. HYLTON, *op. cit.*, p. 2 à 4.

⁹¹ A. PHAM, *op. cit.*, p.2.

⁹² H. CULOT *et al.*, *op. cit.*, p. 423.

la demande au meilleur prix et assure aux entreprises les plus efficaces le développement nécessaire. En bref, la libre concurrence parfaite apporte la satisfaction maximale des intérêts tant individuels que collectifs⁹³.

Section 2. La concurrence et les droits intellectuels

Les actifs immatériels ont, comme on l'a dit, acquis dans la société de l'information une grande valeur. Ils ont été décrits comme l'enjeu du siècle pour la concurrence⁹⁴. La propriété intellectuelle est un des éléments essentiels du patrimoine des entreprises. C'est pour cette raison que les entreprises se livrent à une concurrence sévère afin de les obtenir. Les droits intellectuels sont ainsi un des moteurs de la concurrence⁹⁵.

Mais, au-delà de leur rôle sur la compétition, les droits intellectuels sont utilisés dans des stratégies concurrentielles. Non seulement parce que les entreprises se doivent d'innover afin de rester compétitives mais aussi tout simplement parce que cela leur permet de se démarquer. En effet, les droits intellectuels peuvent être utilisés dans des stratégies de différenciation de leurs produits ou services. Par exemple, en permettant de créer une image de marque ou en assurant que l'entreprise soit la seule à pouvoir exploiter une technologie.

Les droits intellectuels favorisent donc une concurrence dynamique en ce qu'ils encouragent les entreprises à investir dans des développements. Ils sont dès lors généralement favorables à la concurrence⁹⁶.

CHAPITRE III. Conclusion

En conclusion, les droits intellectuels et le droit de la concurrence sont amenés à interagir de façon constante. Ils permettent tous deux le bon fonctionnement du marché en assurant non seulement une concurrence effective mais également qu'il y ait des motivations suffisantes à l'innovation. Ils sont entremêlés dans les jeux stratégiques des entreprises. Leurs rapports ne peuvent donc pas être simplement décrits en terme de conflit ou de convergence. Ils sont en effet complémentaires, et les deux sont nécessaires. Néanmoins, leurs méthodes étant si diamétralement opposées, des compromis doivent être faits et un juste équilibre trouvé⁹⁷. En

⁹³ K. HYLTON, *op. cit.*, p. 2 et 3.

⁹⁴ A. AUTENNE, F. DELNOOZ et M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, p. 130.

⁹⁵ L. de LEYSSAC, *op. cit.*, p. 296.

⁹⁶ E. DIENY, *op. cit.*, p. 235.

⁹⁷ J. HOUDIJK, *op. cit.*, p. 196.

effet, des abus de droits intellectuels peuvent restreindre la concurrence de façon disproportionnée par rapport à ce qui est nécessaire afin de promouvoir l'innovation. Une protection trop large pourrait mettre en danger l'innovation future⁹⁸. Tout comme un contrôle trop strict du droit de la concurrence risquerait de limiter les droits intellectuels au point que les entreprises ne prennent plus le risque d'investir dans l'innovation, n'ayant pas assez de motivations à le faire⁹⁹. Par conséquent, il s'agit d'une opération délicate et l'équilibre qui se dégage actuellement n'est plus adapté à notre société d'aujourd'hui.

⁹⁸ L. de LEYSSAC, *op. cit.*, p. 298.

⁹⁹ E. DIENY, *op. cit.*, p. 235.

PARTIE III. L'ENJEU DE LA QUESTION

Le droit de la propriété intellectuelle était auparavant réputé comme le seul protecteur des incitations à l'innovation. Toutefois, l'usage des droits intellectuels a évolué, des abus sont apparus, et ce au détriment de l'innovation. L'importance de l'innovation pour la concurrence conduit naturellement à ce que le droit de la concurrence se doive d'intervenir lorsque la propriété intellectuelle est utilisée à des fins anticoncurrentielles¹⁰⁰.

Le premier chapitre de cette partie sera un état des lieux de l'équilibre existant actuellement (Chapitre I). Le deuxième chapitre sera quant à lui consacré à la théorie des essential facilities, ou infrastructures essentielles (Chapitre II). Le chapitre suivant analysera deux catégories de problèmes majeurs qui se posent aujourd'hui (Chapitre III).

CHAPITRE I. L'équilibre actuel

Depuis déjà longtemps maintenant, les autorités communautaires considèrent que les droits de propriété intellectuelle ne se trouvent pas à l'abri du droit de la concurrence et ne peuvent faire obstacle à ce que leur détenteur soit poursuivi en cas d'atteinte à la concurrence¹⁰¹. En effet, il est possible de faire usage de son droit de propriété intellectuelle, même valablement obtenu, de façon anticoncurrentielle. Pour cette raison, le droit de la concurrence peut intervenir et limiter la propriété intellectuelle. Il s'agit alors de trouver de justes compromis entre les différentes exigences de ces droits¹⁰². Ainsi, en 2015, la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé l'importance de « mettre en balance, d'une part, la préservation du libre jeu de la concurrence [...] et, d'autre part, la nécessaire garantie des droits de propriété intellectuelle de ce titulaire et de son droit à une protection juridictionnelle effective »¹⁰³.

C'est toutefois une question qui a fait l'objet de nombreuses controverses au cours des années ainsi que de nombreux arrêts. Il s'agira dans ce chapitre de revoir les développements ayant

¹⁰⁰ D. BOSCO et C. PRIETO, *op. cit.*, p. 712.

¹⁰¹ E. DIENY, *op. cit.*, p. 233.

¹⁰² L. de LEYSSAC, *op. cit.*, p. 296 ; E. DIENY, *ibidem*, p. 233 ; A. PHAM, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰³ C.J.U.E., arrêt *Huawei Technologies Co. Ltd c. ZTE Corp. et ZTE Deutschland GmbH*, 16 juillet 2015, C-170/13, EU :C :2015 :477, point 42.

mené à l'état actuel du droit (Section 1). Ensuite de décrire quel est l'équilibre qui a été actuellement trouvé entre les droits intellectuels et le droit de la concurrence (Section 2) ainsi que les critiques de cet état actuel (Section 3).

Section 1. Les développements ayant mené à l'état actuel du droit

En droit européen, l'application, voire la primauté, du droit de la concurrence sur les droits intellectuels a été reconnue dès 1996. La question qui se posait alors était de savoir comment organiser cette primauté, comment agencer les limites des deux droits¹⁰⁴. Il s'agissait d'un exercice délicat car, comme vu plus haut, le risque est, d'une part, qu'en cas d'intervention trop stricte du droit de la concurrence sur la propriété intellectuelle, il n'y ait plus suffisamment d'incitation à innover pour les entreprises. D'autre part, au contraire, une protection trop élevée des droits intellectuels peut mener à des abus, et, par conséquent, nuire à la concurrence et à l'innovation¹⁰⁵.

Dès lors, il a fallu que les autorités communautaires trouvent une clé de répartition¹⁰⁶. Cela a été fait en grande partie par la Cour de justice de l'Union européenne qui a transposé à la relation entre les droits intellectuels et le droit de la concurrence, les développements et la jurisprudence qu'elle avait adoptés relativement à la relation entre la libre circulation et les droits intellectuels¹⁰⁷. Il s'agissait, au fil de ses arrêts, de trouver des compromis entre les deux droits¹⁰⁸.

Ainsi, la Cour commence par une distinction fondamentale entre l'existence du droit et son exercice. En effet, l'existence du droit en tant que telle ne peut pas être affectée par le droit de la concurrence. Les droits intellectuels étant octroyés selon des conditions établies par les législations nationales, ou des traités internationaux, leur validité ne peut être remise en cause par les autorités de la concurrence¹⁰⁹. Néanmoins, l'exercice de ce droit peut quant à lui donner lieu à des restrictions abusives de concurrence. Le droit de la concurrence interviendra lorsque

¹⁰⁴ E. DIENY, *op. cit.*, p. 234.

¹⁰⁵ L. de LEYSSAC, *op. cit.*, 296.

¹⁰⁶ E. DIENY, *op. cit.*, p. 234.

¹⁰⁷ Trib., décision *Servier SAS c. Commission européenne*, 12 décembre 2018, T-691/14, EU :T :2018 :922, point 238.

¹⁰⁸ J. HOUDIJK, *op. cit.*, p. 196.

¹⁰⁹ J. DERENNE, « La propriété industrielle et intellectuelle et le droit communautaire », *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Titre X, livre 101, 2000, p. 32 ; Trib., décision *Servier SAS c. Commission européenne*, 12 décembre 2018, T-691/14, EU :T :2018 :922, point 244 ; A. PHAM, *op. cit.*, p. 12.

cet exercice deviendra excessif¹¹⁰. Ici, la Cour fait une distinction entre l'exercice légitime et l'exercice illégitime d'un droit. Lorsqu'une entreprise fait usage de son droit intellectuel de façon légitime, son comportement ne peut pas être contraire au droit de la concurrence, quand bien même cet exercice aurait des effets négatifs sur la concurrence. En effet, tout droit intellectuel entraîne naturellement une restriction de la concurrence. Par contre, lorsque cet exercice est illégitime, le droit de la concurrence, par la prohibition des ententes et des abus de position dominante, peut trouver à s'appliquer¹¹¹.

Le problème, suite à cette jurisprudence, est de déterminer ce qui caractérise un usage légitime ou illégitime. Pour ce faire, la Cour a développé la notion d'objet spécifique. L'idée est de se demander si l'exercice du droit correspond bien à sa finalité. Pour chaque droit intellectuel, la Cour a déterminé ce qu'était son objet spécifique¹¹². Ainsi, la finalité du brevet et du droit d'auteur est de récompenser l'activité inventive. Cette méthode correspond à la justification utilitaire des droits intellectuels¹¹³.

En conclusion, le droit de la concurrence pourra intervenir, et limiter l'usage d'un droit intellectuel, lorsque cet usage ne correspond plus à la fonction essentielle de ce droit¹¹⁴. Certains considèrent actuellement qu'il s'agit d'une intrusion trop grande du droit de la concurrence, et ils critiquent par exemple les affaires Magill¹¹⁵ et IMS Health¹¹⁶, que nous verrons plus loin, en ce qu'elles porteraient atteinte à l'essence même des droits intellectuels¹¹⁷. Toutefois, même lorsqu'elle leur impose des limites, la Cour a toujours insisté sur l'importance des droits intellectuels comme étant un élément essentiel du système de concurrence non faussée.

Section 2. L'application des principes du droit de la concurrence aux droits intellectuels

Le droit de la concurrence se doit par conséquent de reconnaître la nécessité des droits

¹¹⁰ D. BOSCO et C. PRIETO, *op. cit.*, p. 713.

¹¹¹ E. DIENY, *op. cit.*, p. 235 ; J. DERENNE, *op. cit.*, p. 32.

¹¹² E. DIENY, *ibidem*, p. 237.

¹¹³ L. de LEYSSAC, *op. cit.*, p. 298 ; L. VOGEL, « Les fondamentaux ... », *op. cit.*, p. 233.

¹¹⁴ E. DIENY, *op. cit.*, p. 238.

¹¹⁵ C.J.C.E., arrêt *Radio Telefis Eireann et Independent Television Publications Ltd c. Commission des Communautés européennes*, 6 avril 1995, affaires jointes C-241/91 et C-242/91 P, EU :C :1995 :98.

¹¹⁶ C.J.C.E., arrêt *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG.*, 29 avril 2004, C-418/01, EU:C:2004:257.

¹¹⁷ L. de LEYSSAC, *op. cit.*, p. 297.

intellectuels pour le bon fonctionnement du marché, pour le bien-être des consommateurs et pour l'innovation. Quand bien même ces droits intellectuels auraient des effets anticoncurrentiels, quand bien même ils placeraient leur détenteur dans une position de monopole, les autorités de la concurrence ne peuvent questionner leur existence¹¹⁸. Toutefois, des brèches dans la neutralité du droit de la concurrence par rapport à l'existence des droits intellectuels commencent à apparaître¹¹⁹.

Néanmoins, les effets négatifs que peuvent avoir ces droits intellectuels sont également reconnus. Ainsi, en plaçant leur détenteur en situation de monopole, ou presque, ils peuvent provoquer une augmentation des prix, une baisse de la production ou même une réduction de qualité. Ils risquent également de décourager d'éventuelles entreprises concurrentes d'entrer sur le marché avec une offre substituable par crainte de poursuites. En outre, leur détenteur peut refuser d'accorder une licence, bloquant ainsi le développement d'innovations de seconde génération ou d'améliorations¹²⁰.

Le droit de la concurrence intervient de ce fait lorsque l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle dépasse ses buts légitimes et s'inscrit dans un schéma anticoncurrentiel¹²¹. L'analyse des effets de l'exercice des droits intellectuels relève du domaine du fait, de l'analyse économique¹²². Le droit de la concurrence va intervenir principalement par l'interdiction des ententes et l'interdiction des abus de position dominante.

Sous-section 1. Les droits intellectuels et l'interdiction des ententes

Comme nous l'avons vu, le droit de la concurrence interdit les ententes qui auraient pour effet ou objet de restreindre la concurrence¹²³. Le droit européen a adopté une définition large de l'entente puisqu'un simple échange d'informations peut tomber sous le champ d'application de l'article 101 du TFUE. Cependant, ce même article prévoit également des exceptions à cette interdiction générale¹²⁴.

¹¹⁸ D. BOSCO et C. PRIETO, *op. cit.*, Bruxelles, Bruylant, p. 713.

¹¹⁹ E. DIENY, *op. cit.*, p. 249.

¹²⁰ A. PHAM, *op. cit.*, p. 5 à 12. Les innovations de seconde génération, ou cumulatives, sont celles qui se développent sur des innovations préexistantes.

¹²¹ L. VOGEL, « Les fondamentaux ... », *op. cit.*, p. 235 ; A. PHAM, *ibidem*, p. 12.

¹²² L. de LEYSSAC, *op. cit.*, p. 296.

¹²³ Cfr. *supra*, p. 6.

¹²⁴ T.F.U.E., art. 101.

En quoi l'exercice d'un droit intellectuel peut-il être constitutif d'une entente ? De nombreuses pratiques courantes des entreprises seraient susceptibles d'être qualifiées d'ententes, bien que la plupart soient légitimes. Il est par exemple possible que des entreprises se concertent quant à l'utilisation qu'elles feront de leurs brevets respectifs, ce qui tombe sous le champ d'application de l'article 101¹²⁵. Tout comme un simple contrat de licence entre entreprises peut violer l'article 101 du TFUE s'il a pour effet ou objet de restreindre la concurrence¹²⁶. Les accords de licence sont particulièrement susceptibles d'être frappés par l'interdiction des ententes puisqu'il s'agit d'accords entre entreprises ayant pour objet l'exploitation d'un monopole. Ils ont donc naturellement un effet sur le jeu normal de la concurrence¹²⁷. Beaucoup d'accords de licence devraient par conséquent être annulés si l'article 101, §3 ne prévoyait pas des exceptions à cette interdiction générale¹²⁸.

Il est impossible de voir tous les types d'accords qui peuvent exister, dès lors nous nous concentrerons sur deux grandes catégories pour lesquelles la Commission a adopté des règlements d'exemption par catégorie : les accords de recherche et développement et les accords de transfert de technologie¹²⁹. Ces deux types d'accords sont illustratifs de la conciliation que tentent d'établir les autorités communautaires entre les droits intellectuels et le droit de la concurrence, cette conciliation se faisant dans le but de préserver les incitations à l'innovation tout en assurant une concurrence effective¹³⁰.

§1. Les accords de transfert de technologie

Concernant les accords de transfert de technologie, le règlement dispose qu'ils « améliorent généralement l'efficacité économique et favorisent la concurrence, dans la mesure où ils peuvent réduire la duplication des actions de recherche-développement, mieux inciter les entreprises à lancer de nouvelles actions de recherche-développement, encourager l'innovation incrémentale, faciliter la diffusion des technologies et susciter de la concurrence sur les marchés

¹²⁵ Trib., décision *Servier SAS c. Commission européenne*, 12 décembre 2018, T-691/14, EU :T :2018 :922, point 242.

¹²⁶ J.-F. BELLIS, *Droit européen de la concurrence*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 213.

¹²⁷ V. CASSIERS et B. REMICHE, *op. cit.*, p. 345.

¹²⁸ Y. VAN COUTER, « The European commission's contemplated revision of the technology transfer block exemption : A justified proposal for change », *I.R.D.I.*, 2013/4, p. 263.

¹²⁹ Règlement (UE) 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, *J.O.U.E.*, L 93/17, 28 mars 2014 ; Règlement (UE) 1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement, *J.O.U.E.*, L 335/36, 18 décembre 2010.

¹³⁰ D. BOSCO et C. PRIETO, *op. cit.*, p. 712.

de produits »¹³¹. Le règlement prévoit également que si l'accord contient certaines restrictions, par exemple une fixation de prix ou une limitation de la production, il ne peut plus tomber sous le champ d'application de l'exemption¹³². Ce qui signifie que l'article 101 est à nouveau applicable. Le but est d'éviter d'accorder une exemption à des accords qui seraient susceptibles de limiter l'incitation à innover¹³³.

Les concessions de licence font partie des éléments fondamentaux des droits intellectuels. En effet, elles permettent de s'assurer une redevance, un retour sur l'investissement consenti par les entreprises qui justifie leur prise de risque. Elles permettent également de partager la connaissance et favorisent donc l'innovation¹³⁴. En tant que tel, un accord de licence ne devrait par conséquent pas entraîner l'application du droit de la concurrence. Et pourtant, on reconnaît que certains contrats d'accords de transfert de technologie peuvent se faire dans le cadre de stratégies anticoncurrentielles. Le règlement fait ici preuve de conciliation, en montrant bien que toutes les licences, et plus précisément certaines clauses, ne sont pas permises¹³⁵. Un compromis est établi car, d'une part, le droit de la concurrence va limiter non seulement une prérogative des droits intellectuels mais aussi la liberté contractuelle au nom de la concurrence. Mais, d'autre part, le règlement reconnaît en même temps les effets bénéfiques des licences et facilite ainsi la vie des entreprises en présumant qu'elles sont conformes aux conditions du paragraphe trois.

§2. Les accords de recherche et développement

La coopération entre entreprises en matière de recherche et de développement est souvent indispensable pour l'innovation. En effet, les opérations de recherche et développement nécessitent des investissements importants, représentant ainsi une prise de risque importante¹³⁶. Or, la mise en commun de la recherche permet de partager ces risques mais, en plus, d'éviter aux entreprises de devoir faire des recherches inutiles puisque le résultat des recherches est partagé.

Par conséquent, les accords de coopération dans le domaine de la recherche et du

¹³¹ Règlement (UE) 316/2014 précité, considérant 4.

¹³² D. BOSCO et C. PRIETO, *op. cit.*, p. 759.

¹³³ J.-F. BELLIS, *op. cit.*, p. 222.

¹³⁴ D. BOSCO et C. PRIETO, *op. cit.*, p. 743.

¹³⁵ Y. VAN COUTER, *op. cit.*, p. 274.

¹³⁶ J.-F. BELLIS, *op. cit.*, p. 151.

développement ne devraient engendrer a priori que des résultats bénéfiques. Ils ne relèvent donc généralement pas de l'article 101¹³⁷. Néanmoins, tout comme les accords de transfert de technologie, dans certaines situations ils peuvent avoir des effets négatifs¹³⁸. Pour cette raison, la Commission a également adopté un règlement d'exemption¹³⁹. De façon générale, le droit communautaire admet assez généralement les ententes visant à la mise en commun du résultat des recherches¹⁴⁰. La méthode est similaire à celle des accords de transfert de technologie. Si ces accords de recherche et développement sont en principe présumés répondre aux conditions du paragraphe trois, et donc exemptés de l'interdiction des ententes, certaines clauses sont également interdites. Par exemple les clauses ayant pour objet de restreindre la capacité des partenaires de poursuivre des activités de recherche et développement¹⁴¹.

Ici encore, ce règlement démontre l'équilibre entre protection de l'innovation et protection de la concurrence que cherchent à atteindre les autorités européennes en reconnaissant les effets bénéfiques sur l'innovation tout en admettant également que certaines pratiques vont, au contraire, entraver l'innovation. Par conséquent, elles ne doivent plus être exemptées et leurs effets anticoncurrentiels doivent faire l'objet d'un examen plus approfondi.

§3. Article 101, §3

Enfin, même lorsque ces accords ne tombent pas sous le champ d'application de l'un des règlements d'exemption par catégorie, rien n'empêche les entreprises de démontrer que les conditions du paragraphe trois sont remplies. Et la Commission a insisté sur l'importance de tenir compte des investissements et des risques encourus par les entreprises lors de l'appréciation de ces conditions¹⁴².

En conclusion, l'idée est d'utiliser la prohibition des ententes pour s'assurer que les effets anticoncurrentiels des droits intellectuels ne soient pas exagérés tout en faisant attention à sauvegarder l'innovation¹⁴³. Et par conséquent, de ne pas appliquer trop strictement le droit de la concurrence et de reconnaître le rôle des licences, des accords de recherche et de

¹³⁷ T.F.U.E., art. 101.

¹³⁸ D. BOSCO et C. PRIETO, *op. cit.*, p. 721.

¹³⁹ Règlement (UE) 1217/2010

¹⁴⁰ L. de LEYSSAC, *op. cit.*, p. 296.

¹⁴¹ J.-F. BELLIS, *op. cit.*, p. 154 ; B. VANBRABANT, « Transferts de technologie : la sécurisation des redevances est-elle contraire au droit de la concurrence », note sous Bruxelles, 5 avril 2011, *I.R.D.I.*, 2013/4, p. 300 à 310.

¹⁴² D. BOSCO et C. PRIETO, *op. cit.*, p. 743.

¹⁴³ D. BOSCO et C. PRIETO, *ibidem*, p. 712.

développement, ... pour l'innovation. Cela démontre l'équilibre que la Commission tente d'atteindre.

Sous-section 2. Les droits intellectuels et les abus de position dominante

En ce qui concerne les abus de position dominante, l'équilibre est plus compliqué à mettre en place. En effet, au contraire des ententes, il ne s'agit pas d'une règle générale et de ses exceptions mais bien de déterminer si une entreprise se trouve en position dominante et s'il y a abus. La même méthodologie doit être poursuivie lorsque l'abus se fait sous la forme de l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle¹⁴⁴. Plusieurs constatations doivent être faites.

Tout d'abord, nous avons vu ce qu'être en position dominante signifiait et comment déterminer l'existence d'une position dominante¹⁴⁵. En ce qui concerne la propriété intellectuelle, détenir un droit intellectuel ne signifie pas automatiquement qu'une entreprise se trouve en position dominante sur un marché¹⁴⁶. En effet, bien que les droits intellectuels permettent d'exclure d'éventuels compétiteurs, l'existence d'une position dominante dépendra de la configuration du marché¹⁴⁷. En fait, bien souvent, même si le droit intellectuel confère un monopole temporaire, il existe des alternatives, des substituts. Soit parce que les concurrents sont libres de proposer un produit alternatif répondant aux mêmes besoins. Soit parce que les innovations entrent en concurrence avec des produits qui existaient déjà sur le marché¹⁴⁸. Ainsi, lorsqu'Uber a été créé, le service était déjà en concurrence avec les sociétés traditionnelles de taxi. Il faut en conséquence autre chose que la simple détention d'un droit intellectuel, par exemple l'existence de barrières à l'entrée¹⁴⁹. Pour cette raison, il faudra procéder à une analyse économique du marché au cas par cas afin de déterminer le pouvoir de marché dont dispose l'entreprise.

De plus, même si l'entreprise se trouve en position dominante, ce n'est pas en tant que tel constitutif d'une violation des règles du droit de la concurrence. Il faudra encore prouver que l'entreprise abuse de sa position dominante, et l'exercice de son droit intellectuel ne sera pas nécessairement constitutif d'un abus et, ce, même s'il donne lieu à des effets

¹⁴⁴ J. DERENNE, *op. cit.*, p. 36.

¹⁴⁵ Cfr. *supra*, p. 7.

¹⁴⁶ A. PHAM, *op. cit.*, p. 17.

¹⁴⁷ L. de LEYSSAC, *op. cit.*, p. 296.

¹⁴⁸ A. AUTENNE, F. DELNOOZ et M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, p. 130.

¹⁴⁹ J. DERENNE, *op. cit.*, p. 36.

anticoncurrentiels¹⁵⁰. Il faudra par conséquent également prouver l'existence d'un abus et il faut quelque chose de plus que le simple exercice du droit intellectuel. Plusieurs comportements ont pu être qualifiés d'abus. Par exemple le fait d'obtenir des droits intellectuels sur une innovation substituable à un produit pour lequel l'entreprise détient déjà un droit intellectuel. Ou encore le fait de refuser de livrer sans raison légitime ou de pratiquer des prix discriminatoires¹⁵¹. Les arrêts qui vont le plus loin ont été jusqu'à considérer que, dans certaines circonstances exceptionnelles, le refus d'accorder une licence pouvait être constitutif d'un abus. C'est la théorie des essential facilities que nous verrons plus loin¹⁵². Il faut toutefois dans chaque cas procéder à une analyse économique des effets du comportement. Il s'agit d'un exercice difficile comme nous l'avons déjà démontré.

Il s'agit encore une fois d'un exercice de conciliation entre les droits intellectuels et la concurrence, entre l'incitation à l'innovation et la protection de la concurrence. Par exemple en tenant compte des investissements qui sont nécessaires pour innover et, par conséquent, de la légitimité de pratiquer des prix hauts. Ce n'est pas parce qu'une entreprise pratique des prix hauts que nécessairement elle commet un abus¹⁵³. En effet, il faut qu'elle puisse recouper une partie de son investissement, sinon les incitations à l'innovation disparaissent. Ou bien en tenant compte de l'essence des droits intellectuels. Cela fait partie des prérogatives des détenteurs de droits intellectuels de choisir d'accorder ou non des licences, de s'opposer à l'exploitation de leur propriété par des tiers. Ce n'est donc que dans des cas très exceptionnels que les entreprises seront forcées de les octroyer¹⁵⁴.

Section 3. Critiques de l'état du droit

L'état actuel du droit fait l'objet de nombreuses critiques. Comme nous l'avons vu, les interactions entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle doivent faire l'objet d'un équilibre délicat. Le risque étant qu'en cas de déséquilibre le marché, et par là l'innovation, le progrès économique et le bien-être des consommateurs, s'en trouvent affectés. Trop de concurrence est néfaste, tout comme un manque de concurrence l'est. Similairement, trop de protection des droits intellectuels aurait l'effet contraire du but recherché¹⁵⁵.

¹⁵⁰ E. DIENY, *op. cit.*, p. 235.

¹⁵¹ L. de LEYSSAC, *op. cit.*, p. 296.

¹⁵² Cfr. *infra*, p. 32.

¹⁵³ D. BOSCO et C. PRIETO, *op. cit.*, p. 720.

¹⁵⁴ L. de LEYSSAC, *op. cit.*, p. 297.

¹⁵⁵ D. BOSCO et C. PRIETO, *op. cit.*, p. 717.

Or, actuellement, l'évolution de notre société a mené à ce que certains considèrent comme un déséquilibre qu'il est possible de ressentir à différents niveaux.

Tout d'abord, l'économie digitale a présenté de nouvelles opportunités mais aussi de nouveaux défis pour les droits intellectuels¹⁵⁶. Certains ont ainsi considéré que l'équilibre entre les droits intellectuels et le droit de concurrence n'était plus adapté aux nouveaux produits et types de marchés comme les plateformes¹⁵⁷.

En outre, les droits intellectuels ont pris une telle importance dans les jeux compétitifs des entreprises qu'on a vu apparaître de nombreux abus tels que les patent wars, patent trolls, ... Cela a conduit à de fortes critiques quant au réel rôle joué par les droits intellectuels sur l'innovation. L'essentiel de ces critiques porte sur le fait que l'augmentation du nombre de brevets existants aujourd'hui est nocif pour l'innovation. Les brevets seraient maintenant accordés trop facilement, ce qui réduirait leur qualité¹⁵⁸. De plus, leur nombre rend difficile le développement de nouvelles innovations, le terrain étant devenu un « champ de mines » sur lesquels les entreprises ont peur de s'aventurer¹⁵⁹. En effet, il y existe tant de brevets actuellement qu'il est presque impossible de développer un nouveau produit sans risquer des poursuites par les détenteurs d'un droit intellectuel. Ceci est la conséquence d'un usage abusif de droits intellectuels que nous verrons plus loin¹⁶⁰.

CHAPITRE II. La théorie des essential facilities

Rattachée au droit de la concurrence et à la prohibition des abus de position dominante, la doctrine des essential facilities, ou théorie des infrastructures essentielles, est d'abord apparue aux Etats-Unis, il y a plus de cent ans¹⁶¹. Elle a originairement été développée eu égard aux infrastructures physiques avant d'être transposée aux infrastructures incorporelles. C'est également une doctrine qui a été fortement critiquée, surtout en droit américain. En effet, afin de préserver une concurrence effective, cette théorie vient limiter les droits de propriété et de

¹⁵⁶ S. COMINO, F.M. MANENTI et N. THUMM (éd.), « Intellectual property and Innovation in Information and Communication Technology (ICT) », *Joint Research centre science and policy report – European Commission*, 2015, p. 2.

¹⁵⁷ E. SALVADOR et E. de BETHUNE, *op. cit.*, p. 20.

¹⁵⁸ D. BOSCO et C. PRIETO, *op. cit.*, p. 718.

¹⁵⁹ V. CASSIERS et B. REMICHE, *op. cit.*, p. 32.

¹⁶⁰ Cfr. *infra*, p. 42.

¹⁶¹ Y. HUANG, E. XIAO-RU WANG et R. XIN ZHANG, *op. cit.*, p. 1104.

liberté contractuelle que peut exercer une entreprise en position dominante¹⁶².

Après une description de cette théorie (Section 1), nous verrons comment le droit américain li l'a accueillie (Section 2). Enfin, la dernière section sera consacrée aux critiques de la théorie et à leurs réponses (Section 3).

Section 1. Description de la théorie

Reposant sur l'article 102 du TFUE¹⁶³, la théorie des infrastructures essentielles est l'idée selon laquelle une entreprise en position dominante sur un marché, et contrôlant l'accès à des infrastructures essentielles doit, dans certaines circonstances, accorder à ses concurrents l'accès à cette infrastructure¹⁶⁴.

Cette théorie étant rattachée à l'article 102, et donc à la prohibition des abus de position dominante, elle nécessite bien sûr que les conditions d'application de cet article soient remplies. Les considérations que nous avons vu concernant l'établissement d'une position dominante ou l'existence d'un abus sont donc pertinentes ici¹⁶⁵. Il existe toutefois des particularités et c'est ce sur quoi cette section se concentrera.

Une première constatation importante à faire est que le droit de la concurrence est, comme nous l'avons vu, fortement influencé par l'économie. Et la théorie des infrastructures essentielles n'échappant pas à cela, son application repose essentiellement sur des considérations d'efficacité¹⁶⁶.

Sous-section 1. La théorie des essential facilities

Cette théorie part du postulat que certaines ressources seraient « essentielles ». Or, lorsque des infrastructures essentielles sont concernées, la concurrence n'est possible que si les concurrents ont accès à ces infrastructures et c'est pourquoi leur accès peut être forcé¹⁶⁷. En effet, sans ces infrastructures, les concurrents ne pourraient par exemple pas développer un marché en amont ou entrer sur un marché en aval¹⁶⁸.

¹⁶² A. AUTENNE, F. DELNOOZ et M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, p. 126.

¹⁶³ T.F.U.E., art. 102.

¹⁶⁴ J. HOUDIK, *op. cit.*, p. 197 ; A. AUTENNE, F. DELNOOZ et M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, p. 125.

¹⁶⁵ Cfr. *supra*, p. 7.

¹⁶⁶ A. AUTENNE, F. DELNOOZ et M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, p. 131.

¹⁶⁷ Y. HUANG, E. XIAO-RU WANG et R. XIN ZHANG, *op. cit.*, p. 1106.

¹⁶⁸ A. AUTENNE, F. DELNOOZ et M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, p. 126.

Contrairement à d'autres instruments législatifs permettant d'imposer une licence¹⁶⁹, dans le cadre de l'article 102 c'est le juge, sur base de certains critères, qui va imposer à une entreprise dominante d'accorder l'accès à ses actifs essentiels. Ainsi, lorsque le juge peut déterminer que le refus d'accorder l'accès est constitutif d'un abus de position dominante, il ordonnera à l'entreprise de passer un contrat avec son concurrent, lui permettant ainsi l'accès à l'infrastructure¹⁷⁰.

Outre la rencontre des conditions d'application de l'article 102, le demandeur d'accès devra prouver que l'infrastructure ou l'actif est bien « essentiel ». Or, il n'existe pas de définition de ce qu'est une « essential facility ». Mais de manière générale, il est possible de considérer qu'une facilité devient essentielle lorsqu'elle est nécessaire afin d'entrer ou de se maintenir sur un marché¹⁷¹.

Toutefois, une fois ce caractère démontré, c'est à l'entreprise dominante d'apporter la preuve qu'il existe des raisons objectives à son refus¹⁷². Qu'est-ce qu'un refus ? Refuser l'accès par un « non » explicite bien-sûr mais d'autres comportements plus implicites peuvent également être considérés comme des refus. Par exemple, imposer des conditions déraisonnables ou tarder dans la décision. Il peut également prendre la forme d'une action en contrefaçon¹⁷³.

Sous-section 2. La jurisprudence européenne et belge sur l'application de la théorie aux droits intellectuels

Si ni le Tribunal ni la Cour n'ont fait référence à la théorie des infrastructures essentielles concernant la propriété intellectuelle, les principes qu'ils ont dégagé dans leur jurisprudence démontrent l'application de cette théorie aux droits intellectuels¹⁷⁴.

Dans son premier arrêt pertinent concernant les droits intellectuels¹⁷⁵, la Cour avait déclaré que,

¹⁶⁹ Les brevets tout comme le droit d'auteur connaissant le phénomène de la licence obligatoire ou non volontaire dans certains cas prévus par le législateur. Par exemple pour défaut d'exploitation ou dans certains secteurs réglementés.

¹⁷⁰ A. AUTENNE, F. DELNOOZ et M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, p. 128.

¹⁷¹ E. VEGIS, « La théorie des facilités essentielles : genèse d'un fondement autonome visant des interdictions d'atteinte à la concurrence », *R.D.C.*, 1999, p. 11.

¹⁷² E. VEGIS, *ibidem*, p. 21.

¹⁷³ A. AUTENNE, F. DELNOOZ et M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, p. 134.

¹⁷⁴ A. AUTENNE, F. DELNOOZ et M. GOUVERNEUR, *ibidem*, p. 130.

¹⁷⁵ C.J.C.E., arrêt *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Centrafarm*, 23 mai 1978, C-102/77, EU :C :1978 :108, point 6.

même si les Etats membres sont libres d'accorder des droits de propriété intellectuelle, l'exercice de ces droits pouvait être limité par les dispositions des traités européens, dont fait partie l'article 102 du TFUE¹⁷⁶. Néanmoins, la Cour rappelait également dans ces arrêts que la simple possession et le simple exercice d'un droit de propriété intellectuelle ne peut pas en tant que tel être constitutif d'un abus de position dominante. Il faut nécessairement quelque chose de plus¹⁷⁷.

Par la suite, dans un arrêt de 1988¹⁷⁸, la Cour avait donné quelques clarifications concernant la possibilité d'abuser de sa position dominante en refusant d'accorder une licence. La Cour avait ainsi commencé par énoncer que le propriétaire d'un droit intellectuel était en principe libre de choisir d'accorder ou non une licence à un tiers¹⁷⁹. En effet, « une obligation imposée au titulaire du modèle protégé d'accorder à des tiers, même en contrepartie de redevances raisonnables, une licence [...] aboutirait à priver ce titulaire de la substance de son droit exclusif, et que le refus d'accorder une pareille licence ne saurait constituer en lui-même un abus de position dominante »¹⁸⁰. Néanmoins, la Cour reconnaissait également que, dans certaines circonstances exceptionnelles, certains comportements peuvent être considérés comme abusifs et elle donnait quelques exemples de ces circonstances¹⁸¹.

Mais la décision de la Cour qui a véritablement marqué une avancée est l'arrêt Magill¹⁸². Dans cette affaire, la Cour commence par rappeler les constatations qu'elle avait posées dans ses arrêts précédents : un refus de licence ne peut pas en tant que tel être constitutif d'un abus de position dominante, sauf dans certaines circonstances exceptionnelles¹⁸³. Dans les développements qui suivent, la Cour s'attache à éclaircir ce que sont ces « circonstances exceptionnelles » en énonçant quatre. L'arrêt n'était toutefois pas clair et a donné lieu à des

¹⁷⁶ J. HOUDIK, *op. cit.*, p. 197.

¹⁷⁷ E. DERCLAYE, « Abus de position dominante et droits de propriété intellectuelle dans la jurisprudence de la Communauté européenne : IMS survivra-t-elle au monstre du Dr Frankenstein ? », *Les cahiers de propriété intellectuelle*, Vol. 15, numéro 1, 2002, p. 30.

¹⁷⁸ C.J.C.E., arrêt *AB Volvo c. Erik Veng Ltd*, 5 octobre 1988, C-238/87, EU :C :1988 :477.

¹⁷⁹ J. HOUDIK, *op. cit.*, p. 197.

¹⁸⁰ C.J.C.E., arrêt *AB Volvo c. Erik Veng Ltd*, 5 octobre 1988, C-238/87, EU :C :1988 :477, point 8.

¹⁸¹ J. HOUDIK, *op. cit.*, p. 197 ; C.J.C.E., arrêt *AB Volvo c. Erik Veng Ltd*, 5 octobre 1988, C-238/87, EU :C :1988 :477, point 9 ; C.J.C.E., arrêt *Conorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli en Spa Maxicar c. Régie nationale des usines Renault*, 5 octobre 1988, C-53/87, EU :C :1988 :472, point 16.

¹⁸² C.J.C.E., arrêt *Radio Telefis Eireann et Independent Television Publications Ltd c. Commission des Communautés européennes*, 6 avril 1995, affaires jointes C-241/91 et C-242/91 P, EU :C :1995 :98.

¹⁸³ C.J.C.E., arrêt *Radio Telefis Eireann et Independent Television Publications Ltd c. Commission des Communautés européennes*, 6 avril 1995, affaires jointes C-241/91 et C-242/91 P, EU :C :1995 :98, points 49 et 50.

interprétations divergentes quant à savoir si ces conditions étaient cumulatives ou non¹⁸⁴.

Une autre décision pertinente est l'arrêt Bronner¹⁸⁵. Bien qu'il ne concerne pas des droits intellectuels, la Cour y détermine qu'il y a trois conditions nécessaires et cumulatives pour qu'il y ait abus¹⁸⁶. A la suite de toutes ces décisions, l'état de la jurisprudence n'était pas clair. Bien que pour la première fois, la Cour énonçait clairement que ces conditions étaient cumulatives, elle abandonnait également une des conditions qui avaient été adoptée dans l'arrêt Magill¹⁸⁷. Il n'était toutefois pas clair si cette condition avait été définitivement écartée ou si elle était toujours d'application¹⁸⁸.

C'est pourquoi la décision de la Cour dans l'arrêt IMS Health se devait d'apporter des éclaircissements¹⁸⁹. Suite à cette affaire, la règle devient claire, c'est uniquement dans des conditions exceptionnelles que le refus d'accorder une licence peut constituer un abus de position dominante. La Cour reprend alors les quatre conditions (ou circonstances exceptionnelles) qu'elle avait déjà soulignées dans l'affaire Magill et précise que ces conditions sont cumulatives¹⁹⁰.

Sous-section 3. Les conditions d'application

Il ressort de la jurisprudence européenne que quatre conditions cumulatives, ou circonstances exceptionnelles, doivent être remplies pour pouvoir contraindre une entreprise en position dominante à accorder une licence sur sa propriété intellectuelle¹⁹¹.

Ainsi, l'actif concerné doit être indispensable pour pouvoir exercer une activité sur un marché déterminé. Deuxièmement, l'entreprise à laquelle le refus est opposé doit avoir l'intention d'offrir des produits ou des services nouveaux que le titulaire du droit de propriété intellectuelle n'offre pas et pour lesquels il existe une demande potentielle de la part des consommateurs. Ensuite, le refus doit être de nature à éliminer toute concurrence sur un marché dérivé. Et

¹⁸⁴ E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 34.

¹⁸⁵ C.J.C.E., arrêt *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint*, 26 novembre 1998, C-7/97, EU :C :1998 :569.

¹⁸⁶ E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 34.

¹⁸⁷ A savoir la condition de l'entrave à l'apparition d'un produit nouveau.

¹⁸⁸ E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 35.

¹⁸⁹ C.J.C.E., arrêt *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG.*, 29 avril 2004, C-418/01, EU:C:2004:257.

¹⁹⁰ J. HOUDIJK, *op. cit.*, p. 199.

¹⁹¹ Trib. (gde ch.), arrêt *Microsoft corp. c. Commission des Communautés européennes*, 17 septembre 2007, T-201/04, EU :T :2007 :289, point 330.

finalement, il faut que le refus d'accorder l'accès ne puisse être justifié par des considérations objectives¹⁹².

Concernant la première condition, dans son arrêt *Bronner*¹⁹³, la Cour de justice a développé un test en deux temps afin de déterminer le caractère indispensable d'une ressource. Tout d'abord, selon la Cour, il est nécessaire d'établir l'absence de tout substitut réel, c'est-à-dire qu'il n'y ait pas de solution alternative existante. Ensuite, s'il n'y a pas de substitut réel, encore faut-il démontrer qu'il n'y a pas non plus de substitut potentiel. Il s'agit de démontrer la « présence d'obstacles technique, réglementaires ou économiques de nature à rendre impossible, ou du moins déraisonnablement difficile, pour toute entreprise entendant opérer sur un marché déterminé de créer [...] une facilité alternative »¹⁹⁴.

La deuxième condition est spécifique à l'application de la théorie des infrastructures essentielles aux droits intellectuels. Cette condition exige le développement d'un produit ou service nouveau pour lequel il existe une demande. Deux facteurs sont d'importance ici. Tout d'abord, l'autre entreprise demande l'accès afin d'introduire une innovation, il ne s'agit pas de simplement dupliquer le produit ou service qui est déjà offert. Ensuite, il existe une demande potentielle des consommateurs pour ce nouveau produit¹⁹⁵.

En outre, la troisième condition nécessite d'identifier deux marchés distincts. D'abord, le marché en amont qui est constitué par l'infrastructure dont l'accès est sollicité. Ensuite, le marché en aval qui est celui sur lequel l'entreprise souhaite exercer son activité. C'est sur ce marché qu'on apprécie la rencontre de la troisième condition. L'accès à ce marché est réservé au titulaire du droit intellectuel car, sans ce droit, cet accès n'est pas possible¹⁹⁶.

Finalement, s'agissant des raisons objectives pouvant justifier un refus, il existe de nombreuses justifications possibles. Notamment, des raisons commerciales, techniques ou des raisons d'efficacité¹⁹⁷. Néanmoins, même un objectif légitime ne sera pas suffisant pour justifier un

¹⁹² A. AUTENNE, F. DELNOOZ et M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, p. 132 ; Bruxelles, 18 juin 2009, *T.B.H.*, 2010/5, p. 412.

¹⁹³ C.J.C.E., arrêt *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint*, *op. cit.*, points 41 à 46.

¹⁹⁴ A. AUTENNE, F. DELNOOZ et M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, p. 134.

¹⁹⁵ J. HOUDIJK, *op. cit.*, p. 200.

¹⁹⁶ J. HOUDIJK, « Rechtspraak op het snijvlak van mededingingsrecht en intellectuele eigendomsrecht: het evenwicht tussen de rechtsgebieden in het arrest *IMS Health* », *S.E.W.*, 2005/3, p. 29.

¹⁹⁷ J. HOUDIJK, « Rechtspraak op ... », *ibidem*, p. 30.

refus si celui-ci est motivé par des considérations anticoncurrentielles¹⁹⁸.

Ce test développé dans les affaires Magill et IMS Health a été appliqué dans l'affaire Microsoft¹⁹⁹. Bien que le tribunal s'y réfère aux conditions développées dans ces affaires, il en fait une application large²⁰⁰. Ainsi, s'agissant de la condition d'introduction d'un produit nouveau, le tribunal remarque qu'elle « ne saurait constituer l'unique paramètre permettant de déterminer si un refus de donner en licence un droit de propriété intellectuelle est susceptible de porter préjudice aux consommateurs, [...] un tel préjudice peut survenir en présence d'une limitation non seulement de la production ou des débouchées, mais aussi du développement technique »²⁰¹. La condition d'apparition d'un produit nouveau n'est donc pas abandonnée mais est comprise d'une façon si large qu'elle semble perdre son caractère distinctif²⁰².

Section 2. Comparaison avec les Etats-Unis

La théorie est née aux Etats-Unis en 1922 dans un arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis concernant des chemins de fer²⁰³. Dans cette affaire, une compagnie ferroviaire détenait le seul pont de chemin de fer traversant le Mississippi à Saint-Louis et en refusait l'accès à ses concurrents. Pour la première fois, la Cour permet au juge d'intervenir pour assurer l'accès à des infrastructures essentielles même si elle n'utilise pas les termes « essential facilities »²⁰⁴. La théorie a ensuite été développée par les juridictions inférieures.

La théorie n'a toutefois pas connu les développements qu'elle a eus en droit européen. Au contraire, dans l'affaire Trinko, la Cour suprême a questionné le fondement de cette théorie, remettant en cause son bien-fondé²⁰⁵. Ainsi, si la théorie des infrastructures essentielles est née en droit américain, elle n'y a pas acquis la portée que lui a donnée le droit européen. Aujourd'hui, elle est y largement rejetée et ne sera appliquée que dans de très rares situations

¹⁹⁸ A. AUTENNE, F. DELNOOZ et M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, p. 135.

¹⁹⁹ Trib. (gde ch.), arrêt *Microsoft corp. c. Commission des Communautés européennes*, 17 septembre 2007, T-201/04, EU:T:2007:289, point 330.

²⁰⁰ B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle – Tome 2 – Régime patrimonial*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 681.

²⁰¹ Trib. (gde ch.), arrêt *Microsoft corp. c. Commission des Communautés européennes*, 17 septembre 2007, T-201/04, EU:T:2007:289, point 647.

²⁰² J. HOUDIK, *op. cit.*, p. 201.

²⁰³ S.C.O.T.U.S., arrêt *United States v. Terminal Railroad Ass'n*, 22 avril 1912, 224 U.S. 383.

²⁰⁴ Y. HUANG, E. XIAO-RU WANG et R. XIN ZHANG, *op. cit.*, p. 1107.

²⁰⁵ S.C.O.T.U.S., arrêt *Verizon Communications Inc. v. Law offices of Curtis V. Trinko LLP*, 13 janvier 2004, 540 U.S. 390, points 415 et 416.

et avec beaucoup de précaution²⁰⁶. Le droit de propriété est préféré au principe de libre concurrence car les autorités américaines considèrent que violer des droits de propriété, même au nom du principe de libre concurrence, aurait pour conséquence une trop grande insécurité juridique, ce qui serait néfaste pour l'innovation²⁰⁷. Cette divergence entre l'approche européenne et l'approche américaine a été illustrée dans l'affaire Microsoft²⁰⁸. Suite à la décision du tribunal européen, les autorités américaines ont déclaré que cet arrêt pourrait avoir comme conséquence de nuire aux consommateurs en paralysant l'innovation et en décourageant la concurrence²⁰⁹.

A propos de l'application de la théorie des essential facilities aux droits intellectuels, leur position est encore plus stricte, même si de légères évolutions ont pu être observées ces dernières années²¹⁰. En conclusion, « le contrôle jurisprudentiel de l'accès à la propriété intellectuelle par le droit de la concurrence demeure notoirement moins guerrier que dans l'Union européenne »²¹¹.

Section 3. Avantages et inconvénients, critiques de l'application de la théorie aux droits intellectuels

Si cette théorie a été beaucoup critiquée, surtout dans son application aux droits intellectuels, elle a aussi de nombreux défenseurs.

La critique la plus courante et la plus forte argumente qu'il est dangereux de forcer l'accès à une ressource. En effet, forcer l'accès à des ressources détruirait les motivations à les développer, ce qui paralyserait l'innovation²¹². Non seulement parce que cela affaiblirait la disposition des entreprises à prendre des risques, passer du temps ou consentir des investissements dans une innovation. Mais aussi parce que cela réduirait la nécessité pour les autres de développer de nouveaux produits s'ils peuvent simplement avoir accès à ces

²⁰⁶ Y. HUANG, E. XIAO-RU WANG et R. XIN ZHANG, *op. cit.*, p. 1104.

²⁰⁷ A. AUTENNE, F. DELNOOZ et M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, p. 126.

²⁰⁸ Trib. (gde ch.), arrêt *Microsoft corp. c. Commission des Communautés européennes*, 17 septembre 2007, T-201/04, EU :T :2007 :289.

²⁰⁹ Traduction libre de Department of Justice, *Assistant attorney general for antitrust, Thomas O. Barnett, issues statement on European Microsoft decision*, Washington, 2007, disponible sur https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/2007/226070.htm

²¹⁰ Y. HUANG, E. XIAO-RU WANG et R. XIN ZHANG, *op. cit.*, p. 1104 ; A. AUTENNE, F. DELNOOZ et M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, p. 128.

²¹¹ A. AUTENNE, F. DELNOOZ et M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, p. 128.

²¹² Y. HUANG, E. XIAO-RU WANG et R. XIN ZHANG, *op. cit.*, p. 1106.

ressources²¹³. Néanmoins, la réponse à cette critique se trouve dans les développements précédents : il s'agit de trouver un juste équilibre²¹⁴. Il est vrai que la concurrence n'est pas toujours avantagée par une application trop stricte des règles de concurrence. C'est justement pourquoi la jurisprudence européenne a adopté des critères permettant aux juges de prendre une décision en fonction de l'enjeu particulier du litige et de son impact économique²¹⁵. En droit de la concurrence, c'est à la notion de concurrence efficace que l'on se réfère, c'est-à-dire une concurrence dynamique qui a un effet bénéfique sur le niveau des prix ainsi que sur l'innovation à long terme. Or, les remises en cause du droit de propriété, intellectuelle comme traditionnelle, ne seront admises qu'en tenant compte de l'objectif d'atteindre cette concurrence dynamique. Et, ici, la conservation des incitations à l'innovation joue un rôle majeur dans la mise en balance des intérêts en présence²¹⁶.

Une autre critique que l'on retrouve assez souvent est qu'obliger quiconque à accorder une licence reviendrait à détruire l'essence même des droits intellectuels²¹⁷. Néanmoins, il ne faut pas oublier que le droit de la concurrence est d'ordre public. Ce que le droit de la propriété intellectuelle, pas plus que la liberté de contracter, n'est pas. Les droits intellectuels ne sont pas absolus et n'ont jamais été considérés comme tels²¹⁸. Aussi, il ne faut pas oublier que les droits intellectuels connaissent déjà le mécanisme de la licence obligatoire. Or, imposer, au nom de la théorie des infrastructures essentielles, d'accorder une licence à ses concurrents est très proche du mécanisme de la licence obligatoire. En effet, les développements de la jurisprudence européenne illustrent que c'est l'intérêt général qui justifie de déroger aux droits de propriété. Ce sont les mêmes considérations qui se trouvent derrière les licences non volontaires²¹⁹. Puisque le droit de la concurrence est d'ordre public, un déséquilibre dans le fonctionnement de la concurrence doit être corrigé. C'est pour cette raison que des restrictions aux droits de propriété et à la liberté de contracter peuvent être imposées au nom de la concurrence.

S'agissant de l'application de cette théorie aux propriétés intellectuelles, les critiques sont encore plus fortes. Notamment parce qu'il est contesté que des droits intellectuels puissent véritablement constituer des « essential facilities ». En effet, même le propriétaire d'un brevet

²¹³ Y. HUANG, E. XIAO-RU WANG et R. XIN ZHANG, *ibidem*, p. 1119.

²¹⁴ Cfr. *supra*, page 19.

²¹⁵ A. AUTENNE, F. DELNOOZ et M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, p. 139.

²¹⁶ A. AUTENNE, F. DELNOOZ et M. GOUVERNEUR, *ibidem*, p. 141 à 143.

²¹⁷ Y. HUANG, E. XIAO-RU WANG et R. XIN ZHANG, *op. cit.*, p. 1119.

²¹⁸ A. AUTENNE, F. DELNOOZ et M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, p. 139.

²¹⁹ B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 682.

ne peut pas s'opposer à ce que son concurrent offre un produit alternatif répondant aux mêmes besoins²²⁰. Toutefois, cette critique ne prend pas en compte les abus actuels²²¹. Bien que, théoriquement, il soit toujours possible d'innover et d'offrir des produits substituables, pratiquement l'évolution de la propriété intellectuelle a fait qu'aujourd'hui la recherche et l'innovation sont devenues un terrain dangereux. Terrain sur lequel les entreprises ont de plus en plus peur de s'aventurer car elles y voient peu d'avantages. Le risque est trop grand de consentir des investissements importants pour ensuite être confronté aux pratiques des patent assertion entities et les efforts consentis afin de se frayer un chemin entre tous les brevets existants n'en valent pas toujours la peine.

En conclusion, l'application de la théorie des essential facilities aux droits intellectuels semble être opportune.

CHAPITRE III. Les défis actuels

Actuellement, certains auteurs considèrent que la situation est déséquilibrée, que l'équilibre délicat qui a été dessiné entre les droits intellectuels et le droit de la concurrence n'est plus adapté, ou ne l'a jamais été. Deux problèmes majeurs peuvent être soulignés. Tout d'abord, l'évolution dans l'usage des droits intellectuels qui peut être observée ces dernières années. En effet, leur place a acquis une telle importance dans les stratégies des entreprises qu'on a vu apparaître de plus en plus de situations qui pourraient être qualifiées d'abusives (Section 1). Ensuite, les évolutions de notre société et le développement des services digitaux et de la société de l'information, ont amené certains à affirmer que l'état actuel du droit n'était plus adapté (Section 2).

Section 1. Les abus de droits intellectuels

En économie, il existe un débat récurrent sur le réel impact que jouent les brevets sur l'innovation : est-ce que les brevets encouragent l'innovation ou, au contraire, est-ce qu'ils lui nuisent²²²? Nous avons vu les justifications qui ont été avancées afin de défendre l'existence des droits intellectuels²²³. Et nous avons également postulé que les droits intellectuels, tout autant que la concurrence, étaient nécessaires à l'innovation et au bien-être des

²²⁰ Y. HUANG, E. XIAO-RU WANG et R. XIN ZHANG, *op. cit.*, p. 1116.

²²¹ Cfr. *infra*, p. 39.

²²² V. CASSIERS et B. REMICHE, *op. cit.*, p. 18.

²²³ Cfr. *supra*, p. 10.

consommateurs²²⁴, tout comme ils participent à la mise en place d'une concurrence dynamique.

Toutefois, ces dernières années, la manière dont les entreprises font usage de la propriété intellectuelle a connu une évolution significative²²⁵. Alors qu'elle avait au départ pour fonction de protéger l'innovation, elle est actuellement utilisée dans leurs stratégies compétitives, et parfois dans des stratégies anticoncurrentielles²²⁶. La prolifération des brevets, provoquée par une diminution de leur qualité et un changement dans le comportement des entreprises, a par exemple mené à des guerres de brevets ou à ce qu'on appelle des « buissons de brevets »²²⁷. Ces situations entravent l'innovation et la concurrence.

Sous-section 1. Description de quelques-uns de ces abus

Un exposé exhaustif de tous les usages abusifs des droits intellectuels n'étant pas possible, nous nous limiterons aux plus pertinents dans le cadre de la relation entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle.

Une première catégorie d'abus qui peut être soulignée est tout ce qui a trait aux « guerres de brevets »²²⁸. Ces guerres de brevets ont été provoquées par l'expansion des sujets éligibles à brevets²²⁹. Les brevets sont accordés de plus en plus facilement et, parfois, pour des nouveautés minimales. Dans certains secteurs, les entreprises engagent des frais importants afin d'obtenir des brevets et pouvoir lancer des actions en contrefaçons contre leurs concurrents en vue de les obliger à retirer leurs produits du marché. Le même problème a donné lieu au phénomène de l'evergreening²³⁰. Il s'agit d'un processus par lequel les entreprises parviennent à prolonger leurs brevets au-delà de leur limite temporelle sans pour autant apporter à leur invention aucune réelle amélioration. Il s'agit de reformulations mineures qui modifient quelque peu l'invention sans pour autant l'améliorer. C'est par exemple fortement utilisé dans l'industrie pharmaceutique. Ainsi les entreprises parviennent à être protégées de la concurrence au-delà de la durée originale de leur brevet.

Un autre problème actuel, même s'il ne s'agit pas en tant que tel d'un « abus » mais d'un

²²⁴ V. CASSIERS et B. REMICHE, *op. cit.*, p. 19 ; Cfr. *supra*, p. 19.

²²⁵ V. CASSIERS et B. REMICHE, *ibidem*, p. 33.

²²⁶ E. DIENY, *op. cit.*, p. 235.

²²⁷ V. CASSIERS et B. REMICHE, *op. cit.*, p. 31.

²²⁸ P. BELLEFLAME et A. STROWEL, *op. cit.*, p. 353.

²²⁹ S. COMINO, F.M. MANENTI et N. THUMM (éd.), *op. cit.*, p. 11.

²³⁰ H. HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 60

problème général, est la prolifération des brevets qui a conduit aux buissons de brevets. Ces buissons de brevets ont été définis comme « une toile épaisse de droits intellectuels enchevêtrés qu'une entreprise doit franchir afin d'éventuellement pouvoir commercialiser une nouvelle technologie »²³¹. Même si, en tant que tel, ce problème ne provient pas toujours d'un abus commis par une entreprise en particulier, il est directement lié au rôle de plus en plus stratégique des brevets. Et il peut également être provoqué par des stratégies de blocage de certaines entreprises²³². En effet, il existe tellement de brevets actuellement que les entreprises cherchant à innover entrent sur un champ de mines, ne sachant jamais véritablement si un brevet a déjà été octroyé. Cela a également donné lieu au phénomène des Patent Assertion Entities (PAEs). Il s'agit de sociétés dont la seule activité consiste à obtenir des droits intellectuels. Elles ne développent pas leurs propres innovations mais se contentent de les détenir et d'intenter, ou menacer de le faire, des actions en contrefaçons afin d'obtenir des revenus par ce biais²³³. Evidemment, cela a des impacts négatifs sur l'innovation et l'économie qui ne sont pas difficiles à comprendre. Suite à cette situation, les entreprises ne vont plus exposer des investissements importants dans la recherche et le développement d'innovations puisqu'elles risquent des actions en contrefaçon à tout moment²³⁴.

Un autre problème est le phénomène de hold-up. Les innovations précédentes, les technologies préexistantes sont importantes pour les innovations futures. C'est au départ de ces premières innovations que de nouvelles idées peuvent se développer. La valeur sociale de ces innovations n'est par conséquent pas seulement liée à l'utilité que génère leur usage mais aussi à leur contribution à des futures innovations. Or, trop de protection risque d'affaiblir la motivation des futurs innovateurs qui pourraient se voir refuser l'accès aux technologies dont ils besoin, compromettant par-là l'innovation future. Naturellement, cette problématique est directement en lien avec l'équilibre délicat entre motivation à l'innovation et dissémination du savoir²³⁵. Normalement, le droit de la propriété intellectuelle équilibre lui-même ces objectifs²³⁶. Cependant, les abus que nous avons vus avec la prolifération des brevets, l'evergreening, les

²³¹ Traduction libre de C. SHAPIRO, « Navigating the Patent Thicket : Cross Licences, Patent pools, and Standard Setting », *Innovation Policy and the Economy*, A. JAFFE, J. LERNER et S. STERN (éd.), Cambridge, MIT Press, 2001, p. 120.

²³² V. CASSIERS et B. REMICHE, *op. cit.*, p. 31.

²³³ A. LEONARD, « L'abus de droit comme mécanisme correctif des pratiques excessives en droit des brevets », *I.R.D.I.*, 2019/2, p. 86.

²³⁴ S. COMINO, F.M. MANENTI et N. THUMM (éd.), *op. cit.*, p. 26.

²³⁵ S. COMINO, F.M. MANENTI et N. THUMM (éd.), *ibidem*, p. 7.

²³⁶ Ainsi, bien qu'il accorde un monopole, celui-ci n'est que temporaire et est limité, par exemple territorialement. Ou encore parce que droit de la propriété intellectuelle prévoit également l'existence de licences obligatoires.

patent wars, sans oublier l'usage de plus en plus stratégique des droits intellectuels, ont remis en cause cet équilibre.

En bref, les évolutions récentes montrent que le brevet est devenu un brevet de barrage, qui empêche et entrave, au lieu d'être le brevet d'exploitation supposé encourager l'innovation qu'il était au départ.

Sous-section 2. Leur impact sur l'innovation et l'économie

L'expansion du nombre de brevets a un impact négatif conséquent sur l'économie car elle tend à limiter l'innovation ainsi que la concurrence. En effet, quelles entreprises vont encore tenter d'innover, de prendre des risques dans la recherche et le développement ou d'entrer sur un marché alors qu'il y a tant d'abus²³⁷ ? Les droits intellectuels, tels qu'ils sont utilisés dans ces stratégies, ne créent pas de valeur dès lors qu'ils ne donnent pas lieu à l'apparition d'un produit nouveau sur le marché. Au contraire, on voit apparaître de réels parasites, tels que les PAE, qui, au lieu d'exercer une activité industrielle qui leur serait propre, vont venir capter une partie des profits qui sont générés par des tiers²³⁸.

Cet impact doit toutefois être distingué selon que l'on se trouve dans la position des consommateurs, des grandes entreprises bien établies ou des petites et moyennes entreprises, ou nouveaux arrivants²³⁹.

§1. Pour les consommateurs

L'impact sur les consommateurs peut être rapproché de l'impact général qu'auront ces abus sur l'innovation, le marché ou la concurrence en général. En effet, nous avons vu que le bien-être des consommateurs en dépendait.

Naturellement, un des principaux impacts de l'augmentation du nombre de brevets est une diminution de leur qualité. Les phénomènes d'evergreening et de patent wars démontrent ce problème. Les droits intellectuels, et plus particulièrement les brevets, sont maintenant accordés trop facilement. Cela réduit les nouveautés introduites sur le marché, ce qui aura un impact

²³⁷ D. BOSCO et C. PRIETO, *op. cit.*, p. 718.

²³⁸ V. CASSIERS et B. REMICHE, *op. cit.*, p. 30.

²³⁹ V. CASSIERS et B. REMICHE, *ibidem*, p. 36.

économique négatif.²⁴⁰

Il est également facile de comprendre que les problématiques des buissons de brevets ou des patent wars sont nocives pour l'innovation et la concurrence. Comme nous l'avons vu, l'innovation et la concurrence sont entremêlées et les deux sont supposées augmenter le bien-être des consommateurs²⁴¹. Or, les abus de droits intellectuels que nous avons décrits ont pour conséquence de décourager l'innovation. Tout d'abord, pour les éventuelles améliorations ou innovations de seconde génération qui se basent sur des technologies antérieures. De fait, les motivations à investir dans ces technologies de seconde génération sont affaiblies par la crainte de poursuites ou d'un risque de hold-up. Il y aura par conséquent moins de nouveaux produits introduits sur le marché. De plus, un cycle sans fin se met en place car les entreprises vont devoir développer de larges portfolios de droits intellectuels afin d'être en position de négocier. C'est une part importante de leur budget et de leur temps qui devra partir en négociations et en procédures de brevetage. Autant de budget et de temps qui ne sera pas consacré à la recherche et au développement²⁴². Et, effectivement, les dépenses des entreprises relatives à la gestion des brevets a augmenté plus rapidement que les dépenses de ces entreprises dans la recherche et le développement²⁴³. De même, l'augmentation du nombre de brevets ne correspond pas non plus à un développement de l'innovation²⁴⁴. Or, le système des brevets a été justifié car ceux-ci sont supposés stimuler l'innovation. Si ce n'est plus le cas, leurs restrictions de la concurrence deviennent injustifiées²⁴⁵. De plus, tous ces abus ont pour conséquence d'entraver la liberté d'entreprendre de manière disproportionnée. Tous les droits intellectuels ont pour effet une certaine limitation de la concurrence. Mais ici, avec ces abus, les restrictions deviennent telles que de nouveaux arrivants ne parviennent plus à entrer sur un marché et à y faire concurrence aux entreprises. Par conséquent, ils se voient exclus. Or, nous avons vu qu'une concurrence effective participait au bien-être des consommateurs.

De façon générale, la multiplication des brevets a mené à une insécurité juridique qui entrave l'innovation en décourageant les éventuels innovateurs ou en leur fermant l'accès. Elle est

²⁴⁰ V. CASSIERS et B. REMICHE, *ibidem*, p. 30.

²⁴¹ Cfr. *supra*, p. 19.

²⁴² S. COMINO, F.M. MANENTI et N. THUMM (éd.), *op. cit.*, p. 19.

²⁴³ V. CASSIERS et B. REMICHE, *op. cit.*, p. 32.

²⁴⁴ C. CORREA, « Tackling the proliferation of patents : how to avoid undue limitations to competition and the public domain », *Droit, économie et valeurs*, A. Autenne, V. Cassiers et A. Strowel (dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 323

²⁴⁵ P. BELLEFLAME et A. STROWEL, *op. cit.*, p. 366.

également liée à une diminution de la qualité de ces brevets. Tout cela au détriment des consommateurs puisque l'innovation permet une diminution des prix, une augmentation de la qualité et une diversité d'offres²⁴⁶.

§2. Pour les entreprises

Les constatations faites au paragraphe précédent sont tout autant valables ici. La nécessité de développer de larges portfolios de droits intellectuels est aussi négative pour les entreprises elles-mêmes que pour les consommateurs puisque cela impacte négativement leurs ressources²⁴⁷. De la même manière, lorsque les entreprises se trouvent exclues du marché, lorsqu'elles doivent faire face à des abus qui les découragent d'innover ou d'entrer sur un marché, elles sont également victimes de ces comportements.

Cependant, toutes les entreprises ne sont pas égales devant ce phénomène. Au contraire, les entreprises plus puissantes ou les entreprises qui détiennent déjà ces larges portfolios profitent de cette situation. En effet, cela leur procure un avantage stratégique qui leur permettra d'augmenter leurs profits²⁴⁸. Soit parce qu'elles profitent d'une position de force lorsqu'elles négocient avec d'autres entreprises. Soit parce que ces barrières à l'entrée auxquelles doivent faire face leurs concurrents potentiels leur permettent de conserver leur avantage sur le marché.

Par conséquent, l'impact sur l'innovation est ici plus nuancé. Il faut constater que les effets négatifs des buissons de brevets toucheront surtout les nouveaux arrivants ainsi que les petites et moyennes entreprises. Alors qu'au contraire les grandes entreprises, déjà bien établies sur le marché, bénéficient de ces buissons puisqu'elles ont pu constituer leurs portfolios et que cette situation bloque l'arrivée de nouveaux concurrents²⁴⁹. Certains considèrent que puisque les entreprises augmentent leurs profits, elles ont plus de moyens à investir dans la recherche et le développement. D'autres disent qu'elles ne le feront pas puisqu'elles n'ont plus de motivations à le faire, le déséquilibre étant trop grand. Il est vrai qu'il est possible, et même probable, que les entreprises plus fortes sur le marché ne verront pas la nécessité d'investir dans l'innovation alors qu'il y a peu de risques de voir apparaître un nouveau concurrent²⁵⁰. De plus, une fois qu'un brevet a été accordé, il est présumé valide. Des ressources substantielles sont nécessaires

²⁴⁶ V. CASSIERS et B. REMICHE, *op. cit.*, p. 33.

²⁴⁷ S. COMINO, F.M. MANENTI et N. THUMM (éd.), *op. cit.*, p. 19.

²⁴⁸ S. COMINO, F.M. MANENTI et N. THUMM (éd.), *ibidem*, p. 19.

²⁴⁹ S. COMINO, F.M. MANENTI et N. THUMM (éd.), *ibidem*, p. 19.

²⁵⁰ D. BOSCO et C. PRIETO, *op. cit.*, p. 717.

pour l'invalider ce qui est difficile pour les PME²⁵¹.

Cette situation pourrait également mener à des pratiques anticoncurrentielles entre les entreprises tentées de maintenir cette situation. Ainsi, puisque les portefeuilles sont détenus par quelques grandes entreprises, qui seules peuvent en supporter les coûts, elles se les échangent ensuite pour se partager le marché au sein de *patent pools*. Il s'agit de s'entendre entre détenteurs de droits intellectuels afin de les mettre ensemble au sein d'une *patent pool* afin qu'ils soient disponibles pour tous les membres du groupe. Or, les entreprises plus « faibles » ne peuvent pas participer à ces formes d'entente puisqu'elles n'ont « rien à offrir »²⁵².

L'incidence de ces abus sur les petites entreprises sera par conséquent nocive puisque leurs possibilités d'effectivement faire concurrence à ces grands détenteurs de droits intellectuels s'en trouvent réduites. Tout au contraire, les entreprises déjà bien établies, ayant à leur disposition de nombreux droits intellectuels, bénéficieront de cette situation.

§3. Conclusion

Nous avons vu que le droit de la concurrence protège la concurrence elle-même, et non ses acteurs. L'impact que les abus de droits intellectuels ont sur les petites entreprises pourrait donc paraître non pertinent s'agissant de l'intervention du droit de la concurrence. Néanmoins, nous avons vu que la concurrence cherchait à protéger le marché, une concurrence efficace, et, par là, le bien-être des consommateurs. Or, les conséquences les plus nocives de ces problèmes sont de barrer l'entrée du marché aux nouveaux arrivants ou d'empêcher l'innovation. Dans ce cas, la concurrence s'en trouve affectée, les opérateurs économiques ne peuvent plus se faire concurrence de manière efficace. Et, même s'ils sont toujours en concurrence, leurs comportements entravent l'innovation et l'arrivée de nouveaux produits ou améliorations sur le marché, au détriment des consommateurs. Nous avons vu que les droits intellectuels étaient justifiés par des considérations d'intérêt général, et que c'était pour cette raison que leur limitation de la concurrence était acceptée. Si au contraire, ils tendent maintenant à entraver l'innovation, l'avantage que la société pourrait tirer du système est également affaibli²⁵³. Le système doit donc être revu.

²⁵¹ C. CORREA, *op. cit.*, p. 332.

²⁵² V. CASSIERS et B. REMICHE, *op. cit.*, p. 32.

²⁵³ V. CASSIERS et B. REMICHE, *op. cit.*, p. 33.

Section 2. Les évolutions de notre société

Le développement de l'économie digitale a été une révolution pour notre société qui a présenté autant de nouvelles opportunités que de nouveaux défis. Cela a impacté tous les aspects de notre société, notamment au niveau réglementaire²⁵⁴. Ainsi, ces dernières années ont vu apparaître les plateformes en ligne qui se sont développées jusqu'à devenir parmi les plus puissants acteurs de notre économie. Bien sûr, ces évolutions ont également apporté leurs complications. L'une de ces difficultés, qui s'observe de plus en plus actuellement, est que les principes sur lesquels se basent notre droit de la concurrence ne sont plus adaptés. Cela a donné lieu à des situations compliquées, comme l'affaire Microsoft. Or, un cadre général ne s'est toujours pas dégagé.

Sous-section 1. Les plateformes en ligne

La digitalisation a apporté des modifications aux structures de marché ainsi qu'aux comportements des entreprises, et, naturellement, leurs pratiques anticoncurrentielles n'ont pas échappées à ces bouleversements. Plusieurs situations peuvent être analysées pour démontrer le décalage du droit de la concurrence avec la situation actuelle.

Une première situation intéressante est celle des plateformes en ligne, et plus précisément des services de vidéo à la demande tels que Netflix. Les plateformes sont des intermédiaires qui interviennent dans les transactions entre deux ou plusieurs groupes d'agents²⁵⁵. Ces plateformes ont de nombreux avantages, par exemple elles permettent de réduire les coûts de recherche et d'améliorer la correspondance. Mais aussi d'augmenter le choix du consommateur, améliorer l'efficacité et la compétitivité du secteur. Bien que les plateformes existent depuis longtemps, les plateformes en ligne sont assez nouvelles. Il existe de nombreux types de plateformes, tels que les moteurs de recherche, les places de marché, ...²⁵⁶.

Au sein des plateformes, une industrie qui a beaucoup évolué dernièrement est l'industrie du streaming, ou de vidéo à la demande. La compétition ne s'y est développée qu'il y a peu et, par conséquent, on peut essayer de voir comment l'augmentation de la compétition a impacté le marché, comment les entreprises ont réagi, les pratiques anticoncurrentielles qui ont pu se mettre en place, ...

²⁵⁴ S. COMINO, F.M. MANENTI et N. THUMM (éd.), *op. cit.*, p. 2.

²⁵⁵ E. SALVADOR et E. de BETHUNE, *op. cit.*, p. 4.

²⁵⁶ E. SALVADOR et E. de BETHUNE, *op. cit.*, p. 4.

Netflix a été le pionner dans ce domaine en offrant, à partir de 2007, à ses abonnés d'accéder, partout et tout le temps, à un catalogue de films et séries télévisées. En 2013, l'entreprise a également commencé à offrir du contenu original²⁵⁷. Le service a attiré de nombreux abonnés car, auparavant, via les médias traditionnels, il était à la fois cher et difficile d'accéder à un choix. Le service a donc remplacé ces médias traditionnels et eu énormément de succès. Or, lorsqu'il existe du profit sur un marché, cela motive d'autres entreprises à entrer sur ce marché²⁵⁸. Dès lors, au départ seule sur le marché, Netflix a dû par la suite faire face à l'arrivée de nombreux concurrents puissants, tels que Disney +, Amazon Prime, ... La compétition dans le secteur est maintenant féroce et les services se battent afin d'obtenir des abonnés. Il leur a, par conséquent, fallu trouver un moyen de se différencier²⁵⁹. Et la méthode principale à laquelle ils ont recouru est d'obtenir du contenu exclusif pour leurs abonnés. Soit en obtenant des licences sur du contenu existant, soit en créant du contenu original²⁶⁰. La forte compétition dans le secteur a nécessité de leur part des investissements importants. Ainsi, en 2020, afin de financer des contenus originaux, Netflix a prévu 16 milliards de dollars, Disney 1,5 milliard et Amazon 7 milliards²⁶¹.

Sous-section 2. Leur impact

S'agissant des services de vidéo à la demande, l'analyse que nous avons faite jusqu'ici paraissait positive. L'arrivée de la compétition a permis une diversité d'offres, ce qui a eu un impact positif sur l'innovation car les différents services ont dû trouver un moyen de se différencier. Ils étaient donc économiquement motivés à innover. Ainsi, Netflix a commencé à proposer du contenu original afin de garder ses abonnés. Pour les producteurs des films et séries télévisées, cela permettait moins de piratage. Pour les consommateurs, ils avaient accès à un plus grand choix plus facilement et pour un prix plus bas.

²⁵⁷ W.L. HOSCH, « Netflix », *Encyclopedia Britannica*, 2020, disponible sur <https://www.britannica.com/topic/Netflix-Inc>

²⁵⁸ S. KLEBNIKOV, « Streaming Wars Continue : Here's How much Netflix, Amazon, Disney+ and Their Rivals are Spending on New Content », *Forbes*, 2020, disponible sur <https://www.forbes.com/sites/sergeiklebnikov/2020/05/22/streaming-wars-continue-heres-how-much-netflix-amazon-disney-and-their-rivals-are-spending-on-new-content/?sh=200b74623bde>

²⁵⁹ A. CUNTZ et K. BERGQUIST, « Exclusive content and platform competition in Latin America », *WIPO*, Economic Research Working Paper n°63, 2020, p. 2.

²⁶⁰ K. WESTCOTT *et al.*, « Digital media trends, 15th edition. Courting the consumer in a world of choice », *Deloitte*, 2021, disponible sur <https://www2.deloitte.com/us/en/insights/industry/technology/digital-media-trends-consumption-habits-survey/summary.html>

²⁶¹ S. KLEBNIKOV, « Streaming Wars Continue : Here's How much Netflix, Amazon, Disney+ and Their Rivals are Spending on New Content ».

Mais jusqu'à quel point cette augmentation de la concurrence a profité aux consommateurs ou aux entreprises ? On a maintenant une concurrence sévère car il est facile pour les consommateurs de passer de l'un à l'autre. Or, l'approche stratégique des entreprises consistant à obtenir du contenu exclusif peut avoir des effets négatifs pour les consommateurs et des préoccupations concernant des comportements anti-compétitifs dans l'industrie sont apparues²⁶². L'industrie du streaming est en effet une oligopole où chaque acteur détient un pouvoir immense²⁶³. Il faut donc se soucier d'éventuelles menaces pour les petites entreprises, les consommateurs, et la compétition de façon générale²⁶⁴.

§1. Pour les consommateurs

Une première constatation est que la compétition qui fait rage entre les différents services de streaming a eu deux impacts positifs majeurs : d'abord, les investissements conséquents consentis dans la création de contenu original, donc l'augmentation de l'innovation dans ce secteur. Ensuite, de nombreux contenus originaux ont été « acclamés par la critique »²⁶⁵, ce qui montre leur qualité. En effet, il ne suffit pas de proposer de nouveaux contenus, la compétition se joue également sur la qualité des produits offerts²⁶⁶.

Néanmoins, des inquiétudes sont également apparues. Tout d'abord, la diversité des offres, qui est normalement positive selon les principes du droit de la concurrence que nous avons vu, peut paraître dans ce cas particulier contre-productive. En effet, les divers services offrant chacun leur propre contenu exclusif, les consommateurs sont obligés de prendre un abonnement à plusieurs d'entre eux²⁶⁷. Aussi, du contenu au départ disponible sur un service Y disparaît parfois car les droits exclusifs sont rachetés par un compétiteur ou il est tout simplement retiré par son propriétaire qui souhaite former son propre service²⁶⁸. Par exemple, Disney a mis fin à l'accord de distribution qu'elle avait signée avec Netflix afin de lancer Disney+. Cela crée ce qu'on appelle « subscription fatigue »²⁶⁹. Les consommateurs deviennent insatisfaits, fatigués de devoir prendre des abonnements à différents services. Cela leur coûte cher et leur prend du

²⁶² A. CUNTZ et K. BERGQUIST, *op. cit.*, p. 8.

²⁶³ O. PAKULA, « The streaming wars+ : An analysis of Anticompetitive Business in Streaming Business », *UCLA Entertainment Law Review*, vol. 28(1), 2021, p. 149.

²⁶⁴ O. PAKULA, *ibidem*, p. 149.

²⁶⁵ Par exemple la série *Stranger Things* ou le film *Mariage Story*.

²⁶⁶ O. PAKULA, *op. cit.*, p. 149.

²⁶⁷ A. CUNTZ et K. BERGQUIST, *op. cit.*, p. 2.

²⁶⁸ Ainsi, Netflix a perdu les séries *the Office* et *Friends*. Disney lui a retiré toutes ses séries.

²⁶⁹ K. WESTCOTT *et al.*, *op. cit.*

temps de comprendre quel service offre quoi²⁷⁰. Or, le principe de Netflix était au contraire de faciliter les choses, c'est là-dessus que s'est fondé son succès. Cela a mené à une insatisfaction de plus en plus grande des consommateurs. Ainsi, une étude de Deloitte a démontré que 66% de leurs répondants étaient frustrés lorsque le contenu qu'ils souhaitaient voir était supprimé d'une plateforme et 53% d'avoir à prendre des abonnements à plusieurs services pour voir le contenu de leur choix²⁷¹. Cette insatisfaction des consommateurs est liée à l'usage stratégique que font les services de streaming des droits intellectuels. Aussi, même si on parle de « streaming wars », Netflix a par exemple augmenté ses prix. Pourquoi ? Parce que leur compétition joue sur les exclusivités, et non sur leurs prix. En effet, leur stratégie de différenciation est fondée sur l'acquisition de contenu exclusif. Les droits intellectuels jouent dès lors un rôle d'une importance capitale dans leur stratégie compétitive.

Certaines de ces pratiques ont été critiquées comme étant anticoncurrentielles. Le pouvoir de marché de ces compagnies augmente mais le droit de la concurrence n'est plus adapté et pourrait s'avérer incapable de protéger les consommateurs²⁷².

En conclusion, selon les principes du droit de la concurrence que nous avons vu, l'augmentation de la concurrence aurait dû être bénéfique pour les consommateurs. Néanmoins, dans ce secteur particulier, elle a conduit à des pratiques qui, à long-terme, auront l'effet inverse.

§2. Pour les entreprises

Le marché du streaming est une oligopole, c'est-à-dire qu'il n'y a qu'un nombre faible d'offres qui disposent d'un fort pouvoir de marché. En effet, bien qu'on parle de « streaming war », il n'y a que peu de véritables compétiteurs dans cette guerre. Si beaucoup d'entrants vont et viennent, la plupart disparaissent après quelques temps ou ne parviennent pas à se développer. Il n'y a donc que peu d'entreprises qui se font véritablement concurrence. Ainsi, Netflix a pu se développer grâce à son « first-mover advantage », c'est-à-dire qu'elle était la première sur le marché. Apple TV ou Amazon Prime grâce aux ressources substantielles dont elles disposaient de par leur position sur d'autres marchés. Quant à Disney+, son arrivée a été possible grâce au catalogue impressionnant dont elle disposait. Toutes ces entreprises disposent maintenant de financements considérables et les barrières à l'entrée sont fortes. En effet, elles

²⁷⁰ K. WESTCOTT *et al*, *ibidem*.

²⁷¹ K. WESTCOTT *et al*, *ibidem*.

²⁷² O. PAKULA, *op. cit.*, p. 147.

se font concurrence, comme nous l'avons vu, pour obtenir des exclusivités, payant des sommes immenses pour obtenir des licences ou pour financer du contenu original. Cela est impossible pour les petites entreprises qui ne parviennent par conséquent pas à entrer sur le marché²⁷³. La « subscription fatigue » des consommateurs a également son rôle à jouer. Personne ne veut devoir s'abonner à quinze services différents. Les « grosses » plateformes proposant un large contenu seront donc préférées. Or, la large taille et les ressources financières de ces compagnies pourrait les mener à abuser de leur pouvoir de marché²⁷⁴.

Un autre risque important existe cette fois pour les producteurs de contenu. En effet, maintenant que ces plateformes créent leur propre contenu, il se peut qu'elles soient tentées de le favoriser par rapport au contenu qu'elles proposent sous licence par leurs systèmes de recommandation²⁷⁵. Cela aurait bien sûr un impact sur l'innovation et la concurrence, et également au détriment des consommateurs.

Il existe également un risque, alors que l'industrie avait d'abord permis de diminuer le piratage, que celui-ci reprenne²⁷⁶. En effet, des études ont démontré que le recours au piratage se faisait principalement quand aucun moyen légal n'était accessible ou était trop coûteux. Plus un contenu est disponible, au moins les consommateurs risquent d'être tentés de le pirater. Or, puisque le secteur devient de plus en plus fragmenté, les consommateurs ne peuvent plus se permettre de prendre un abonnement à chaque service et vont se contenter de prendre des abonnements à un ou deux d'entre eux, et pirater le contenu exclusif des autres²⁷⁷. En conclusion, alors que l'augmentation de la concurrence aurait dû être bénéfique, selon les principes que nous avons vus, cela n'a pas été nécessairement le cas.

Ce sont des considérations qui valent pour tous ces nouveaux services en ligne. Lorsque de nouveaux acteurs souhaitent s'insérer sur ces marchés, ils dépendent des plateformes. Dans quelles mesures les oligopoles qui détiennent ces plateformes permettent-ils aux entrants de les concurrencer²⁷⁸ ? Non seulement ces plateformes souhaitent s'assurer de conserver leur position sur leur marché originaire, mais elles sont aussi tentées d'utiliser leurs ressources

²⁷³ O. PAKULA, *ibidem*, p. 163.

²⁷⁴ O. PAKULA, *ibidem*, p. 166.

²⁷⁵ O. PAKULA, *ibidem*, p. 166.

²⁷⁶ A. CUNTZ et K. BERGQUIST, *op. cit.*, p. 2.

²⁷⁷ A. CUNTZ et K. BERGQUIST, *ibidem*, p. 5.

²⁷⁸ E. SALVADOR et E. de BETHUNE, *op. cit.*, p. 5.

considérables afin de conquérir d'autres marchés. Ainsi, lorsqu'un concurrent apparaît, elles recourent à leur avantage financier pour l'absorber²⁷⁹.

Sous-section 3. L'inadéquation du droit de la concurrence tel qu'il existe aujourd'hui face à ces situations

Pourquoi s'intéresser à ces questions dans le cadre de cette étude ? Parce que ces situations illustrent l'incapacité du droit de la concurrence actuelle de faire face à ces problèmes. En effet, les principes servant de fondements au droit de la concurrence sont remis en question. Par exemple, il devient difficile de déterminer ce qu'est une position dominante, un pouvoir de marché, ... L'application du droit de la concurrence nécessite de pouvoir définir un marché et des comportements précis, ce qui n'est plus si possible aujourd'hui²⁸⁰. Ces problématiques démontrent également la vision stratégique des droits intellectuels qui existe aujourd'hui. Les entreprises essaient de les obtenir uniquement dans le but d'interdire aux autres d'y avoir accès, non dans une idée de les exploiter, pour s'assurer de conserver leur pouvoir de marché ou pour se consolider sur un autre marché²⁸¹. L'affaire Microsoft en est un exemple²⁸². L'entreprise octroyait des licences pour certains de ses services et, ce faisant, utilisait sa position dominante sur ce marché afin de se développer sur d'autres marchés²⁸³.

Les règles de la concurrence ont été conçues pour l'ère industrielle et peinent à s'adapter aux nouvelles technologies et aux marchés des plateformes en ligne. Elles présupposent une capacité à définir les marchés et la possibilité d'isoler des pratiques concrètes d'abus de position dominante. Or le pouvoir de marché dans ce monde prend de nouvelles formes. Ainsi, dans la situation des plateformes de streaming, il faudrait pouvoir déterminer que les entreprises sont en position dominante et qu'il y a un abus ou trouver une entente. La difficulté dans le cadre des plateformes c'est qu'elles sont multi-faces, elles font intervenir plusieurs utilisateurs, par exemple les producteurs de films et les consommateurs. Elles proposent également plusieurs types de services. Et enfin, elles bénéficient énormément des effets de réseau. Dans cette situation, il devient compliqué de pouvoir déterminer un pouvoir de marché.

²⁷⁹ Exemples : Facebook a acheté Instagram et WhatsApp.

²⁸⁰ OECD, *OECD Science, Technology and Innovation outlook 2018: Adapting to Technological and Societal disruption*, OECD Publishing, Paris, 2018, p. 87 ; J. COHEN, «The regulatory state in the information age », *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 17, n°2, 2016, p. 6.

²⁸¹ V. CASSIERS et B. REMICHE, *op. cit.*, p. 36.

²⁸² Trib. (gde ch.), arrêt *Microsoft corp. c. Commission des Communautés européennes*, 17 septembre 2007, T-201/04, EU :T :2007 :289.

²⁸³ J. COHEN, *op. cit.*, p. 6.

Traditionnellement, le pouvoir de marché des entreprises était analysé en termes de prix trop élevés, parts de marché, barrières à l'entrée, ... Ce sont des considérations qui ne fonctionnent plus tellement dans ces marchés à plusieurs faces²⁸⁴. Les juges tentent de s'adapter à ce nouveau monde mais il n'existe toutefois pas de cadre conceptuel qui corresponde à ces situations pour le moment. Or, lorsque le juge intervient ainsi, cela peut créer de l'insécurité juridique. En même temps, les conséquences à long terme des pratiques actuelles pourraient être contraires aux objectifs et de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle.

Ces problématiques se sont retrouvées dans l'affaire Microsoft²⁸⁵ qui illustre bien la complexité de définir ce qu'est le pouvoir de marché lorsque des plateformes en ligne sont concernées²⁸⁶. Microsoft avait décidé de regrouper son système de navigation, Internet Explorer, avec son système d'exploitation. Lorsqu'elle accordait aux fabricants de PC une licence sur son système d'exploitation, elle leur imposait également de préinstaller Internet explorer sur leurs appareils. Il s'agissait d'une affaire américaine et, bien que l'approche soit différente en droit européen, il était également nécessaire de déterminer un pouvoir de marché pour pouvoir appliquer le droit de la concurrence. Or, les principes avaient été adoptés à l'époque industrielle, et le marché des navigateurs ne s'y adaptait pas bien, ce qui compliquait les choses. Une décision a fini par être adoptée mais sans aucun cadre conceptuel²⁸⁷.

En Europe, « faute d'avoir établi un cadre général, les autorités de la concurrence semblent jusqu'à présent adopter des nouveaux critères, au cas par cas »²⁸⁸. Ainsi, en 2018, la Commission européenne a condamné Google pour avoir mis en place des pratiques illégales en vue de renforcer sa position dominante²⁸⁹. Google avait également imposé aux fabricants de d'appareils Android qu'ils préinstallent l'application Google Search s'ils souhaitaient obtenir une licence pour l'application Play Store. Or, la Commission a considéré que Google occupait une position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation mobiles via le fait qu'elle contrôle Android. En effet, il existait des barrières importantes à l'entrée, via les effets de réseau. C'est-à-dire que le système d'exploitation aurait du succès une fois qu'il aurait un certain nombre d'utilisateurs et de développeurs. Selon la Commission, en faisant cela Google

²⁸⁴ E. SALVADOR et E. de BETHUNE, *op. cit.*, p. 20 et 21.

²⁸⁵ S.C.O.T.U.S., arrêt *United States v. Microsoft corp.*, 17 avril 2018, 584.US.

²⁸⁶ E. SALVADOR et E. de BETHUNE, *op. cit.*, p. 5.

²⁸⁷ E. SALVADOR et E. de BETHUNE, *ibidem*, p. 20.

²⁸⁸ E. SALVADOR et E. de BETHUNE, *ibidem*, p. 21.

²⁸⁹ E. SALVADOR et E. de BETHUNE, *ibidem*, p. 21.

utilisait Android afin de consolider la position dominante de son moteur de recherche. Dès lors, ses concurrents n'avaient pu lui faire une concurrence effective²⁹⁰. Ici, la Commission est parvenue à déterminer l'existence d'une position dominante en se basant sur les effets de réseau mais cela n'a pas pour autant permis de dégager un cadre général.

En conclusion, les droits intellectuels sont de plus en plus utilisés dans des stratégies concurrentielles. Ils font l'objet d'abus qui ont des conséquences négatives à la fois sur l'innovation et la concurrence. Et simultanément, les règles traditionnelles de la concurrence ne parviennent plus à faire face à la digitalisation et aux nouvelles pratiques des entreprises. Face à ces évolutions, l'équilibre entre le droit de la concurrence et les droits intellectuels, qui a été adopté en ayant en vue le bon fonctionnement du marché ne paraît plus répondre à son objectif.

²⁹⁰ Commission européenne, « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission inflige à Google une amende de 4.34 milliards d'euros pour pratiques illégales concernant les appareils mobiles Android en vue de renforcer la position dominante de son moteur de recherche », *Communiqué de presse*, 18 juillet 2018, disponible sur https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_18_4581

PARTIE IV. PISTES DE SOLUTION

Nous avons exposé les problèmes qui se posent actuellement et les conséquences qu'ils ont, ou risquent d'avoir, à long-terme. La question qui se pose à présent est de savoir quelles pourraient être les éventuelles solutions. Plusieurs pistes sont envisageables. La première consiste tout simplement à essayer de redessiner l'équilibre actuel entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle en recentrant leur application sur leurs finalités comme nous les avons exposées (Chapitre 1). La deuxième piste examine si des solutions existantes, comme l'abus de droit, les licences obligatoires ou le mécanisme de la RSE, ne pourraient pas venir en aide aux difficultés d'application (Chapitre 2).

CHAPITRE I. Rééquilibrer les interactions entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle

En cherchant à rééquilibrer les interactions entre les deux droits, deux pistes sont envisageables. Certains proposent de réformer le droit de la propriété intellectuelle pour y insérer des limites afin de s'assurer que les abus ne soient plus possibles (Section 1). D'autres évoquent la possibilité de permettre une intervention plus large du droit de la concurrence (Section 2).

Section 1. Réformer le droit de la propriété intellectuelle

Nous avons expliqué dans les parties précédentes que les droits intellectuels étaient nécessaires. Ils ont des effets positifs à la fois pour l'innovation et pour la concurrence. Pour autant, les usages dont ils font l'objet ces dernières années sont contraires aux finalités pour lesquelles ils ont été adoptés. Beaucoup de ces usages, au lieu d'encourager l'innovation, ont pour effet de la restreindre, au-delà des restrictions à la concurrence qui sont le corollaire normal d'un droit intellectuel²⁹¹. Or, puisque les droits intellectuels ont été adoptés afin de protéger l'innovation, s'ils ont comme conséquence de lui nuire, il faut nécessairement en revoir le système. Néanmoins, ce ne sont pas les droits intellectuels eux-mêmes qui sont la cause de ce phénomène mais l'usage qui en est fait. Le problème vient d'une mauvaise application du droit, non du droit²⁹². Mais nous avons également observé qu'une mauvaise application du droit de la propriété intellectuelle aurait des répercussions sur le droit de la concurrence, et inversement. C'est ce qui conduit au déséquilibre actuel²⁹³.

²⁹¹ E. DIENY, *op. cit.*, p. 236.

²⁹² K. HYLTON, *op. cit.*, p. 2.

²⁹³ L. de LEYSSAC, *op. cit.*, p. 295 à 297.

Plusieurs solutions peuvent être adoptées afin de remédier à ce déséquilibre. Une première idée qui a été proposée consiste à réformer le droit de la propriété intellectuelle afin d'y intégrer les considérations du droit de la concurrence²⁹⁴. Ou encore d'en réformer les procédures de délivrance ainsi que le système de contentieux afin de s'assurer que l'objectif de promotion de l'innovation est effectivement desservi lors de l'octroi d'un brevet. Les droits intellectuels ne pourraient alors plus être octroyés lorsqu'ils sont adoptés dans le cadre de stratégies anticoncurrentielles²⁹⁵. L'impact sur la concurrence, sur le bien-être des consommateurs ainsi que sur l'innovation devraient être pris en compte afin de déterminer l'étendue du droit intellectuel accordé.

Cela pourrait paraître efficace pour certains des abus que nous avons vus, notamment le problème des buissons de brevets, en limitant l'expansion des brevets et en assurant leur qualité. En effet, les conditions de plus en plus souples et peu contraignantes d'appréciation de ce qui est une « innovation » dans le processus d'octroi des brevets ont étouffé l'innovation²⁹⁶. Toutefois, cela ne réglerait qu'une infime partie de ces problèmes. Ainsi, tous les problèmes liés à la différence de moyens entre les entreprises ne disparaîtraient pas, le système de contentieux coûtant trop cher pour certaines d'entre elles. Quant aux procédures de délivrance, ce ne serait efficace que pour les brevets puisque seuls eux en font l'objet. Même si ce sont surtout les brevets qui sont utilisés dans des stratégies anticoncurrentielles, cela ne réglerait pas des problèmes tels que ceux qui se sont développés avec les plateformes en ligne. Ou les abus dans le cadre des licences croisées, des patent pools, ... De plus, le problème majeur est que cette réforme serait difficile à mettre en place. En effet, s'il appartient aux autorités nationales d'accorder des droits intellectuels, de nombreux traités nationaux en encadrent les conditions. La réforme devrait par conséquent avoir lieu à l'international ce qui est peu probable²⁹⁷. D'autres solutions paraissent par conséquent plus efficaces.

Section 2. Permettre une plus grande intervention du droit de la concurrence

Une autre solution envisageable serait de permettre une plus grande intervention du droit de la concurrence dans la propriété intellectuelle. En effet, actuellement les règles de la concurrence

²⁹⁴ J. HOUDIJK, « De collisie ... », *op. cit.*, p. 196.

²⁹⁵ V. CASSIERS et B. REMICHE, *op. cit.*, p. 36.

²⁹⁶ D. BOSCO et C. PRIETO, *op. cit.*, p. 718.

²⁹⁷ D. BOSCO et C. PRIETO, *ibidem*, p. 719.

ne peuvent intervenir que si l'exercice de ces droits est abusif. Et de nombreuses critiques se lèvent lorsque les autorités de la concurrence tentent d'étendre leur contrôle.

Pourtant, l'intervention du droit de la concurrence est justifiée. Pendant longtemps les droits intellectuels ont été décrits comme n'étant que bénéfiques et que, par conséquent, leur multiplication et leur renforcement ne pouvaient également n'avoir que des effets bénéfiques pour l'innovation²⁹⁸. Néanmoins, nous avons démontré que ce n'était pas le cas et, qu'au contraire, cette pratique tendait à restreindre l'innovation. Or, ces problèmes remettent en lumière le principe de départ que les grands défenseurs des droits intellectuels semblent avoir oublié : le principe est celui de la libre concurrence et les droits intellectuels sont l'exception à ce principe²⁹⁹. Pour rappel, le droit de la concurrence est d'ordre public, tandis que la propriété intellectuelle, bien qu'importante et ayant une place fondamentale dans notre société, n'est pas absolue³⁰⁰. Pas plus que la propriété physique 'traditionnelle' ne l'est.

Dès lors, si l'exception que constitue les droits intellectuels à la concurrence est justifiée par un objectif de promotion de l'innovation, et si l'innovation au contraire se trouve entravée par ce système, les règles de la concurrence se doivent d'intervenir³⁰¹. Et, ce, même lorsque ce n'est pas l'innovation qui est impactée mais la concurrence, si l'impact sur la concurrence est disproportionné par rapport aux avantages que la société pourrait tirer du système. En effet, « l'innovation en tant que telle est à la fois une finalité et un paramètre de concurrence. Mais les prix, la qualité et la diversité sont eux aussi de paramètres de concurrence qui concourent à dénoncer une innovation trop onéreuse, bridée ou appauvrie en raison de rentes de situations artificiellement créées ou prolongées par éviction de procédés concurrents »³⁰².

Cette solution consisterait donc à s'assurer que le droit de la concurrence puisse effectivement intervenir. Non seulement lorsque les entreprises font des usages excessifs de leurs droits intellectuels mais également lorsque l'existence d'un droit elle-même est abusive. C'est une évolution qui a déjà doucement commencé. Les arrêts plus récents de la Cour de justice de l'Union européenne montrent l'apparition de brèches dans la neutralité du droit de la

²⁹⁸ D. BOSCO et C. PRIETO, *ibidem*, p. 719.

²⁹⁹ V. CASSIERS et B. REMICHE, *op. cit.*, p. 12.

³⁰⁰ A. AUTENNE, F. DELNOOZ et M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, p. 139.

³⁰¹ D. BOSCO et C. PRIETO, *op. cit.*, p. 719.

³⁰² D. BOSCO et C. PRIETO, *ibidem*, p. 719.

concurrence quant à l'existence du droit intellectuel³⁰³. Bien qu'en principe elle n'est pas remise en cause, la Cour prend en considération l'objectif en vue duquel ces droits intellectuels ont été obtenus, en particulier lorsque leur détentrice est une entreprise en position dominante. Cela nous paraît une évolution souhaitable. De plus, la théorie des essential facilities pourrait alors également être appliquée sans soucis. Puisque l'attention en droit de la concurrence porte déjà sur les effets d'un comportement, l'atteinte au droit de la propriété intellectuelle ne serait pas trop grande. En effet, nous avons vu que les deux droits partageaient des objectifs communs dans la promotion de l'innovation, bien-être des consommateurs, ... Et que le droit de la concurrence ne partait pas du principe absolu que la concurrence était toujours bénéfique mais qu'elle devait parfois céder devant d'autres exigences d'intérêt général comme l'innovation³⁰⁴. Si l'application du droit de la concurrence respecte bien ces principes, il n'y aurait pas de problème à ce que celui-ci vienne restreindre les droits intellectuels. En effet, le droit de la concurrence n'interviendrait que si l'usage de la propriété intellectuelle entrave la satisfaction d'une nouvelle demande des consommateurs ou l'innovation de façon générale.

Néanmoins, cette solution ne répond pas à tous les problèmes. Notamment, l'inadéquation actuelle du droit de la concurrence avec les nouvelles technologies n'est pas totalement réglée. Bien que permettre une plus grande intervention du droit de la concurrence pourrait solutionner certains problèmes, ses principes nécessitent toujours de pouvoir déterminer un pouvoir de marché, ce qui est de plus en plus difficile. Même si la Cour prend des décisions permettant l'intervention du droit de la concurrence, l'état du droit manque d'un cadre général clair ce qui crée un problème d'insécurité juridique. Toutefois, cette solution présente l'avantage de ne pas demander une intervention législative. Les disparités des situations auxquelles nous sommes confrontés s'accordant mal à un cadre rigide, le juge doit pouvoir analyser au cas par cas les effets des comportements des entreprises. Il serait tout de même préférable d'avoir un cadre général adapté aux évolutions actuelles et permettant de donner des indications plus claires quant à l'approche qui doit être suivie. Ce cadre pourrait être posé par la Cour de justice, comme elle l'a fait pour la théorie des essential facilities.

CHAPITRE II. Le recours aux mécanismes existants

Dans la littérature, deux autres options sont parfois avancées. La première consiste à se reposer sur des mécanismes existants et internes au droit de la propriété intellectuelle afin de limiter les

³⁰³ E. DIENY, *op. cit.*, p. 249.

³⁰⁴ Cfr. *supra*, p. 3 à 4.

abus de droits intellectuels (section 1). Ainsi, une réforme en profondeur ne serait pas nécessaire, il suffirait de recourir à la licence obligatoire ou au mécanisme de l'abus de droit afin de corriger les abus. A l'opposé de cette vision, une approche propose de tout simplement d'abolir les droits intellectuels et de laisser place au libre jeu de la concurrence (Section 2). Dans ce cas, il existerait également des systèmes en place, tels que la responsabilité civile ou le régime de la concurrence déloyale, permettant de protéger l'innovation.

Section 1. Utiliser l'abus de droit ou la licence obligatoire pour limiter les droits intellectuels

Certains soutiennent qu'il n'est pas en tant que tel nécessaire de réformer le droit de la propriété intellectuelle, même s'il y a des abus³⁰⁵. En effet, il existe déjà des mécanismes interne au droit de la propriété intellectuelle qui permettent de limiter ces abus.

Une exception importante aux droits exclusifs est déjà mise en place, c'est le mécanisme de la licence obligatoire pour les brevets, ou licence non volontaire pour les droits d'auteur. Se basant sur des considérations d'intérêt général, ces licences sont imposées au détenteur d'un droit intellectuel, moyennant rémunération, non par un juge, au contraire de la théorie des essential facilities, mais par le législateur³⁰⁶. Elles sont donc prévues avant tout exercice du droit. Il en existe plusieurs, par exemple une licence obligatoire en cas de non-exploitation d'une invention de manière durable. En effet, si l'invention n'est pas exploitée, les produits brevetés ne sont pas disponibles sur le marché³⁰⁷.

Une autre piste éventuelle serait d'utiliser le mécanisme de l'abus de droit afin de corriger les abus que commettent certains détenteurs de droits intellectuels³⁰⁸. En droit belge, le principe de l'abus de droit est un principe jurisprudentiel très connu par lequel la jurisprudence considère que « commet un abus de droit celui qui l'exerce d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances »³⁰⁹. Il appartient au juge de déterminer si un exercice est abusif mais son pouvoir discrétionnaire est fortement limité car cet abus doit être manifeste³¹⁰. Ce principe

³⁰⁵ A. LEONARD, « L'abus de droit comme mécanisme correctif des pratiques excessives en droit des brevets », *I.R.D.I.*, 2019/2, p. 86 à 88.

³⁰⁶ B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 662.

³⁰⁷ B. VANBRABANT, *ibidem*, p. 664.

³⁰⁸ A. LEONARD, *op. cit.*, p. 87.

³⁰⁹ Cass., 22 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 1999.

³¹⁰ A. LEONARD, *op. cit.*, p. 88.

est également l'un des principes généraux du droit de l'Union européenne. En droit européen, il y aura abus si deux éléments sont observés. D'abord, l'exercice du droit est contraire au but dans lequel il a été adopté. Ensuite, il faut un élément subjectif, c'est-à-dire l'intention d'obtenir un avantage par l'exercice de ce droit. Ceux qui plaident pour utiliser le mécanisme de l'abus de droit afin de rééquilibrer la situation considèrent que son avantage principal est qu'il s'agit d'un mécanisme interne au droit de la propriété intellectuelle³¹¹. Dans ce cas, il ne sera pas nécessaire de devoir recourir à des considérations externes, telles que celles du droit de la concurrence, afin de limiter l'exercice des droits intellectuels. Il est vrai que ce mécanisme pourrait être utile mais, en pratique, il n'est utilisé que dans des circonstances particulièrement exceptionnelles³¹². Il faut en outre parvenir à déterminer une intention de nuire ou une absence de bonne foi, ce qui n'est pas toujours évident. Ce mécanisme n'est donc pas concluant en pratique.

En conclusion, ces deux mécanismes ne suffisent pas. Concernant les licences obligatoires, elles existent déjà et pourtant les abus ont tout de même lieu. En effet, elles sont adoptées a priori par le législateur et n'existent que dans des cas spécifiques. Or, même si d'autres cas de licences obligatoires étaient prévus, toutes les situations abusives ne pourraient être évoquées. Et, au fil du temps, de nouveaux abus apparaissent. Il faudrait par conséquent à chaque fois adopter de nouvelles licences obligatoires. Alors que le droit de la concurrence existe et permet déjà d'imposer une licence dans certaines situations sans qu'il faille à chaque fois l'intervention du législateur. Même s'il est vrai qu'il faudrait modifier le droit de la concurrence. De même, le mécanisme de l'abus de droit ne suffit pas comme nous l'avons vu.

Section 2. L'abolition des droits intellectuels remplacés par le libre jeu de la concurrence

Suivant une approche opposée, certains proposent tout simplement d'abolir le système des droits intellectuels. Ils considèrent que ce système n'est pas nécessaire, ou en tout cas provoque plus d'effets négatifs qu'il n'est utile. Tandis que le libre jeu de la concurrence, au contraire, permettrait tout autant que les droits intellectuels de protéger l'innovation, sans entraîner ces conséquences nocives³¹³. La compétition à laquelle se livrent les entreprises les encourageraient suffisamment à innover et il n'y aurait plus de problème d'allocation des ressources ni de risque

³¹¹ A. LEONARD, *ibidem*, p. 91.

³¹² A. LEONARD, *ibidem*, p. 94.

³¹³ M. BUYDENS, *op. cit.*, p. 443.

de décourager les inventions subséquentes³¹⁴. En outre, ils se penchent également sur d'autres méthodes afin de financer et encourager la création³¹⁵, par exemple en recourant à un système de récompense³¹⁶.

De plus, ces auteurs argumentent que, même s'il n'existait plus de droit exclusif, les innovateurs ne seraient pas dénués de toute protection. En effet, le comportement des entreprises resterait néanmoins soumis au droit commun. Ainsi, des actions en responsabilité civile ou fondée sur la concurrence déloyale pourraient être intentées en cas de copie³¹⁷.

Pour autant, il s'agit d'une approche un peu extrême. Nous avons déjà conclu que les droits intellectuels étaient nécessaires à l'innovation et jouaient un rôle majeur dans la compétition entre les entreprises. Le problème ne vient pas de l'existence du système lui-même mais bien des usages qui en sont faits. Par conséquent, il n'est pas utile de les supprimer, il faut simplement trouver un système permettant de limiter ces abus³¹⁸.

Par conséquent, nous pensons que la meilleure solution consiste à opérer un rééquilibrage entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle en permettant une plus grande intervention des règles de la concurrence. Toutefois, il faudrait également s'assurer que les principes fondamentaux du droit de la concurrence, tels que le critère de marché pertinent ou de pouvoir de marché, soient adaptés à l'économie actuelle et qu'il soit possible de dégager un cadre conceptuel clair afin de limiter l'insécurité juridique.

³¹⁴ M. LAMBRECHT, *op. cit.*, p. 48.

³¹⁵ M. LAMBRECHT, *ibidem*, p. 282.

³¹⁶ M. BUYDENS, *op. cit.*, p. 443.

³¹⁷ M. BUYDENS, *ibidem*, p. 442 à 446.

³¹⁸ A.B. JAFFE et J. LERNER, *Innovation and its discontents : How our broken patent system is endangering innovation and progress and what to do about it*, Princeton University Press, Princeton, 2004, p. 271 à 280.

CONCLUSION

Ayant mis en lumière l'importance que jouent tout autant la concurrence que l'innovation dans notre économie ainsi que le droit de la concurrence et les droits intellectuels dans la stimulation de l'innovation et de la concurrence, ce mémoire permet de constater qu'une remise en cause de l'équilibre actuel est nécessaire. Aucun de ces deux droits ne pouvant se satisfaire d'extrêmes, des compromis délicats doivent être acceptés. Les excès de l'un entraînant un affaiblissement des deux. Ils sont tous deux liés, complémentaires et nécessaires. Les arbitrages qui avaient été développés au fil du temps ont subi l'impact des évolutions de notre société. Le déséquilibre qui en résulte a mené à des pratiques dont les effets négatifs sont ressentis principalement par les consommateurs et les petites entreprises, de plus, ceux-ci pourraient encore empirer à long-terme. La situation n'étant plus optimale, des solutions doivent être envisagées. Tandis que certains proposent d'abolir les droits intellectuels et de laisser libre cours au jeu de la concurrence, d'autres évoquent des mécanismes internes au droit de la propriété intellectuelle qui seraient plus à même de répondre aux pratiques abusives que le droit de la concurrence.

Au cours de ce mémoire, nous avons étudié les relations qui caractérisaient ces deux droits, tentant de déterminer comment ils pouvaient fonctionner ensemble. Nous nous étions demandé quelle serait la meilleure solution à la lumière des nouveaux défis que nous avons évoqués.

Nous avons commencé par observer que leurs objectifs se rejoignaient et que les deux étaient nécessaires afin d'assurer la croissance économique et le bon fonctionnement du marché. Toutefois, nous avons également reconnu que leurs approches étant opposées, si un juste équilibre n'était pas trouvé, l'un et l'autre seraient en danger et mettraient en danger l'efficacité du marché, impactant par-là les consommateurs. Ainsi, le droit de la concurrence cherche à assurer une concurrence sans entraves et à éviter les monopoles. Au contraire, les droits intellectuels tentent de stimuler l'innovation en offrant aux entreprises des monopoles temporaires sur leurs inventions.

Ensuite, nous avons également tenté d'illustrer l'importance fondamentale de cet équilibre. C'est ici que le rôle joué par la concurrence et l'innovation se fait ressentir. La compétition entre les entreprises permet d'assurer une diversité de choix, une diminution de prix et une

meilleure qualité des produits. Or, nous avons aussi rappelé qu'une concurrence est dynamique lorsqu'il y a notamment suffisamment d'innovation. En effet, l'innovation est la clé du progrès économique. Non seulement pour la société dans son ensemble mais également pour les entreprises. En introduisant des produits nouveaux sur le marché, le bien-être des consommateurs va augmenter grâce à la diversité des offres, l'amélioration de la qualité des produits ou encore la diminution des prix. De plus, lorsque les entreprises sont en concurrence, elles se doivent d'innover afin de parvenir à se démarquer de leurs concurrents. En ce sens, le droit de la concurrence protège l'innovation car il va assurer une concurrence effective, et par là, stimuler les entreprises à innover. De même, les entreprises 'font la course' aux droits intellectuels lorsqu'elles sont en concurrence. Et enfin, sans le principe de la liberté de concurrence, les entreprises ne pourraient introduire leurs nouveautés sur le marché. Nous avons toutefois reconnu que ce n'était pas suffisant. En effet, si le droit de la concurrence permet aux entreprises d'entrer sur un marché, les investissements dans la recherche et le développement sont conséquents. Il est dès lors nécessaire de trouver des stimulants afin que les entreprises consentent ces investissements. C'est ici que les droits intellectuels interviennent. Nous avons ainsi conclu que le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle étaient entremêlés dans des relations complexes, à plusieurs niveaux. Pour cette raison, leurs limites doivent être dessinées avec beaucoup d'attention.

Nous nous sommes ensuite penché sur l'équilibre qui a été développé, rappelant les développements qui y avaient mené. Au fil des arrêts de la jurisprudence, l'intervention du droit de la concurrence s'est renforcée. Si l'existence d'un droit intellectuel ne peut théoriquement être remise en cause par les autorités de la concurrence, son exercice peut quant à lui être limité. Ainsi, les règles de la concurrence trouveront à s'appliquer lorsque l'usage d'un droit intellectuel est illégitime, c'est-à-dire qu'il ne correspond pas aux finalités pour lesquelles il a été octroyé. Puisque le but de la propriété intellectuelle est d'inciter à l'innovation en récompensant l'inventeur, si cet usage a pour effet de limiter les possibilités d'innover, il sera déclaré illégitime et le droit de la concurrence pourra s'appliquer. Nous avons ainsi vu que la prohibition des ententes tentait de concilier les effets bénéfiques que certains accords peuvent avoir sur l'innovation avec les effets nocifs qu'ils peuvent également provoquer. Dans le cadre des abus de position dominante, nous nous étions penché sur une théorie fortement critiquée qui est la théorie des essential facilities. Cette doctrine permet d'imposer à une entreprise d'accorder une licence sur son droit de propriété intellectuelle lorsque certaines conditions sont remplies. Bien que fortement critiquée, nous avons postulé qu'il était légitime que cette théorie

s'applique aux droits intellectuels. Nous avons répondu aux critiques en insistant sur l'importance de trouver un juste équilibre, rappelant que le droit de la concurrence était d'ordre public et qu'il était par conséquent naturel qu'il intervienne lorsque l'intérêt général se trouvait blessé par des pratiques d'entreprises. Nous avons conclu que si le juge tenait compte des finalités du droit de la concurrence lors de l'éventuelle application de la théorie des essential facilities, il devrait prendre en compte l'impact sur l'innovation. Dès lors, il n'imposerait des licences que dans des circonstances exceptionnelles et les droits intellectuels ne s'en trouveraient pas démesurément limités.

D'autant plus que nous avons ensuite analysé deux grandes catégories de défis auxquels l'équilibre actuel devait faire face, à savoir les abus de plus en plus fréquents dont font l'objet les droits intellectuels, comme les patent wars ou les patent trolls. Mais aussi le développement des plateformes en ligne et de l'économie digitale qui remet en question certains des principes fondamentaux du droit de la concurrence. Nous avons constaté que le droit de la concurrence avait été adopté pour l'époque industrielle. Son application nécessite de déterminer l'existence d'un pouvoir de marché, d'un abus ou encore d'une entente. Cela complique son intervention et cela a pu être ressenti dans les affaires Google en Europe ou Microsoft aux Etats-Unis. Bien que les autorités de la concurrence parviennent au cas par cas à trouver des solutions, l'absence d'un cadre général crée une insécurité juridique.

Nous avons par conséquent proposé des pistes de solution. Nous avons écarté certaines, telle que l'abolition des droits intellectuels, et nous nous sommes concentrés sur une proposition visant à redessiner les frontières du droit de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence. Cette approche consisterait à permettre une intervention plus profonde du droit de la concurrence sur la propriété intellectuelle. Ainsi, l'existence d'un droit intellectuel n'échapperait plus au contrôle des autorités de la concurrence. C'est une évolution qui a déjà commencé. Elle consisterait également à légitimer l'application de la théorie des essential facilities à la propriété intellectuelle. Bien sûr en gardant en vue qu'il est toujours important de parvenir à un compromis et que les droits intellectuels doivent être conservés lorsqu'ils n'ont pas d'effets négatifs disproportionnés. Nous avons conclu que cette proposition présentait de nombreux avantages, entre autres, elle ne nécessite pas de recourir à une réforme législative. De plus, elle fait appel à l'intervention du juge, qui est le mieux à même de déterminer pour chaque cas spécifique quels sont les effets des comportements des entreprises et d'opérer une mise en balance.

BIBLIOGRAPHIE

LEGISLATION

EUROPEENNE

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après abrégé « T.F.U.E.), art. 101 et 102.

Règlement (UE) 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, *J.O.U.E.*, L 93/17, 28 mars 2014.

Règlement (UE) 1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement, *J.O.U.E.*, L 335/36, 18 décembre 2010.

BELGE

C.D.E., livre IV, art. IV. 1 à IV. 4.

C.D.E., livre XI.

JURISPRUDENCE

BELGE

Cass., 22 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 1999.

Bruxelles, 18 juin 2009, *T.B.H.*, 2010/5, p. 411 à 413.

EUROPEENNE

C.J.C.E., arrêt *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c. Commission*, 14 février 1978, C-27/76, EU:C:1978:22.

C.J.C.E., arrêt *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Centrafarm*, 23 mai 1978, C-102/77, EU :C :1978 :108.

C.J.C.E., arrêt *AB Volvo c. Erik Veng Ltd*, 5 octobre 1988, C-238/87, EU :C :1988 :477.

C.J.C.E., arrêt *Conorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli en Spa Maxicar c. Régie nationale des usines Renault*, 5 octobre 1988, C-53/87, EU :C :1988 :472.

C.J.C.E., arrêt *Höfner et Elser c. Macrotron GmbH*, 23 avril 1991, C-41/90, EU :C :1991 :161.

C.J.C.E., arrêt *Radio Telefís Eireann et Independent Television Publications Ltd c. Commission des Communautés européennes*, 6 avril 1995, affaires jointes C-241/91 et C-242/91 P, EU :C :1995 :98.

C.J.C.E., arrêt *Commission c. Italie*, 18 juin 1998, C-35/96, EU :C :1998 :303.

C.J.C.E., arrêt *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint*, 26 novembre 1998, C-7/97, EU :C :1998 :569.

C.J.C.E., arrêt *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG.*, 29 avril 2004, C-418/01, EU:C:2004:257.

Trib. (gde ch.), arrêt *Microsoft corp. c. Commission des Communautés européennes*, 17 septembre 2007, T-201/04, EU :T :2007 :289.

C.J., arrêt *Huawei Technologies Co. Ltd c. ZTE Corp. et ZTE Deutschland GmbH*, 16 juillet 2015, C-170/13, EU :C :2015 :477.

Trib., décision *Servier SAS c. Commission européenne*, 12 décembre 2018, T-691/14, EU :T :2018 :922.

AMERICAINE

S.C.O.T.U.S., arrêt *United States v. Terminal Railroad Ass'n*, 22 avril 1912, 224 U.S. 383.

S.C.O.T.U.S., arrêt *Elred v. Ashcroft*, 15 janvier 2003, 01-618.

S.C.O.T.U.S., arrêt *Verizon Communications Inc. v. Law offices of Curtis V. Trinko LLP*, 13 janvier 2004, 540 U.S. 390.

S.C.O.T.U.S., arrêt *United States v. Microsoft corp.*, 17 avril 2018, 584.US.

DOCTRINE

AUTENNE, A., DELNOOZ, F. et GOUVERNEUR, M., « Les actifs essentiels protégés par un droit de propriété intellectuelle : la libre concurrence face au droit de propriété et à la liberté de contracter », *Actualités en droit économique : la liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique*, T. Leonard (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 123 à 144.

BELLEFLAME, P. et STROWEL, A., « Innovation under threat ? Some economic and legal considerations on the patent war and trolls », *Droit, économie et valeurs*, A. Autenne, V. Cassiers et A. Strowel (dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 351 à 366.

BELLIS, J.-F., *Droit européen de la concurrence*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2017

BOSCO, D. et PRIETO, C., *Droit européen de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant.

BUYDENS, M., *Droit des brevets d'invention*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020.

M. BUYDENS, M., *La propriété intellectuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

CASSIERS, V. et REMICHE, B., *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire. Créer, protéger et partager les inventions au XXI^e siècle*, Bruxelles, Larcier, 2010.

COHEN, J., « The regulatory state in the information age », *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 17, n°2, 2016.

CORREA, C., « Tackling the proliferation of patents : how to avoid undue limitations to competition and the public domain », *Droit, économie et valeurs*, A. Autenne, V. Cassiers et A. Strowel (dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 323 à 350.

CULOT, H., DE CORDT, Y., JACQUEMIN, H. et LEONARD, T., *Manuel du droit de l'entreprise*, 4^e éd., Limal, Anthemis, 2019, p. 421 à 487.

DERCLAYE, E., « Abus de position dominante et droits de propriété intellectuelle dans la jurisprudence de la Communauté européenne : IMS survivra-t-elle au monstre du Dr Frankenstein ? », *Les cahiers de propriété intellectuelle*, Vol. 15, numéro 1, 2002, p. 21 à 55.

DERENNE, J., « La propriété industrielle et intellectuelle et le droit communautaire », *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Titre X, livre 101, Liège, Kluwer, 2000, p. 9 à 65.

DIENY, E., « Le droit de la concurrence, obstacle ou allié des stratégies internationales de droits de propriété intellectuelle ? », *Stratégies internationales et propriété intellectuelle*, A. Quiquerez, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 231 à 266.

GSTALTER, J., *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

HOUDIJK, J., « De collisie tussen het intellectuele eigendomsrecht en het mededingingsrecht : een korte balans na dertig jaar jurisprudentie van Het Hof van Justitie van de EU », *D.A.O.R.*, 2011/98, p. 191 à 204.

HOUDIJK, J., « Rechtspraak op het snijvlak van mededingingsrecht en intellectuele eigendomsrecht: het evenwicht tussen de rechtsgebieden in het arrest IMS Health », *S.E.W.*, 2005/3, p. 23 à 33.

HOVENKAMP, H., « Consumer Welfare in Competition and Intellectual Property Law », *Competition policy international*, Volume 9, Numéro 2, 2013, p. 53 à 68.

HOVENKAMP, J. et SCOTT MORTON, F., “Framing the Chicago School of Antitrust Analysis”, *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2213, 2019.

HUANG, Y., XIAO-RU WANG, E. et XIN ZHANG, R., « Essential facilities doctrine and its application in intellectual property space under China’s anti-monopoly law », *George Mason Law Review*, Vol. 22, numéro 5, 2015, p. 1104 à 1128.

HYLTON, K., « Antitrust and Intellectual property: A brief introduction », *Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech*, R. Blair et D. Sokol (éd.), Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

JAFFE, A.B. et LERNER, J., *Innovation and its discontents : How our broken patent system is endangering innovation and progress and what to do about it*, Princeton University Press, Princeton, 2004.

LAMBRECHT, M., *Licences ouvertes et réformes du droit d’auteur dans l’environnement numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018.

LARDINOIS, J.-C., « Le droit d’auteur », *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Titre X – Livre 100.2, Bruxelles, Bruylant, 2015.

LEBLOND, L., *Pratiques anticoncurrentielles et brevets*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

LEONARD, A., « L’abus de droit comme mécanisme correctif des pratiques excessives en droit des brevets », *I.R.D.I.*, 2019/2, p. 86 à 98.

de LEYSSAC, L., « Propriété intellectuelle et concurrence », *J.T.D.E.*, 2004, p. 295 à 298.

MARECHAL, C., « Concurrence et propriété intellectuelle », *IRPI*, Paris, Litec.

VANBRABANT, B., *La propriété intellectuelle – Tome 2 – Régime patrimonial*, Bruxelles, Larcier, 2018.

VANBRABANT, B., « Transferts de technologie : la sécurisation des redevances est-elle contraire au droit de la concurrence », note sous Bruxelles, 5 avril 2011, *I.R.D.I.*, 2013/4, p. 300 à 310.

VAN COUTER, Y., « The European commission's contemplated revision of the technology transfer block exemption : A justified proposal for change », *I.R.D.I.*, 2013/4, p. 263 à 274.

VANOVERWALLE, G., « Patent law in crisis? Functions and limits of the patent system in a globalized world », *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, 2007/2, p. 317 à 322.

VEGIS, E., « La théorie des facilités essentielles : genèse d'un fondement autonome visant des interdictions d'atteinte à la concurrence », *R.D.C.*, 1999, p. 11 à 27.

VERDURE, C. et von MOLTKE, A., « L'abus de position dominante », *Guide juridique de l'entreprise. Traité théorique et pratique*, 2^{ème} éd., Titre VIII, livre 86.1, Liège, Kluwer, 2015, p. 1 à 77.

de VISSCHER, F., « La protection des inventions et du savoir-faire », *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Titre X – Livre 98.1, Bruxelles, Bruylant, 2003.

VOGEL, L., *Droit de la concurrence – Droits européens*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2020.

VOGEL, L., *Les fondamentaux du droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2020.

PAKULA, O., « The streaming wars+ : An analysis of Anticompetitive Business in Streaming Business », *UCLA Entertainment Law Review*, vol. 28(1), 2021, p. 148 à 185.

PRIETO, C., « Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de concurrence », *Receuil Dalloz*, Dalloz, vol. 23, 2006, p. 1603 à 1609.

RAHNASTO, I., *Intellectual Property Rights, External Effects, and Anti-trust Law. Leveraging IPRs in the Communications Industry*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

SCHEITZER, H., « The role of consumer welfare in EU competition law », *Technologie et concurrence*, DREXL, J., HILTY, R., BOY, L., GODT, C. et REMICHE, B. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 511 à 539.

SHAPIRO, C., « Navigating the Patent Thicket : Cross Licences, Patent pools, and Standard Setting », *Innovation Policy and the Economy*, A. Jaffe, J. Lerner et S. Stern (éd.), Cambridge, MIT Press, 2001, p. 119 à 150.

SIBONY, A.-L., « Le juge et la raison économique en droit de la concurrence », *Droit et économie*, M.A. Frison (dir.), *L.G.D.J.*, Paris, 2008, 870 à 889.

AUTRES

COMINO, S., MANENTI, F.M. et THUMM, N. (éd.), « Intellectuel property and Innovation in Information and Communication Technology (ICT) », *Joint Research centre science and policy report – European Commission*, 2015.

Commission européenne, « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission inflige à Google une amende de 4.34 milliards d'euros pour pratiques illégales concernant les appareils mobiles

Android en vue de renforcer la position dominante de son moteur de recherche », *Communiqué de presse*, 18 juillet 2018, disponible sur https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_18_4581

CUNTZ, A. et BERGQUIST, K., « Exclusive content and platform competition in Latin America », *WIPO*, Economic Research Working Paper n°63, 2020.

Department of Justice, *Assistant attorney general for antitrust, Thomas O. Barnett, issues statement on European Microsoft decision*, Washington, 2007, disponible sur https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/2007/226070.htm

HOSCH, W.L., « Netflix », *Encyclopedia Britannica*, 2020, disponible sur <https://www.britannica.com/topic/Netflix-Inc>

KLEBNIKOV, S., « Streaming Wars Continue : Here's How much Netflix, Amazon, Disney+ and Their Rivals are Spending on New Content », *Forbes*, 2020, disponible sur <https://www.forbes.com/sites/sergeiklebnikov/2020/05/22/streaming-wars-continue-heres-how-much-netflix-amazon-disney-and-their-rivals-are-spending-on-new-content/?sh=200b74623bde>

OECD, *OECD Science, Technology and Innovation outlook 2018: Adapting to Technological and Societal disruption*, OECD Publishing, Paris, 2018.

PHAM, A., *Competition law and Intellectual Property Rights: Controlling Abuse or Abusing Control?*, CUTS International, Jaipur, 2008.

SALVADOR, E. et de BETHUNE, E., *La concentration des plateformes en ligne au sein de leur écosystème et au-delà*, Conseil central de l'économie, 2018.

WESTCOTT, K., ARBANA, J., DOWNS, K., ARKENBERG C. et JARVIS, D., « Digital media trends, 15th edition. Courting the consumer in a world of choice », *Deloitte*, 2021, disponible sur <https://www2.deloitte.com/us/en/insights/industry/technology/digital-media-trends-consumption-habits-survey/summary.html>

