

## **Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP)**

**Neuvième session**  
**Genève, 7 – 11 mai 2012**

### **ÉTUDE SUR L'APPLICATION ANTICONCURRENTIELLE DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : SIMULACRES DE PROCES – RESUME**

*établie par l'Institut de recherche économique appliquée, Brasilia*

*Coordination<sup>1</sup>*  
*Mme Lucia Helena Salgado*  
*Mme Graziela Ferrero Zucoloto*

*Consultant principal*  
*M. Denis Borges Barbosa*

1. L'annexe du présent document contient un résumé de l'Étude sur l'application anticoncurrentielle des droits de propriété intellectuelle : simulacres de procès, établi dans le cadre du Projet relatif à la propriété intellectuelle et à la politique en matière de concurrence (CDIP/4/4 Rev.). Cette étude a été établie par l'Institut de recherche économique appliquée, Brasilia.

2. *Le CDIP est invité à prendre note des informations contenues dans l'annexe du présent document.*

[L'annexe suit]

---

<sup>1</sup> Nous tenons à remercier Mmes Ana Beatriz Barbosa, Patricia Porto et Leticia Klotz Silva pour l'aide fournie en matière de recherche et M. Rafael Pinho Senra de Moraes pour ses précieux commentaires.

## RÉSUMÉ

1. Dans le cadre de son projet relatif à la propriété intellectuelle et à la politique en matière de concurrence, l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) a signé un accord de coopération avec l'Institut de recherche économique appliquée – une fondation publique relevant de la Présidence de la République du Brésil – aux fins de la réalisation d'une étude sur les simulacres de procès.

2. Cette étude visait à faire le point sur la situation actuelle dans le monde concernant le recours à des procédures judiciaires pour faire appliquer des droits de propriété intellectuelle dans un but anticoncurrentiel – une pratique qui est aussi connue sous le nom de "simulacres de procès". Cette notion donne lieu à controverse car elle rattache l'exercice de droits prétendument légitimes à l'idée d'une utilisation abusive de ces droits, impliquant (en termes économiques) une utilisation stratégique de ces procédures en vue de porter atteinte à un concurrent ou de l'exclure du marché. Sur un plan purement économique, on peut tenter de définir les simulacres de procès comme des procès intentés dans un but d'éviction ou de fraude, avec un effet anticoncurrentiel, soit un recours inapproprié aux tribunaux et à d'autres procédures administratives conduisant à la prise de décisions dans le cadre d'un contentieux ou à la reconnaissance des droits, à des fins anticoncurrentielles, en vue de nuire à des concurrents. Les résultats de l'étude donnent à penser que des actions judiciaires engagées dans un but anticoncurrentiel pour protéger indûment des droits de propriété intellectuelle pourraient être considérées comme une forme de stratégie prédatrice fondée sur d'autres éléments que les prix. Ici aussi, les moyens économiques mis au point pour repérer ce type de pratique peuvent donc être utiles.

3. Les conflits existant entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence n'ont rien d'exceptionnel. Ces deux branches du droit ont en réalité de nombreux points communs puisque les systèmes juridiques et les politiques des deux secteurs visent à promouvoir l'innovation et la croissance économique. Des conflits peuvent toutefois survenir au sujet des moyens utilisés par chaque système pour atteindre les objectifs en question. C'est précisément parce que les agents économiques sont rompus à la négociation de compromis et à la gestion de conflits d'objectifs que le rapprochement du droit et de l'économie peut avoir un effet très favorable dans ce secteur de la recherche et de la politique publique.

4. Au cours des recherches, tout a été mis en œuvre pour analyser les aspects énumérés ci-dessous qui concernaient tous, d'une manière ou d'une autre, les mouvements stratégiques d'une entreprise établie :

- a) actions entre concurrents à des fins de pratiques collusoires;
- b) actions abusives intentées par des entreprises dominantes en vue d'exclure des concurrents potentiels; et
- c) actions abusives intentées à l'encontre ou par le biais d'organismes gouvernementaux dans le but de gagner du temps et de conserver artificiellement des droits de propriété.

5. L'étude laisse entendre qu'il est possible, en se fondant sur la notion de comportement prédateur tirée des nouvelles tendances qui se dégagent des documents sur l'organisation industrielle, de mettre au point une explication analogue de la question controversée des simulacres de procès telle qu'elle apparaît dans la jurisprudence traditionnelle ainsi que dans des affaires judiciaires et administratives récentes.

6. La question de la prédation est traditionnellement définie grâce à l'observation du comportement de l'entreprise dominante. Il s'agit de déterminer si celle-ci a subi des pertes à court terme sur un marché donné, contraignant une entreprise concurrente à sortir du marché (ou à renoncer à y entrer) en espérant réaliser des profits exceptionnels sur des marchés futurs. La mise au point de la théorie des jeux a permis de mieux comprendre les comportements prédateurs. Cette théorie démontrait qu'en cas d'asymétrie de l'information (sur les conditions du marché, les coûts, un "penchant" particulier pour les comportements prédateurs ou une simple stratégie mise en œuvre par d'autres entreprises) ou de flux imparfait de l'information sur les marchés financiers, la prédation était théoriquement possible, même sans les barrières à l'entrée qui constituaient traditionnellement une condition nécessaire pour qualifier un tel comportement. Les dernières évolutions concernant l'organisation industrielle ont permis de comprendre que la fixation de prix prédateurs ne se traduisait pas uniquement par des pertes pour les entreprises qui adoptaient ces pratiques ou par la reprise ultérieure des profits, mais qu'elle portait également atteinte aux consommateurs ou à l'efficacité économique. Les conclusions de l'étude laissent entendre qu'il faut aussi prendre cet aspect en considération pour traiter correctement la question des simulacres de procès.

7. Les doctrines relatives aux simulacres de procès de l'Union européenne et des États-Unis d'Amérique sont particulièrement proches. Les critères mis au point dans les affaires Noerr-Pennington et ITT Promedia présentent de grandes similitudes. Dans l'affaire Noerr-Pennington, la première question à laquelle il convient de répondre est celle de savoir si, d'un point de vue objectif (correspondant au comportement de l'agent économique moyen), l'entreprise ayant engagé l'action judiciaire pouvait raisonnablement estimer avoir des droits à protéger; cela correspond plus ou moins aux critères proposés par la Commission dans l'affaire ITT Promedia. Ici, seuls les facteurs objectifs sont pris en considération. Ils ont trait aux obstacles importants dont l'entreprise ayant intenté l'action devait raisonnablement avoir connaissance lorsque les poursuites judiciaires ont été engagées et qui l'empêcheraient d'obtenir gain de cause. Deuxièmement, les deux critères postulent que, si l'on peut démontrer que la requête est infondée, le tribunal devra décider si les poursuites judiciaires ont été engagées dans le cadre d'un plan visant à éliminer la concurrence, l'intention subjective de l'entreprise dominante constituant le dernier point à éclaircir.

8. Cette question est également traitée dans la jurisprudence relative à l'utilisation des procédures administratives à des fins anticoncurrentielles : ainsi, l'utilisation injustifiée d'une multitude de voies de recours administratives par un agent économique présente un caractère déraisonnable lié non pas à l'existence d'une requête unique mais à la répétition. S'agissant d'une série d'actions judiciaires, la question n'est pas de savoir si l'une d'elles est fondée (le hasard peut faire que oui) mais de déterminer si elles ont été intentées indépendamment du bien-fondé, à seule fin de nuire à un concurrent sur le marché. L'instruction, en l'espèce, vise à déterminer si les procédures ont été ouvertes, non pas pour réparer véritablement un préjudice, mais dans le cadre d'une politique ou d'une pratique consistant à introduire des actions successives, essentiellement dans l'intention de harceler. D'où la nécessité de prévoir une deuxième série de critères connexes, en cas d'utilisation abusive des procédures administratives à des fins anticoncurrentielles chaque fois que l'on est en présence d'actions multiples, alors même qu'un certain nombre de ces actions pourraient être considérées comme fondées mais que leur multiplicité ne saurait être justifiée d'un point de vue objectif.

9. Pour étayer l'étude par des données fiables, des informations ont été sollicitées auprès d'un nombre représentatif de tribunaux. La demande d'information visait les critères énumérés ci-dessous.

“Les procédures administratives ou judiciaires en rapport avec l'un quelconque des droits visés à l'article 1.1 de l'Accord sur les ADPIC, portées à l'attention des administrations chargées de la propriété intellectuelle ou des autorités antitrust, lorsque l'un au moins des éléments ci-après est manifestement présent :

“a) des procédures dans lesquelles des perspectives finales favorables au plaignant (ou à la partie requérante) sont de toute évidence improbables, mais dans lesquelles l'engagement ou la poursuite de la procédure proprement dite est susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels; ou

“b) la multiplication de procédures se fondant sur des motifs d'action similaires ou étroitement liés lorsque la répétition des actions ou des requêtes (alors même que chaque action ou requête serait individuellement justifiée, sur le plan de la procédure) est aussi susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels; ou

“c) d'autres actions, initiatives ou requêtes, lorsque le bénéfice qu'en retirerait le plaignant ou la partie requérante pourrait découler de l'engagement ou de la poursuite de la procédure proprement dite plutôt que du résultat final du processus, et que l'engagement ou la poursuite de cette procédure est susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels; ou

“d) toute action, initiative ou requête qui, selon le droit national, peut être qualifiée d'abus de droit ou de procédure, cet abus étant susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels.”

10. Comme on peut le constater, cette grille de recherche comprend également des critères autres que ceux retenus dans les affaires ITT Promedia et PREI.

11. Ces critères a) ne se limitent pas à l'engagement de la procédure : la poursuite d'un processus dont l'issue favorable semble manifestement improbable est aussi visée; b) vont plus loin que le critère fixé pour l'affaire PREI (mais suivent l'affaire POSCO) en couvrant une pluralité de plaintes, qui pourraient chacune avoir été légitimement engagée ou poursuivie mais dont la prolifération proprement dite peut s'avérer clairement inutile pour protéger les droits du plaignant; c) soulignent que c'est le recours à une procédure administrative – par opposition à l'issue de la procédure – qui est à l'origine d'un effet anticoncurrentiel; d) ont trait à un comportement qui, selon le droit applicable, est réputé constituer un abus de droit matériel ou de procédure, et qui est aussi susceptible d'avoir un effet anticoncurrentiel.

12. La grille de recherche ne contenait aucune mention d'une évaluation subjective de l'intention d'aboutir à des effets anticoncurrentiels, ni ne posait comme condition l'existence d'un effet anticoncurrentiel donné. Elle a aussi servi à encourager la recherche indépendante, c'est-à-dire la recherche des faits et du droit applicable au-delà des informations fournies par diverses autorités étrangères. Comme cette grille a constitué un ensemble uniforme de critères aux fins de l'étude et a été officiellement transmise en tant que telle aux différentes administrations consultées, l'étude doit en respecter les limites, sauf indication contraire.

13. L'étude permet d'analyser les informations pertinentes contenues dans les réponses de la Commission européenne, du Chili, de la Fédération de Russie, des États-Unis d'Amérique, du Mexique, de l'Espagne, de la République de Corée, de l'Italie, de la Turquie et du Brésil.

14. Elle démontre que la question du recours abusif aux requêtes pour faire valoir des droits de propriété intellectuelle dans un but anticoncurrentiel est très délicate. Les critères utilisés dans les affaires PREI/POSCO/PROMEDIA constituent la norme la plus courante pour évaluer ces situations. Même dans les ressorts juridiques où il n'est pas fait référence à cette norme, un système de critères complexe est mis en place. Mais, ainsi qu'il ressort du rapport des États-Unis d'Amérique, "cette norme est difficile à appliquer et très peu de cas satisfont à ces critères". La perspective économique peut être utile dans la mesure où elle met en évidence l'effet sur la concurrence, et donc sur la protection des consommateurs et la rentabilité économique des comportements adoptés par les entreprises occupant une position dominante.

15. Une interprétation moderne des pratiques prédatrices permet de mettre l'accent sur le comportement prédateur, de la reprise ultérieure des bénéficiaires aux atteintes aux consommateurs ou à la rentabilité économique. Les simulacres de procès pourraient être observés à travers le même prisme. Une autre solution a déjà été adoptée, comme le montre la jurisprudence brésilienne et, d'une certaine manière, l'affaire Astra-Zeneca : éviter la série de critères stricts imposés par la doctrine des États-Unis d'Amérique et celle de l'Union européenne, instruire les dossiers relatifs aux pratiques anticoncurrentielles et réprimer ces pratiques. Il est évident qu'en appliquant des critères formels et stricts, les administrations chargées de la concurrence et les tribunaux du monde entier passeront peut-être à côté d'un grand nombre de cas (réels).

16. Clairement, les obligations du droit de la concurrence consistant à assurer la protection sociale au moyen d'une gestion efficace de l'activité économique et les objectifs du droit de la propriété intellectuelle en matière de stimulation de la création et de l'innovation sont ici étroitement liés; cette branche du droit ne pourra en aucun cas évoluer sans qu'il soit tenu compte du thème de cette étude. La recherche menée a montré la nécessité d'approfondir le débat international sur les critères permettant de déterminer ce qui constitue une utilisation anticoncurrentielle de la propriété intellectuelle. En appliquant des critères formels et stricts, les administrations chargées de la concurrence et les tribunaux du monde entier passeront peut-être à côté d'un grand nombre de cas, ce qui serait particulièrement problématique dans l'économie mondiale du XXI siècle – une économie fondée sur le savoir.

[Fin de l'annexe et du document]