

12 décembre 2017

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE****Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi****Table ronde sur le champ d'application extraterritorial des mesures correctives  
relevant du droit de la concurrence****Notre de réflexion du Secrétariat****Le 5 décembre 2017**

Le présent document a été préparé par le Secrétariat de l'OCDE pour servir de référence lors de l'examen du Point 5 de l'ordre du jour de la 126<sup>e</sup> réunion du Groupe de travail n°3 sur la coopération et l'application de la loi qui aura lieu le 5 décembre 2017.

Les opinions exprimées et les arguments employés ici ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

On trouvera d'autres documents sur cette discussion à l'adresse suivante :

[www.oecd.org/daf/competition/extraterritorial-reach-of-competition-mesures correctives.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/extraterritorial-reach-of-competition-mesures%20correctives.htm)

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter Mme Despina Pachnou  
[tél. : +33 1 45 24 95 25 – courriel : [despina.pachnou@oecd.org](mailto:despina.pachnou@oecd.org)]

**JT03424650**

## *Table ronde sur le champ d'application extraterritorial des mesures correctives relevant du droit de la concurrence\**

*En raison de l'interdépendance croissante des marchés et des économies, le comportement des participants au marché, et ses effets, ne sont généralement pas confinés au territoire du pays où le comportement a lieu. En effet, le comportement de parties étrangères dans les pays étrangers peut avoir des impacts négatifs sur le marché intérieur d'autres pays. En réaction à cet état de fait, les autorités de la concurrence peuvent prendre des mesures d'application à l'encontre d'un comportement préjudiciable dans un ou plusieurs pays étrangers, mener des enquêtes ou y associer le ou les pays concernés, et imposer des mesures correctives qui auront des retombées en dehors de leur propre pays.*

*La détermination du champ d'application des mesures correctives fait actuellement l'objet d'un vif débat. La question auquel ceux qui y prennent part cherchent à répondre est de savoir dans quelle mesure le champ d'application d'une mesure corrective doit dépasser les frontières nationales et si les mesures correctives extraterritoriales sont appropriées pour combattre un préjudice occasionné à l'échelon national. En dernier ressort, le champ d'application approprié d'une mesure corrective dépend de l'articulation entre le lien territorial d'une mesure corrective, l'infraction présumée et le préjudice causé à l'échelon national auquel la mesure corrective vise à remédier. Les auteurs de la présente note examinent différentes affaires survenues ces derniers temps et les commentaires qu'elles ont suscités et analysent les méthodes suivies dans différents pays pour traiter cette question.*

---

\* Cette note de réflexion a été rédigée par Mme Despina Pachnou, Mme Moran Miara et M. Semin Park, avec des commentaires de M. Pedro Caro de Sousa de la Division de la concurrence de l'OCDE.

## *Table des matières*

<b>Table ronde sur le champ d’application extraterritorial des mesures correctives relevant du droit de la concurrence.....</b>	<b>2</b>
<b>1. Introduction .....</b>	<b>4</b>
<b>2. Établir la compétence sur les comportements, préjudiciables sur le territoire national, auxquels se livrent des parties étrangères dans des pays étrangers.....</b>	<b>5</b>
<b>3. Mesures correctives réglementant un comportement d’une partie étrangère à l’étranger .....</b>	<b>7</b>
3.1. Différents pays, différents effets, différentes règles, une seule et même mesure corrective ?.....	8
3.2. Quel est le champ d’application approprié pour les mesures correctives ? .....	13
<b>4. Mettre un terme à la portée extraterritoriale excessive des mesures correctives lors de leur conception.....</b>	<b>15</b>
4.1. Le rôle de la courtoisie internationale.....	15
4.2. Coopération internationale lors de la conception des mesures correctives.....	18
<b>Notes .....</b>	<b>21</b>
<b>Références .....</b>	<b>25</b>
<b>Affaires .....</b>	<b>29</b>

### **Encadrés**

Encadré 1. Compétence sur des comportements de parties étrangères en dehors de l’UE susceptibles d’avoir des effets anticoncurrentiels : Intel contre Commission .....	7
Encadré 2. Mesures correctives extraterritoriales dans les affaires relatives aux droits de propriété intellectuelle .....	11
Encadré 3. Décision rendue par la KFTC dans l’affaire Qualcomm en 2016 .....	17

## 1. Introduction

1. Au cours des dernières années, l'OCDE s'est intéressée de près à la portée extraterritoriale du droit interne de la concurrence, et en particulier au champ d'application des règles et critères en vertu desquels les autorités de la concurrence établissent leur compétence sur des comportements auxquels se livrent des non-ressortissants dans d'autres pays que le leur mais qui ont des effets sur leur territoire<sup>1</sup>. L'OCDE a également examiné diverses questions qui se posent dans le cadre des enquêtes internationales relevant du droit de la concurrence<sup>2</sup>. En décembre 2017, le Groupe de travail n°3 du Comité de la concurrence étudiera la question de la portée territoriale appropriée des mesures correctives prises par les autorités de la concurrence d'un pays ou territoire donné pour mettre fin à un comportement anticoncurrentiel qui a eu lieu à l'étranger (autrement dit le comportement de parties étrangères dans un ou plusieurs territoires situés à l'étranger) et examinera, plus précisément, différentes affaires dans lesquelles le champ d'application de ces mesures correctives s'étend au-delà du territoire national.

2. L'examen portera sur les mesures correctives relevant du droit de la concurrence, autrement dit les mesures comportementales ou structurelles destinées à faire cesser un comportement illicite et empêcher sa récurrence, à remédier aux effets anticoncurrentiels du comportement en question ou à les prévenir ainsi qu'à restaurer la concurrence. Les sanctions visant à punir les auteurs d'actes illicites ou à les dissuader de récidiver n'entrent pas dans le champ du présent document<sup>3</sup>, pas plus que les ententes injustifiables à l'encontre desquelles seule l'imposition d'interdictions et de sanctions semble être adaptée et l'application de mesures correctives n'a pas lieu d'être. Les auteurs de la présente note s'intéressent donc aux mesures correctives prises dans le cadre d'affaires relatives à des opérations de fusion<sup>4</sup> et à des abus de position dominante, telles que les mesures destinées à clore à l'amiable, par le biais de décisions d'engagement, de règlements amiables, d'ordonnances d'expédient, et d'engagements écrits, des enquêtes menées par les autorités de la concurrence<sup>5</sup>.

3. Pour évaluer le préjudice causé par un comportement et décider des mesures à mettre en œuvre pour y remédier, il faut tout d'abord que les autorités de la concurrence établissent leur compétence sur ce comportement puis déterminent l'articulation appropriée entre le préjudice et les mesures correctives censées y mettre fin. L'examen mené par les autorités de la concurrence et les décisions qu'elles rendent se résument à deux questions élémentaires : le comportement en cause est-il susceptible d'être illicite ou d'être préjudiciable à la concurrence sur le marché intérieur de leur pays ou territoire selon l'évaluation menée conformément aux règles en vigueur dans celui-ci ? Le cas échéant, quelles parades les autorités de la concurrence peuvent-elles mettre en œuvre ?

4. Les auteurs de la présente note examinent les critères retenus par les pays pour appréhender les comportements auxquels se livrent des parties étrangères dans des pays ou territoires étrangers ainsi que la conception des mesures correctives visant ces comportements sous l'angle de leur champ d'application territorial. Ils font valoir qu'une bonne coordination d'une série de mesures correctives prises à l'échelon national peut, dans bien des cas, être plus appropriée que l'application d'une seule mesure corrective extraterritoriale dans plusieurs pays, en partant du principe que les éléments factuels et les différentes étapes d'une enquête dans les affaires en question permettent de concevoir et de mettre en œuvre des mesures correctives parallèles dans les différents pays concernés. Ils concluent que la conception de mesures correctives applicables à des comportements des parties étrangères ayant des effets transnationaux exige une bonne coopération entre

les autorités de la concurrence et présuppose, à l'avenir, une uniformisation des règles de fond.

## 2. Établir la compétence sur les comportements, préjudiciables sur le territoire national, auxquels se livrent des parties étrangères dans des pays étrangers

5. La première question à laquelle doit répondre une autorité de la concurrence pour déterminer si elle doit ou non prendre une mesure d'application à l'encontre d'un comportement potentiellement illicite est celle de savoir si elle a compétence pour agir. Cette compétence dépend du champ de l'autorité du droit interne de la concurrence, qui est limité par deux principes du droit public international.

6. Le premier principe est celui de la compétence *ratione materiae* ou (compétence matérielle), selon lequel tout État a pleine compétence pour énoncer des règles générales ou particulières applicables à des comportements se produisant sur son territoire (principe de la « territorialité ») et à ses ressortissants et entreprises (principe de la « nationalité »). Le principe de la territorialité, en particulier, revêt un aspect positif (le droit d'affirmer sa compétence dans les limites de son territoire) et un aspect négatif (l'obligation de ne pas affirmer sa compétence hors des limites de son territoire, de façon à ne pas empiéter sur le territoire et la souveraineté des autres États)<sup>6</sup>.

7. Le second principe est celui de la compétence d'exécution, en vertu duquel les États ont le droit de faire respecter leurs lois et décisions par des mesures qui peuvent comprendre la coercition à l'encontre des parties mises en cause<sup>7</sup>.

8. Du fait de l'interdépendance croissante des marchés et des économies et de l'internationalisation de plus en plus grande des activités des entreprises, les comportements des participants au marché, et leurs retombées, ne sont généralement pas circonscrits aux limites du territoire du pays où ils ont lieu ou dont les auteurs sont des ressortissants. Ainsi, les comportements auxquels se livrent des parties étrangères à l'étranger – qui ne satisfont donc ni au principe de la territorialité ni à celui de la nationalité – peuvent avoir des impacts négatifs sur les marchés intérieurs d'autres pays. Au fil des ans, les pays ont développé une jurisprudence et défini des règles pour déterminer dans quelles affaires ils peuvent exercer une compétence extraterritoriale et définir le lien approprié entre le préjudice causé sur leur territoire et le comportement auquel la partie en cause s'est livrée à l'étranger.

9. Pour déclencher leur compétence, un nombre croissant de pays tiennent compte des effets du comportement concerné, en vertu d'une approche appelée « doctrine des effets ». Selon cette doctrine, les pays peuvent, en toute légitimité, prendre des mesures d'exécution à l'encontre de comportements auxquels se livrent des non-ressortissants en dehors de leur territoire national dès lors que ces comportements sont illicites en vertu de leurs règles internes et qu'ils ont des effets sur leur territoire. Si l'on peut considérer que la doctrine des effets est une extension du principe de territorialité, il peut donc s'ensuivre que le droit de plusieurs pays s'applique dès lors qu'un comportement donné a une incidence sur plusieurs territoires. Cela veut aussi dire que les mesures correctives nécessaires pour remédier au préjudice concurrentiel doivent être exécutées extraterritorialement, à l'encontre d'entreprises ayant leur siège et d'agissements commis dans un autre État.

10. La portée de la compétence fondée sur les effets d'un comportement de non-ressortissants à l'étranger sur les marchés intérieurs d'autres pays a donné lieu à de

nombreuses discussions et interprétations par les tribunaux. Le débat au sujet de la portée juridictionnelle du Sherman Act américain, en particulier, dure maintenant depuis de nombreuses décennies<sup>8</sup>.

11. En 1945, la Cour d'appel du deuxième circuit des États-Unis a statué sur l'affaire *Alcoa*<sup>9</sup> en indiquant que les comportements ayant des effets intentionnels aux États-Unis relevaient du Sherman Act, et qu'un État peut tenir pour responsable même des non-ressortissants pour des comportements auxquels ils se sont livrés à l'extérieur de son territoire mais qui ont eu des compétences à l'intérieur de celui-ci. Dans l'affaire *Alcoa*, la Cour n'a précisé ni l'ampleur que cet effet devait avoir ni la nature de l'effet requis pour s'attaquer à un comportement qui est le fait de non-ressortissants<sup>10</sup>. Ce manque de clarté a autorisé différentes interprétations de cette règle et a parfois conduit les autres pays à prendre des mesures en réaction à la portée jugée excessive du droit de la concurrence américain<sup>11</sup>.

12. En 1982, le Congrès américain a adopté le Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA), qui complète le Sherman Act par l'ajout de la Section 6a. Cette section définit le champ d'application du Sherman Act en ce qui concerne les comportements relatifs aux échanges ou au commerce, hors importations, avec des pays étrangers. Si, en vertu du FTAIA, les comportements relatifs au négoce ou au commerce à l'importation vers les États-Unis relèvent du Sherman Act, il n'en va pas de même du négoce ou du commerce international hors importations, sauf s'ils ont un « *effet direct, substantiel et raisonnablement prévisible* » sur le commerce américain (intérieur, d'importation ou d'exportation), et si cet effet donne lieu à une plainte fondée sur le Sherman Act. Par la suite, la Cour suprême des États-Unis a statué, dans l'affaire *Hartford Fire*, que le droit de la concurrence américain s'applique « *aux comportements à l'étranger ayant pour but de produire et ayant effectivement produit un certain effet substantiel aux États-Unis* »<sup>12</sup>. Les critères retenus dans le FTAIA et dans l'affaire *Hartford Fire* permettent donc de préciser les effets requis pour établir la compétence, tout en stipulant que les préjudices insignifiants ne sauraient être pris en considération.

13. La doctrine des effets a été élaborée aux États-Unis alors même que d'autres pays du monde adoptaient leur propre droit de la concurrence, et cette doctrine a contribué en à définir les limites. Par conséquent, le critère de l'« *effet direct, substantiel et raisonnablement prévisible* », a été retenu par la plupart des pays, avec des variantes de formulation ou d'intensité, comme étant le critère qui circonscrit l'application extraterritoriale du droit de la concurrence des différents pays<sup>13</sup>. Ainsi, l'Australie, la Corée et le Japon tiennent également compte des effets d'un comportement préjudiciable sur leur territoire pour établir leur compétence sur celui-ci.

14. L'Union européenne (UE) a recours au critère de la « mise en œuvre », comme l'a énoncé la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'affaire de la *Pâte de bois*<sup>14</sup>, dans laquelle la CJUE a établi une distinction entre le lieu de formation d'un accord illicite (en l'occurrence, une entente sur les prix) et le lieu de sa mise en œuvre. Dans cette affaire, les producteurs mis en cause se trouvaient à l'extérieur de l'UE et ont formé des ententes sur les prix en dehors du territoire de l'Union, tout en vendant le produit faisant l'objet de l'entente dans l'UE. La CJUE a statué que la mise en œuvre de l'accord pouvait être en l'occurrence retenue comme le facteur décisif et a accepté que la Commission européenne exerce sa compétence sur cette affaire. Dans l'affaire *Gencor* concernant une fusion, le tribunal de première instance a confirmé la compétence extraterritoriale de l'UE « *[l]orsqu'il est prévisible qu'une opération de concentration projetée par des entreprises établies à l'extérieur de la Communauté produise un effet*

*immédiat et substantiel dans la Communauté* »<sup>15</sup>. Selon la CJUE, ce critère est équivalent à la doctrine de la mise en œuvre élaborée en rapport avec les accords formés dans l'affaire de la Pâte à bois, indiquant ainsi que l'UE applique une doctrine des effets analogue à celle utilisée aux États-Unis. Plus récemment, la question de l'étendue de la compétence du droit de la concurrence de l'UE sur un comportement commis à l'extérieur de l'UE s'est posée à la CJUE dans le contexte d'une décision rendue par la Commission européenne à l'encontre d'Intel.

**Encadré 1. Compétence sur des comportements de parties étrangères en dehors de l'UE susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels : Intel contre Commission**

En septembre 2017, dans une affaire d'abus de position dominante par une entreprise dont le siège n'était pas dans l'UE (Intel), la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), en appel du jugement du Tribunal de l'Union européenne (Intel contre Commission, T-286/09), a confirmé que la Commission européenne avait été fondée à inclure l'accord d'approvisionnement conclu entre Intel et Lenovo en Chine dans le calcul de l'amende s'élevant à 1.06 milliard EUR qu'elle a infligé à Intel, en se fondant sur les effets probables sur la concurrence.

La Cour a statué « *...qu'il suffit de tenir compte des effets probables d'un comportement sur la concurrence pour que la condition tenant à l'exigence de prévisibilité soit remplie. C'est sans commettre d'erreur de droit que le Tribunal a pu juger que, en présence d'une stratégie, telle que celle développée par Intel, il convenait de prendre en considération le comportement de l'entreprise pris dans son ensemble afin d'apprécier le caractère substantiel de ses effets sur le marché de l'Union et de l'Espace économique européen (EEE). ... [...] procéder autrement conduirait à une fragmentation artificielle d'un comportement anticoncurrentiel global, susceptible d'affecter la structure du marché au sein de l'EEE, en une série de comportements distincts risquant d'échapper à la compétence de l'Union. ... le Tribunal a constaté, pour ce qui concerne le report de lancement de certains ordinateurs sur le plan mondial, qu'il résultait des éléments dont il disposait que des ventes de ces ordinateurs étaient envisagées dans la région Europe, Moyen-Orient et Afrique, dont l'EEE est une partie très importante, ce qui suffisait pour constater des effets au moins potentiels dans l'EEE* ». (pas de caractère gras dans l'original).

Cet arrêt réaffirme une jurisprudence antérieure relative au champ d'application du droit de la concurrence de l'UE et accepte que les effets « probables » ou « potentiels » dans l'EEE puissent suffire à déclencher la compétence.

Source : Décision de la Cour de Justice de l'Union européenne(2017) dans l'affaire C-413/14 P Intel contre Commission.

### 3. Mesures correctives réglementant un comportement d'une partie étrangère à l'étranger

15. Une fois établie la compétence matérielle sur un comportement, les autorités de la concurrence sont dotées d'une compétence d'exécution pour prendre des mesures visant à assurer que leur droit interne est respectée ; que le comportement concurrentiel a été stoppé et sanctionné, que sa récurrence a été empêchée ; et que le préjudice sur le territoire national est réparé et un nouveau préjudice évité. Pour atteindre ces objectifs, les autorités

de la concurrence peuvent imposer soit des mesures correctives aux participants au marché pour proscrire la répétition des agissements préjudiciables soit des obligations pour faire en sorte que le marché puisse fonctionner dans des conditions de concurrence.

16. Les mesures correctives contre les comportements de non-ressortissants à l'étranger soulèvent des questions. Les auteurs de cette note examinent les réponses à trois d'entre elles dans la section qui suit :

- Comment les mesures correctives sont-elles compatibles avec : (i) les différentes règles de fond suivies par les différents pays et (ii) les effets différents qu'un même comportement peut avoir dans différents pays ?
- Quelle doit-être leur envergure, autrement dit, quel est leur champ d'application territorial approprié ?
- Comment les pays et les entreprises font-elles face aux risques et aux coûts induits par les mesures correctives antagonistes prises par différentes autorités de la concurrence nationales lorsqu'un comportement relève du droit de plusieurs pays ?

### **3.1. Différents pays, différents effets, différentes règles, une seule et même mesure corrective ?**

17. Dans un monde de plus en plus interconnecté, l'internationalisation des activités des entreprises devient la norme plus que l'exception. Il se produit donc souvent des affaires dans lesquelles un même comportement a des effets dans plusieurs pays. Le cas échéant, chaque autorité de la concurrence concernée peut s'en saisir en appliquant ses critères de compétence (autrement dit, chaque autorité évalue si le comportement a eu des effets préjudiciables sur le territoire national et si ces effets sont suffisamment importants pour justifier des mesures d'exécution), les règles de la concurrence de son pays (qui déterminent si le comportement est licite ou non), et le pouvoir dont elle dispose d'imposer des mesures correctives (notamment le pouvoir d'interdire un comportement ou de prononcer une injonction à suivre une ligne de conduite donnée).

18. Chaque autorité de la concurrence est tenue de faire respecter le droit interne et de protéger les consommateurs de son pays de tout comportement anticoncurrentiel. Cela signifie qu'elle doit évaluer les effets d'un comportement sur la concurrence qui s'exerce sur le marché intérieur et, s'il y a lieu, imposer des mesures correctives. De plus en plus de régimes de la concurrence ayant été instaurés et mis en œuvre dans le monde (on en dénombre aujourd'hui plus de 130), la probabilité s'accroît qu'un comportement à l'étranger d'une partie étrangère relève de plusieurs référentiels de règles et de la compétence de plusieurs autorités de la concurrence.

19. Un même comportement peut avoir des effets différents selon les pays où il a une incidence. Même lorsque les effets sont les mêmes, les normes juridiques à l'aune desquelles évaluer le caractère licite de ce comportement peuvent varier d'un pays à l'autre. Ainsi un comportement qui sera considéré comme illicite dans un pays pourra ne pas l'être dans un autre. En outre, même si un même comportement est jugé illicite dans tous les pays, la mesure corrective que chacun d'eux peut décider d'appliquer pour y remédier peut être variable.

20. Dans le cas des fusions, les pays sont parvenus à une convergence importante des critères de fond à retenir. La plupart d'entre eux peuvent interdire les fusions dont ils jugent qu'elles sont susceptibles d'amoindrir substantiellement la concurrence sur un



marché – même si ce qui constitue un amoindrissement substantiel de la concurrence ou le degré de plausibilité ou de probabilité requis pour justifier soit une interdiction soit l'imposition d'une mesure correctrice pour pouvoir autoriser l'opération peuvent là encore diverger d'un pays à l'autre<sup>16</sup>. S'agissant des affaires relatives à des comportements unilatéraux auxquels se livrent des entreprises en position dominante, la convergence des décisions des autorités de la concurrence est moindre. Ainsi, les tribunaux américains ne concluent généralement pas à l'existence d'une position dominante lorsque les entreprises (ou un groupe d'entreprises agissant de concert) réalisent moins de 50 % des ventes d'un produit ou service donné dans un périmètre géographique donné<sup>17</sup>. Aux États-Unis, certains tribunaux fixent à 70 % le seuil des parts de marché<sup>18</sup>. Dans l'UE, les entreprises en position dominante doivent tout spécialement veiller à ce que leur comportement ne fausse pas la concurrence et une présomption négative permet d'écarter la qualification de position dominante en-deçà d'un seuil de 40 %<sup>19</sup>.

21. L'une des divergences les plus importantes entre les pays ou territoires concerne le traitement des prix excessifs. Dans certains d'entre eux, la pratique de prix excessifs constitue un exercice illégal de la position dominante sur le marché. Ainsi, dans l'UE, cette pratique est proscrite en vertu de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui interdit les abus de position dominante en général, citant à titre d'exemple le fait d'« *imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables* », disposition qui, d'après les interprétations qui en ont été données, inclut la pratique de prix excessifs<sup>20</sup>. D'autres pays comme l'Australie, les États-Unis et le Mexique estiment qu'il n'y a pas lieu de réglementer cette pratique. Dans ces pays, les mesures correctives visent les abus de position dominante en cas de pratique d'éviction et en vertu des règles de contrôle des fusions. Ainsi, le Sherman Act ou d'autres dispositions du droit de la concurrence américain ne proscrivent pas la pratique de prix excessifs qui permet aux entreprises dont la situation de monopole ne constitue pas une infraction à la loi et, *a fortiori*, à d'autres participants au marché, de fixer leurs prix aussi hauts qu'elles le souhaitent. Limiter la liberté de fixation des prix est considéré comme un amoindrissement des incitations à livrer concurrence et à innover. Selon les tribunaux et les autorités de la concurrence américaines, il ne relève pas de leur compétence de déterminer si les prix pratiqués par une entreprise occupant licitement une position monopolistique sont ou non raisonnables<sup>21</sup>.

22. L'application du droit de la concurrence ne dépend pas uniquement de normes juridiques. Le nombre et l'ampleur des mesures d'exécution sont également fonction de la culture de la concurrence, de la pratique des autorités de la concurrence et des caractéristiques propres à chaque pays ou territoire. Ainsi, lorsqu'elles examinent une fusion couvrant plusieurs pays, les autorités de la concurrence de ceux qui ne représentant qu'une petite partie de l'opération peuvent craindre que les parties à la fusion ne décident de quitter le marché local si elles conditionnent l'autorisation de l'opération à l'application de restrictions substantielles<sup>22</sup>. Cette sortie du marché étant susceptible d'amoindrir la concurrence sur leur marché, les autorités de la concurrence en question peuvent estimer raisonnable d'approuver une fusion qu'elles auraient normalement interdite – généralement en acceptant des engagements structurels ou comportementaux de la part des parties à la fusion ou en leur en imposant afin de dissiper les préoccupations de concurrence.

23. Aussi l'imposition de décisions d'exécution ou de mesures correctives différentes à l'égard d'un même comportement est-elle bien l'expression de l'hétérogénéité des règles de concurrence, des normes et des pratiques d'application en vigueur dans les

différents pays du monde (en dépit de la convergence de plus en plus grande des régimes de concurrence et des procédures d'exécution), ainsi que de la disparité des conditions de concurrence prévalant d'un pays ou territoire à un autre, qui justifient l'une et l'autre la diversité des décisions rendues. Dès lors que les mesures d'exécution correspondent à la réalité de chaque pays qui les met en œuvre et que les mesures correctives imposées aux participants au marché sont circonscrites au territoire national, le risque d'un antagonisme entre les mesures correctives imposées pour remédier à un même comportement préjudiciable s'en trouve minimisé.

24. Cela étant, les mesures correctives extraterritoriales conçues pour prendre en compte un comportement anticoncurrentiel d'une entreprise et y remédier en dehors du périmètre de compétence d'une autorité de la concurrence – autrement dit les mesures correctives qui s'étendent à d'autres pays ou territoires ou, dans certains cas, à certaines activités où qu'elles soient exercées dans le monde – peuvent avoir des conséquences plus lourdes. Tout pays ou territoire qui impose des mesures extraterritoriales exporte par là-même ses normes juridiques et ses méthodes d'exécution, réglementant ainsi le comportement de l'entreprise visée (par exemple en lui imposant des obligations d'agir ou de ne pas agir de telle ou telle manière) à l'extérieur de ses frontières<sup>23</sup>.

25. Lorsque des mesures correctives extraterritoriales sont adoptées, c'est le pays ou territoire appliquant les normes les plus rigoureuses qui réglera au final le comportement de l'entreprise en lui imposant des mesures correctives qui peuvent avoir une incidence sur le comportement visé dans des pays ou territoires où les autorités de la concurrence jugeront pourtant celui-ci licite ou moins préjudiciable<sup>24</sup>.

26. De cette situation peuvent s'ensuivre des tensions entre les pays. D'un côté, cet état de fait peut soulever des questions tenant au respect de la souveraineté des autres pays ou au principe de courtoisie internationale ; de l'autre, il suscite le risque d'une course entre les pays, chacun souhaitant être le premier à agir afin de pouvoir exporter ses propres priorités d'exécution nationales et déterminer les mesures applicables à l'échelon international. Il fait en outre naître le risque de retombées négatives importantes sur la concurrence et le bien-être si des comportements largement jugés propices à la concurrence font l'objet d'une interdiction applicable dans le monde entier<sup>25</sup>.

27. Un grand nombre d'affaires concernant des brevets sont survenues dans des pays du monde entier. La méthode adoptée pour traiter, sous l'angle du droit de la concurrence, les affaires ayant trait à des brevets ou à des droits de propriété intellectuelle varie en général d'un pays ou territoire à l'autre<sup>26</sup>, en particulier en ce qui concerne : (i) l'étendue du droit d'exclusivité conféré au détenteur du brevet, autrement dit du droit dont il dispose d'empêcher des tiers d'utiliser son invention de quelque manière que ce soit pendant un délai convenu<sup>27</sup>, notamment en refusant tout octroi de licence ou en demandant aux autorités de prononcer une injonction en cas de violation du brevet<sup>28</sup> ; et (ii) la nature pro- ou anticoncurrentielle de pratiques telles que les licences liées et groupées, la mise en commun de licences, les concessions réciproques de licences<sup>29</sup>, les rétrocessions de licence<sup>30</sup> et la possibilité pour le détenteur d'un brevet d'opérer un *holdup* (autrement dit d'appliquer des redevances déraisonnables par rapport à la valeur ajoutée de la technologie concernée)<sup>31</sup>. Les droits de propriété intellectuelle sont un domaine dans lequel les obligations d'exécution ou à visée corrective imposées par une autorité de la concurrence peuvent avoir d'importantes répercussions dans d'autres économies. De ce fait, leur traitement a suscité un débat considérable autour de la question du champ d'application extraterritorial du droit de la concurrence de chaque pays, de la nature territoriale des brevets déposés dans tel ou tel pays et des effets qu'une

mesure corrective extraterritoriale peut avoir sur les marchés extérieurs selon l'étendue de la protection qui y est assurée aux détenteurs de brevets<sup>32</sup>.

### **Encadré 2. Mesures correctives extraterritoriales dans les affaires relatives aux droits de propriété intellectuelle**

#### **(1) Korean Fair Trade Commission : la fusion Microsoft-Nokia**

En 2013, Microsoft Corporation a annoncé son projet de rachat du fabricant de téléphones portables, de smartphones, de logiciels et de tablettes numériques Nokia Corporation's Devices and Services afin de s'implanter sur le marché des smartphones. Les autorités de la concurrence russe, indienne, israélienne et turque, ainsi que le ministère américain de la Justice et la Commission européenne ont autorisé cette fusion en 2013. La Chine et le Taipei chinois l'ont approuvée sous conditions en 2014.

La Korean Fair Trade Commission (the KFTC), quant à elle, s'est inquiétée du fait que cette opération permettrait à Microsoft de se livrer à des pratiques commerciales abusives. Elle a estimé que Microsoft, déjà détenteur d'un certain nombre de brevets pour les systèmes d'exploitation des smartphones, serait en mesure d'appliquer des redevances excessives aux fabricants de smartphones concurrentes, restreignant ainsi l'accès pourtant essentiel aux facteurs de production de ce type d'appareil. En août 2015, Microsoft a conclu un règlement amiable avec la KFTC. Dans ce cadre, le groupe : (i) s'est engagé à donner en licence à des tiers les brevets essentiels à une norme protégeant ses systèmes d'exploitation pour smartphones à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires dites « FRAND » (« *fair, reasonable and non-discriminatory* ») ; (ii) a accepté les conditions de redevance convenues pour ses brevets qui ne sont pas essentiels à une norme ; (iii) a accepté de ne pas solliciter d'injonctions à l'encontre de fabricants coréens commercialisant ou important en Corée et à l'étranger des smartphones ou des tablettes en invoquant une violation de ses brevets qui ne sont pas essentiels à une norme.

Dans cette affaire, la KFTC a évalué les pratiques de Microsoft en matière de brevets et de licences préexistant à la fusion et a restreint la capacité du groupe à fixer ses taux de redevance et à solliciter des injonctions pour des brevets délivrés à l'extérieur de la Corée. Cette décision a conduit les commentateurs à faire valoir que la limitation de l'utilisation de brevets délivrés à l'étranger permet à une autorité de la concurrence nationale de jouer le rôle d'instance de réglementation internationale en appliquant son droit de la concurrence à des droits de propriété intellectuelle accordés à l'étranger et en réglementant un comportement qui ne relève pas, en principe, de sa compétence (puisque'elle n'est pas l'autorité de la concurrence du pays ayant délivré le brevet).

#### **(2) Federal Trade Commission : Google-Motorola Mobility Inc.**

La Federal Trade Commission (FTC) américaine a reproché à Motorola Mobility, Inc. (« Motorola ») et à sa société mère, Google, d'avoir appliqué des méthodes de concurrence déloyales en manquant aux engagements qu'elles avaient pris vis-à-vis d'instances normatives internationales de donner en licence à des tiers leurs brevets essentiels à une norme à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires. La FTC a fait valoir que Google n'avait pas respecté

ses engagements puisqu'il avait sollicité une injonction à l'encontre d'entreprises disposées à prendre une licence pour ses brevets essentiels à une norme, dans le respect des conditions FRAND, et qu'il pouvait être poursuivi en vertu de la disposition relative aux « méthodes de concurrence déloyales » prévue à l'article 5 de la Loi relative à la FTC. En application d'un accord conclu avec la FTC en 2013, Google a convenu de respecter l'engagement qu'il avait pris antérieurement par lequel il s'interdisait de solliciter une injonction de cessation à l'encontre de tout preneur de licence de brevet disposé à respecter les conditions FRAND. Ses concurrents sont ainsi autorisés à utiliser, dans le respect des conditions FRAND, les brevets essentiels à une norme (BEN) concernant les technologies exclusives nécessaires à la fabrication d'appareils tels que les smartphones, les ordinateurs portables, les tablettes et les consoles de jeux. Ce règlement interdit donc à Google et Motorola de solliciter ou de faire exécuter des injonctions contre tous les preneurs des brevets BEN assujettis aux conditions FRAND qu'ils détiennent dans leur portefeuille mondial (et couvre donc les actions en revendication de tout brevet « *délivré ou en instance de délivrance aux États-Unis ou dans tout autre pays du monde* »). Le champ d'application géographique de cette décision ne couvre que les accords conclus avec les preneurs de licence disposés à respecter les conditions FRAND qui relèvent de la compétence des tribunaux de district américains.

### (3) Commission européenne : Rambus

En 2007, la Commission européenne (« la Commission ») a statué que la société Rambus avait abusé de sa position dominante sur le marché des semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM), dont elle détenait plus de 95 % de parts de marché. La Commission lui a reproché d'avoir organisé une « embuscade de brevet », en dissimulant intentionnellement l'existence de brevets ou de demandes de brevets concernant des technologies utilisées dans la norme JEDEC (une instance normative sectorielle) pour les DRAM et en réclamant ensuite des redevances potentiellement abusives pour l'utilisation de ces brevets. La Commission a estimé que la dissimulation d'informations dans le but de relever le montant de ses redevances pouvait constituer un abus de position dominante au sens de l'article 102 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne. En réponse aux griefs communiqués par la Commission, Rambus a proposé d'accorder une licence groupée à l'échelle internationale pour l'ensemble de ses brevets concernant ses produits DRAM et de plafonner pour une durée de cinq ans le taux de ses redevances pour les produits conformes aux normes JEDEC. La Commission a accepté ces engagements qui ont été rendus juridiquement contraignants en 2009. Elle a justifié l'imposition de mesures applicables à l'échelle internationale (une licence mondiale assortie de redevances dont le taux est calculé à partir du chiffre d'affaires mondial) en faisant valoir que le marché en cause était le marché mondial, même si Rambus ne détenait pas de brevets dans tous les pays du monde.

Sources: Décision rendue par la KFTC le 24 août 2015, Affaire numéro 2015Gigyeol2010 ;

Jurata, J., I. M., Owens (2015), A new trade war: Applying domestic antitrust laws to foreign patents, *George Mason Law Review*, Vol: 22:5, p.1127, [www.georgemasonlawreview.org/wp-content/uploads/22\\_5\\_Jurata.pdf](http://www.georgemasonlawreview.org/wp-content/uploads/22_5_Jurata.pdf);

Google Inc., FTC File No. 121-0120, Communiqué de la Federal Trade Commission, 3 janvier 2013,

[www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/1210120/motorola-mobility-llc-google-inc-matter](http://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/1210120/motorola-mobility-llc-google-inc-matter);

Maureen K. Ohlhausen, Présidente par intérim, Federal Trade Commission, Guidelines for Global Antitrust: The Three Cs – Cooperation, Comity, and Constraints, 21<sup>e</sup> Conférence de l'Association internationale du barreau sur la concurrence, 8 septembre 2017

[www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1252733/iba\\_keynote\\_address-international\\_guidelines\\_2017.pdf](http://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1252733/iba_keynote_address-international_guidelines_2017.pdf)

Affaire COMP/38.636 Rambus du 9 décembre 2009, JO C30/17, 2010

### 3.2. Quel est le champ d'application approprié pour les mesures correctives ?

28. Les mesures correctives servent plusieurs objectifs : elles visent à mettre fin à un comportement illicite et à empêcher sa récurrence, à dissuader les parties en cause ou d'autres à se livrer à l'avenir à ce même comportement illicite ou à un autre et à rétablir la concurrence. Lors d'un examen de ces objectifs mené préalablement, l'OCDE avait conclu que les mesures correctives doivent être (i) efficaces, c'est-à-dire qu'elles doivent permettre de remédier au préjudice qui a été mis en évidence, (ii) exécutoires, autrement dit elles doivent pouvoir être respectées et déclencher des sanctions dans le cas contraire et (iii) proportionnées, autrement dit elles doivent se limiter aux mesures les moins restrictives, c'est-à-dire ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour remédier à un comportement préjudiciable et pour rétablir des conditions concurrentielles sur le marché<sup>33</sup>.

29. Une mesure corrective extraterritoriale peut effectivement porter ses fruits si elle met fin au comportement préjudiciable, en dissuade la récurrence et remédie à ses effets sur le ou les marchés intérieurs concernés. Cela étant, son efficacité dépend au final de la capacité du ou des pays ou territoires concernés à la faire respecter dans la pratique.

30. L'applicabilité d'une mesure corrective à l'extérieur du territoire national de l'autorité de la concurrence qui l'impose est problématique. Celle-ci n'a pas toujours les moyens de s'assurer que la mesure corrective en question est exécutée à l'étranger ou d'agir en cas de non-exécution ou d'exécution partielle par un non-ressortissant se trouvant dans un autre pays.

31. Cette difficulté est la même qu'il s'agisse de mesures correctives structurelles ou comportementales. Il est difficile de faire respecter des mesures correctives structurelles si elles concernent des actifs situés à l'extérieur du territoire national, de même qu'il peut y avoir des limites dans un autre pays à l'application de mesures d'exécution ayant des effets coercitifs. Le respect des mesures correctives comportementales transnationales dans un autre pays doit faire l'objet d'un suivi permanent et peut nécessiter de recueillir des informations et de demander de l'aide auprès du pays où l'entreprise mise en cause doit donner suite à l'engagement comportemental qu'elle a pris. Ce pays peut toutefois ne pas être disposé à contrôler si la mesure comportementale est respectée dans la mesure où il n'a pas imposé cette mesure et n'a aucune obligation de suivi en vertu de son droit interne<sup>34</sup>.

32. La proportionnalité d'une mesure corrective signifie que son champ d'application, sa forme et son intensité doivent correspondre à la gravité de l'infraction et du préjudice concurrentiel identifié. La mesure corrective doit être adaptée et donc pouvoir remédier au préjudice occasionné. Si plusieurs mesures correctives adaptées sont applicables avec la même efficacité, la plus appropriée est celle qui est la moins restrictive pour les participants au marché<sup>35</sup>. Des mesures correctives proportionnées ne visent pas à

introduire plus de concurrence sur le marché en cause qu'il n'y en aurait eu si l'infraction n'avait pas été commise. En même temps, les mesures correctives doivent être suffisamment cohérentes d'une affaire à l'autre, afin d'assurer une certaine prévisibilité aux entreprises et de les prémunir de tout risque d'arbitraire<sup>36</sup>

33. Le critère de proportionnalité exige qu'existe un lien entre l'effet préjudiciable du comportement dans le pays, la mesure corrective et le territoire sur lequel celle-ci est applicable ; autrement dit, les mesures correctives doivent se limiter au périmètre (territorial) requis pour que leur efficacité soit assurée. Dans le cas de mesures correctives extraterritoriales, ce lien est généralement plus lâche. Une mesure corrective adoptée par une autorité de la concurrence appliquée uniformément dans plusieurs pays peut entraîner un amoindrissement du bien-être faute de tenir compte comme il le faut de la diversité des conditions de concurrence – et, partant, faute de prendre en considération la diversité des effets d'un comportement ou d'une mesure corrective – sur les différents marchés<sup>37</sup>.

34. Dans un souci de proportionnalité, une approche pays par pays, tenant compte des effets sur la concurrence dans chaque pays concerné, peut être préférable. Dans cette logique, les autorités de la concurrence peuvent envisager de limiter à leur marché intérieur les mesures correctives qu'elles imposent afin d'éviter toute ingérence de leur part sur les marchés étrangers, en supposant que les intérêts nationaux sont ainsi protégés comme il convient. On notera que les autorités de la concurrence qui ont imposé des mesures correctives extraterritoriales ou applicables dans le monde entier ont indiqué qu'elles n'ont pas eu d'autre choix pour mettre fin à un préjudice sur leur territoire national. Selon elle, les modèles économiques et les activités des entreprises sont tellement interdépendants (ce qui occasionne des effets anticoncurrentiels à l'échelle mondiale) que seules des mesures correctives ayant des effets extraterritoriaux ou internationaux sont efficaces<sup>38</sup>.

35. Dès lors, la difficulté tenant à l'application de mesures correctives contre un comportement dont les effets se font sentir à l'échelle mondiale peut être énoncée de la manière suivante. D'une part, il est possible, dans certaines circonstances, de mettre fin à un préjudice en imposant des mesures correctives ayant une incidence sur le comportement à l'extérieur du territoire national. D'autre part, dans les mêmes circonstances, la seule autre solution qui serait applicable serait que chaque pays concerné adopte des mesures correctives distinctes (dont certaines pourraient tout de même avoir une portée extraterritoriale, si cette extraterritorialité est indispensable pour remédier à un préjudice sur un marché intérieur et s'il n'existe, à l'échelon national aucune mesure corrective adaptée). Cette solution suppose également qu'il soit possible de dissocier les mesures correctives pays par pays, que les autorités de la concurrence concernées coopèrent ensemble dans un souci de cohérence des mesures correctives qu'elles imposent chacune, et que les éléments factuels et les différents stades des enquêtes menées dans le cadre des affaires permettent d'élaborer et d'appliquer parallèlement des mesures correctives dans chaque pays concerné.

36. L'application de différentes mesures correctives (pays par pays), que ce soit dans les affaires de fusion ou de comportement préjudiciable, peut entraîner une hausse des coûts encourus par les entreprises si l'articulation de ces mesures n'est pas appropriée. Cela étant, l'application de mesures correctives extraterritoriales incohérentes peut entraîner des coûts analogues tout imposant un risque supplémentaire aux entreprises. En effet, une mesure corrective peut être licite dans le pays ou territoire qui l'impose mais illicite dans un autre, plaçant de ce fait les entreprises dans une situation intenable<sup>39</sup>. Le cas échéant, les mesures correctives sont un obstacle à la certitude économique,

peuvent occasionner une baisse des investissements et un repli de l'innovation, et avoir pour effet de paralyser les activités légitimes exercées par les entreprises<sup>40</sup>. Les autorités de la concurrence concernées doivent donc discuter entre elles des mesures correctives qui risquent d'avoir des conséquences licites et illicites selon les parties et coordonner leur action à cet égard, faute de quoi les parties en cause n'auront d'autre choix, dans certains pays, que de ne pas appliquer ces mesures ou d'agir en infraction à la loi.

37. En d'autres termes, l'adoption de mesures correctives efficaces dépend de l'adoption de procédures appropriées de courtoisie internationale et de coopération par les autorités de la concurrence dans les pays du monde entier. Ce point fait l'objet d'une analyse détaillée dans la section qui suit.

## 4. Mettre un terme à la portée extraterritoriale excessive des mesures correctives lors de leur conception

### 4.1. Le rôle de la courtoisie internationale

38. Lorsque l'autorité de la concurrence d'un pays a compétence sur un comportement qui a des effets substantiels sur le territoire national, des considérations relatives à la courtoisie internationale peuvent néanmoins restreindre l'exercice de cette compétence. Conformément au principe de courtoisie internationale, tout pays doit prendre en compte, dans l'application de sa législation, les intérêts importants des autres pays, escomptant un traitement similaire en retour<sup>41</sup>. En vertu de la courtoisie internationale classique, dite aussi courtoisie négative, le droit interne et les mesures d'application d'un pays ne doivent pas porter atteinte aux intérêts importants des autres pays. Ce principe peut conduire un pays à ne pas engager de procédure d'exécution afin de ne pas entrer en conflit avec les priorités d'un autre pays<sup>42</sup>. La courtoisie active suppose qu'un pays demande à un autre pays d'engager une procédure d'application afin de mettre un terme à un comportement présumé préjudiciable qui a une incidence substantielle et négatif sur les intérêts du pays demandeur<sup>43</sup>.

39. Aux États-Unis, dans l'affaire *Timberlane* jugée en 1978<sup>44</sup>, le tribunal d'appel du neuvième circuit a établi le principe de la courtoisie internationale dans l'arrêt qu'il a rendu. Selon cet arrêt, les tribunaux américains peuvent refuser d'appliquer le Sherman Act sauf si « *les intérêts des États-Unis et les liens vers les États-Unis – y compris l'ampleur des effets sur le commerce extérieur américain – sont suffisamment importants, par rapport à ceux d'autres pays, pour justifier l'affirmation d'une autorité extraterritoriale* ».

40. Dans le passé, ce principe a été principalement analysé et mis en œuvre dans le domaine de la coopération entre les autorités de la concurrence dans des affaires de fusion transnationale en vue d'assurer que les mesures de lutte contre les ententes internationales sont appliquées de manière à concilier entre elles les disparités de l'action publique et de l'application du droit dans les différents pays concernés. Pour autant, le principe de courtoisie internationale peut aussi jouer un rôle déterminant lorsque les lois relatives aux abus de position dominante divergent selon les pays. Dans ce cas, les mesures d'exécution extraterritoriales peuvent être en contradiction avec le droit et les priorités d'action publique de pays étrangers.

41. Selon les Lignes directrices de la FTC et du ministère de la Justice américain relatives à l'application internationale du droit de la concurrence et à la coopération

internationale dans ce domaine, publiées en 2017 (*Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation*), « lorsque plusieurs autorités de la concurrence mènent une enquête sur la même opération ou le même comportement, les autorités de la concurrence peuvent coopérer avec d'autres autorités, dans la mesure où la législation américaine les y autorise, afin de favoriser l'obtention de mesures correctives efficaces et cohérentes. Une autorité de la concurrence ne peut demander une mesure corrective concernant un comportement ou des actifs situés à l'extérieur du territoire des États-Unis que dans la mesure où la prise en compte de ce comportement ou de ces actifs est indispensable pour faire cesser efficacement le préjudice ou la menace de préjudice au commerce et aux consommateurs américains et où cela est compatible avec le résultat de l'analyse du principe de courtoisie internationale réalisé par l'autorité en question. » Cette déclaration rend compte du fait qu'il existe une présomption à l'encontre des mesures correctives extraterritoriales (dans les affaires de fusion ou relatives à un comportement préjudiciable), et que l'application de celles-ci doit être subordonnée au respect du principe de courtoisie internationale.

42. La courtoisie internationale suppose qu'une autorité de la concurrence peut envisager et décider, à sa discrétion, de ne pas se saisir d'une affaire et imposer des mesures correctives lorsqu'elle conclut que ses intérêts sont protégés par les mesures prises par un autre pays ou territoire. Cela étant, toute autorité peut intervenir et, si nécessaire, imposer des mesures correctives extraterritoriales si elle estime que ces mesures sont le seul moyen de prévenir ou de remédier à un préjudice occasionné sur son territoire national.

43. En ce qui concerne les questions de droits de la concurrence se rapportant aux DPI, le principe de courtoisie internationale est d'autant plus important que l'approche adoptée en la matière varie, comme on l'a vu, d'un pays ou territoire à l'autre<sup>45</sup>. La courtoisie et la coopération internationales sont particulièrement nécessaires dès lors qu'une mesure corrective a un impact sur l'applicabilité d'un brevet délivré par un pays et régi par son droit interne.

44. L'injonction prononcée par la Korean Fair Trade Commission (KFTC) dans l'affaire Qualcomm en 2016 illustre bien de quelle manière une injonction d'une autorité de la concurrence peut susciter une controverse au sujet de la conception même du principe de courtoisie internationale.



### Encadré 3. Décision rendue par la KFTC dans l'affaire Qualcomm en 2016

En 2016, la KFTC a imposé des sanctions à la société Qualcomm pour utilisation abusive de ses normes essentielles à un brevet (BEN) dans le domaine de la téléphonie mobile en l'enjoignant de négocier des accords de licence avec des preneurs de licence Qualcomm disposés à respecter des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (FRAND) et de s'acquitter d'une amende. L'injonction émise par la KFTC s'applique au portefeuille mondial de brevets de Qualcomm, déposés en Corée ou dans d'autres pays, et couvre l'ensemble des preneurs de licence disposés à accepter les conditions FRAND.

La KFTC a statué que, malgré les demandes de fabricants concurrents de cartes modem, Qualcomm a refusé de donner en licence ou a restreint l'accès à ses licence de ses BEN pour télécommunications mobiles, or ces licences sont essentielles pour fabriquer et commercialiser ces cartes modem. La KFTC a également reproché à Qualcomm d'avoir exploité son pouvoir de marché et exercé un coercition à l'égard des fabricants de combinés téléphoniques portables pour les pousser à conclure des accords de licence inéquitables, en ne leur proposant qu'une seule licence globale de portefeuille de brevets (BEN et non BEN) et en leur imposant unilatéralement des conditions de licence sans procéder à une évaluation raisonnable de la valeur de la technologie. Selon la KFTC, la société Qualcomm a en outre contraint les fabricants de combinés portables à lui donner gratuitement en licence leurs propres brevets (dans le cadre d'accords de concession réciproque de licences).

Qualcomm a expliqué que, si l'injonction corrective s'appliquait à des territoires étrangers et à des brevets déposés dans des pays étrangers, cette mesure porterait atteinte à la souveraineté de ces autres territoires. De ce fait, selon le principe de la courtoisie internationale, la KFTC devait limiter l'application de l'injonction aux licences cédées en Corée et aux brevets déposés dans ce pays.

La KFTC a soutenu, au contraire, que le comportement de Qualcomm concernait des entreprises et des brevets dans le monde entier et que, dans ces circonstances, pour que son intervention soit à la hauteur de la gravité de l'infraction, il fallait, pour garantir l'efficacité de l'injonction et réussir à mettre fin aux effets anticoncurrentiels, que le champ d'application de son injonction s'étende au-delà du territoire coréen et des brevets déposés en Corée. Elle a fait valoir que le modèle économique et les activités de Qualcomm étaient tellement imbriqués à l'échelle mondiale que les effets de son comportements illicite l'étaient tout autant au-delà du territoire de la Corée. Elle a donc conclu que, *« étant donné qu'il est difficile et inefficace de différencier le marché coréen des marchés étrangers aux fins de l'application de l'injonction corrective imposant à Qualcomm de mettre fin aux effets anticoncurrentiels de son comportement, il est raisonnable de ne pas limiter l'injonction corrective et son champ d'application au seul territoire coréen et aux brevets déposés en Corée pour obtenir l'effet visé de mettre effectivement un terme aux effets anticoncurrentiels sur le marché coréen. »*

La KFTC a statué que les considérations relatives à la courtoisie internationale n'avaient pas lieu d'être puisqu'aucune procédure d'application du droit n'avait été engagée par un pays étranger et qu'elle estimait donc qu'aucune préoccupation liée à la courtoisie internationale ne exprimerait sauf si des procédures d'application et des décisions parallèle étaient engagées ou rendues par un ou plusieurs pays étrangers pour ce même comportement.

Afin de prévenir tout conflit avec d'éventuelles actions d'application futures dans d'autres pays, la KFTC a ajouté dans son injonction une disposition autorisant Qualcomm à lui demander de réexaminer et de réviser son injonction si un arrêt, une mesure ou une injonction contraignants étaient prononcés, sans possibilité de recours, par un tribunal ou une autorité de la concurrence d'un pays étranger ou était en contradiction avec l'injonction de la KFTC, d'où il s'ensuivrait que, le cas échéant, Qualcomm serait dans l'impossibilité de se conformer simultanément aux deux injonctions prononcées à son encontre.

Les commentateurs ont indiqué que l'imposition par la KFTC de restrictions applicables dans le monde entier à la mise en œuvre de son portefeuille de brevets était contraire aux principes élémentaires de courtoisie. En effet, en vertu de ces principes, il ne convient pas seulement de tenir compte de l'existence d'autres procédures d'application en cours ou de conflits directs concernant les mesures correctives, mais il en va du respect général des systèmes et des priorités juridiques des autres pays, qui sont très dissemblables lorsque des droits de propriétés intellectuels sont en jeu.

*Sources* : Décision de la KFTC du 20 janvier 2017 (Qualcomm), Affaire n° 2015Sigam2118, traduite en anglais par l'American Consumer Institute Center for Citizen Research, [www.theamericanconsumer.org/wp-content/uploads/2017/03/2017-01-20\\_KFTC-Decision\\_2017-0-25.pdf](http://www.theamericanconsumer.org/wp-content/uploads/2017/03/2017-01-20_KFTC-Decision_2017-0-25.pdf);

Ginsburg D. et J. Taladay (2017), « The Enduring Vitality of Comity in a Globalized World », GEO. MASON L. REV. (à paraître 2017).

## 4.2. Coopération internationale lors de la conception des mesures correctives

45. Dans les affaires relatives à un comportement international susceptible d'avoir des effets préjudiciables dans plusieurs pays ou territoires, la bonne pratique en matière de conduite des enquêtes et d'imposition de mesures correctives suppose que les autorités de la concurrence coopèrent durablement les unes avec les autres dès les tous premiers stades.

46. Plus précisément, lorsqu'une autorité de la concurrence estime que les mesures correctives qu'elle a prises au niveau national ne suffisent pas à remédier au préjudice concurrentiel et prévoit d'imposer des mesures correctives ayant une portée extraterritoriale, il est essentiel qu'elle agisse de concert avec ses homologues des autres pays concernés pour s'attaquer aux problèmes communs et réduire le risque de décisions antagonistes si des procédures parallèles sont en cours dans les pays en question. Si cela est possible étant donné les éléments factuels de l'affaire, les autorités doivent envisager d'élaborer ensemble soit une mesure corrective applicable dans le monde entier soit une mesure corrective propre à dissiper les préoccupations de tous les pays concernés, soit encore un ensemble de mesures correctives distinctes selon les pays, chacune d'elles visant à remédier aux effets préjudiciables sur chaque marché intérieur et à proportion du préjudice subi dans chaque pays. Comme on l'a vu, certaines mesures correctives doivent quoiqu'il en soit avoir une portée extraterritoriale, si cela est nécessaire pour remédier à un préjudice occasionné sur un marché intérieur et qu'il n'existe aucune mesure corrective adaptée dans le pays concerné.

47. La conception de mesures correctives conjointes ou concertées ou la décision de prendre de telles mesures peuvent être facilitées dans les affaires de fusion dans lesquelles les parties et les autorités de contrôle coopèrent souvent ensemble pour régler les problèmes de concurrence associés à l'opération. Lors de l'examen des fusions,

les parties à la fusion accordent généralement des dispenses de confidentialité qui permettent aux autorités de la concurrence des différents pays ou territoires concernés de coopérer efficacement entre elles et sont fortement incitées à proposer un ensemble coordonné de mesures correctives et de conclure un accord avec toutes les autorités de la concurrence concernées, ce qui leur permet de finaliser l'opération. Dans les affaires de fusion, le champ d'application territorial des mesures correctives applicables est convenu entre les parties à la fusion et les autorités de contrôle, même si dans certains pays (comme en Espagne<sup>46</sup>), l'autorité de la concurrence peut imposer des mesures correctives que les parties n'ont pas elles-mêmes proposées. Dans ces affaires, la coopération entre les autorités de la concurrence résulte donc généralement des mesures correctives proposées par les parties à la fusion.

48. Il n'en va pas toujours ainsi en ce qui concerne les enquêtes portant sur des abus présumés de position dominante dans lesquels les participants au marché mis en cause ne sont pas autant incités à coopérer avec les autorités de la concurrence, ne sont pas toujours disposés à accorder les dispenses de confidentialité qui pourraient faciliter la coopération transnationale et s'abstiennent, dans certains cas, de proposer des engagements qui permettraient de clore rapidement l'affaire par voie de négociation dans tous les pays concernés. Dans les affaires d'abus de position dominante, la coopération entre autorités de la concurrence peut être de plus entravée par l'absence de critères communs d'évaluation du comportement unilatéral.

49. L'existence d'accords de coopération internationale d'application du droit est un aspect important à prendre en compte s'agissant de la coopération entre les autorités de la concurrence. Ces accords ont pour objet d'élargir le périmètre de cette coopération et de l'intensifier, notamment pour concevoir, mettre en œuvre et faire respecter des mesures correctives qui concilient les priorités d'action publique et d'application du droit des différents pays concernées. Il s'agit généralement d'accords bilatéraux conclus entre : (i) deux pays (accords interétatiques)<sup>47</sup>, ou (ii) deux autorités de la concurrence (accords interinstitutionnels)<sup>48</sup>. Les accords interinstitutionnels – plus souples, plus maniables et plus pratiques que les accords interétatiques – sont de plus en plus plébiscités.

50. La coopération internationale en matière d'application du droit de la concurrence s'exerce également à l'échelon régional et peut, le cas échéant, contribuer tout autant à la coordination des mesures correctives imposées à l'encontre d'un même comportement<sup>49</sup>. Ainsi, les pays de l'UE et la Commission européenne coopèrent ensemble par l'entremise du Réseau européen de la concurrence (REC), qui leur permet d'homogénéiser leurs actions d'application et d'adopter des mesures coordonnées en cas d'infractions transnationales. Le REC repose sur un système de compétences parallèles et établit des règles flexibles de mutualisation des travaux afin de laisser à l'autorité la mieux placée prendre en charge l'affaire. Il s'agit le plus souvent de celle du pays le plus concerné, si l'autorité en question est en mesure de mettre un terme à l'infraction dans sa globalité. Les interventions parallèles de plusieurs autorités de la concurrence peuvent être appropriées lorsqu'un accord ou un comportement anticoncurrentiel ont des effets substantiels sur la concurrence de leur pays respectif et que l'action d'une seule d'entre elles ne suffirait pas à mettre fin à l'infraction dans son ensemble et/ou à en sanctionner les auteurs comme il convient. Si de tels accords ou pratiques ont des effets préjudiciables à la concurrence dans plus de trois pays de l'UE, la Commission est alors la mieux placée pour se saisir de l'affaire<sup>50</sup>. Les mesures correctives visant un même comportement peuvent être examinées et coordonnées par le biais du REC.

51. Outre la coopération, la convergence des législations et des politiques publiques est importante puisqu'elle est le gage de la cohérence des approches adoptées dans les affaires transnationales et des mesures correctives. Des organisations comme l'OCDE et des réseaux comme le Réseau international de la concurrence (RIC) ont largement contribué à instaurer un consensus, à promouvoir la convergence des différents droits de la concurrence nationaux et à aboutir à des résultats cohérents dans le domaine de l'application de la loi. Les travaux de l'OCDE consacrés à la coopération internationale (rapports, avis d'experts, discussions entre les autorités de la concurrence dans le cadre de tables rondes, élaboration des meilleures pratiques de coopération sans oublier la Recommandation de 2014 concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence) ont joué un rôle majeur à cet égard.

52. Enfin, la conception de mesures correctives appropriées et efficaces applicables aux comportements de non-ressortissants ayant des effets transnationaux présuppose une harmonisation des règles de fond et un renforcement de la coopération entre les autorités de la concurrence. Étant donné l'amplification du commerce international et de l'intégration économique au cours des dernières décennies, les autorités de la concurrence et les tribunaux doivent impérativement tenir compte du principe de courtoisie internationale et, simultanément, élaborer et perfectionner les mécanismes propices à une réelle coopération internationale dans un monde où prévaut la souveraineté des États.

## Notes

<sup>1</sup> OCDE (2015), Table ronde sur les ententes concernant les biens intermédiaires, [www.oecd.org/daf/competition/cartels-involving-intermediate-goods.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/cartels-involving-intermediate-goods.htm)

<sup>2</sup> OCDE (2012), Forum mondial sur la concurrence, Table ronde sur le renforcement de la coopération internationale dans le cadre des enquêtes portant sur des ententes, [www.oecd.org/daf/competition/ImprovingInternationalCooperationInCartelInvestigations2012.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/ImprovingInternationalCooperationInCartelInvestigations2012.pdf)

<sup>3</sup> Pour un examen des sanctions imposées dans les affaires de concurrence, voir OCDE (2016), Forum mondial sur la concurrence, Sanctions dans les affaires relevant du droit de la concurrence, <http://www.oecd.org/fr/concurrence/forum-mondial/competition-and-sanctions-in-antitrust-cases.htm>

<sup>4</sup> Tables rondes de l'OCDE sur les fusions, <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/>

<sup>5</sup> OCDE (2016), Table ronde sur les décisions d'engagement dans les affaires relevant du droit de la concurrence, <http://www.oecd.org/fr/concurrence/commitment-decisions-in-antitrust-cases.htm>

<sup>6</sup> Maher M. Dabbah (2010), *The Unilateral Option: Extraterritorial Assertion of Jurisdiction, International And Comparative Competition Law*, Cambridge University press, p. 420

<sup>7</sup> Richard Whish, David Bailey (2015), « The international dimension of competition law » dans *Competition Law* (8th édition), Oxford University Press, paragraphe 12.04

<sup>8</sup> OCDE (2015), Table ronde sur les ententes concernant les biens intermédiaires, Note de référence, [www.oecd.org/daf/competition/cartels-involving-intermediate-goods.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/cartels-involving-intermediate-goods.htm)

<sup>9</sup> *United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa)*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945)

<sup>10</sup> Popofsky, M.S., *Extraterritoriality in U.S. Jurisprudence*, dans *3 Issues in Competition Law And Policy 2417* (ABA Section of Antitrust Law 2008), ci-après 'Popofsky (2008) p. 2422.

<sup>11</sup> En réaction à la portée jugée excessive du droit de la concurrence américain et des procédures civiles américaines, de nombreux pays ont adopté des clauses de blocage et de restitution. Voir Fugate, W. L. *Foreign Commerce and the Antitrust Laws* (5<sup>e</sup> édition), Éditions Aspen (1996), p. 279ff; Born, G.B. *International Civil Litigation in United States Courts*, Kluwer Law International (1996), p. 587ff; Popofsky (2008), p. 2423 et arrêts qui y sont mentionnés

<sup>12</sup> *Hartford Fire Ins. v. California* (91-1111), 509 U.S. 764 (1993)

<sup>13</sup> OCDE (2015), Table ronde sur les ententes concernant les biens intermédiaires, <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels-involving-intermediate-goods.htm>

<sup>14</sup> Affaires jointes 89/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö et autres contre Commission des Communautés européennes* [1988] ECR 5193 (*Pâte de bois*).

<sup>15</sup> Affaire T-102/96 *Gencor Ltd contre Commission des Communautés européennes*

<sup>16</sup> OCDE (2016), Note de référence du Secrétariat pour la table ronde sur les décisions des autorités de la concurrence dans les affaires de fusion, <http://www.oecd.org/fr/concurrence/agency-decision-making-in-merger-cases.htm>

<sup>17</sup> US Federal Trade Commission, *Monopolization Defined*, <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-conduct/monopolization-defined>

<sup>18</sup> Exxon Corp. v. Berwick Bay Real Estates Partners, 748 F.2d 937, 940 (5th Cir. 1984) ; Colo. Interstate Gas Co. v. Natural Gas Pipeline Co. of Am., 885 F.2d 683, 694 n.18 (10th Cir. 1989) ; United States v. Dentsply Int'l, Inc., 399 F.3d 181, 187 (3d Cir. 2005)

<sup>19</sup> « Un seuil inférieur à 40 % de parts de marché permet d'écarter la qualification de position dominante : [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures\\_102\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html)

<sup>20</sup> Affaire 27/76 United Brands Co contre Commission des Communautés européennes [1978] ECR 207

<sup>21</sup> La Cour suprême, a statué, dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2004 dans l'affaire Trinko, que « la simple détention d'un pouvoir de monopole, avec pour corollaire la capacité de fixer des prix de monopole, n'a pas pour seule caractéristique d'être illicite, elle constitue une composante importante du système de libre marché. La possibilité d'imposer des prix de monopole – du moins pendant une courte période – attire en premier lieu les entrepreneurs qui ont le sens des affaires. Cette possibilité stimule la prise de risque, source d'innovation et de croissance économique. » Verizon Comm'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 407 (2004). Voir aussi la contribution des États-Unis à la table ronde de l'OCDE sur les prix excessifs, OCDE (2011), Table ronde de l'OCDE sur les prix excessifs, <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49604207.pdf>

<sup>22</sup> Katri Paas-Mohando, Extraterritorial Merger Control Enforcement in Small Economies— Challenges and Possibilities JURIDICA INTERNATIONAL 21/2014, <http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.12>

<sup>23</sup> Douglas H. Ginsburg et John M. Taladay, The Enduring Vitality of Comity in a Globalized World, GEO. MASON L. REV. (à paraître 2017).

<sup>24</sup> Cooperation, Comity, and Competition Policy, Andrew T. Guzman (rédacteur), Oxford University Press, 2010, chapitre 17

<sup>25</sup> Koren Wong-Ervin, Bruce H. Kobayashi, Douglas H. Ginsburg et Joshua D. Wright, Extra-jurisdictional remedies involving patent licensing, Competition Policy International, décembre 2016

<sup>26</sup> Le Bureau de la concurrence du Canada, Lignes directrices sur la propriété intellectuelle <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04031.html>. Chinese Antimonopoly and Anti-unfair Competition Enforcement Bureau of State Administration for Industry & Commerce, Antitrust Guideline on Intellectual Property Rights Abuses 16, [www.saic.gov.cn/fldyfbzdjz/gzdt/201601/W020160108580399473419.pdf](http://www.saic.gov.cn/fldyfbzdjz/gzdt/201601/W020160108580399473419.pdf). Japan Fair Trade Commission, Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act, [www.jftc.go.jp/en/legislation\\_gls/imonopoly\\_guidelines.files/IPGL\\_Frand.pdf](http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines.files/IPGL_Frand.pdf). Korea, Getting The Deal Through 2017, Intellectual Property & Antitrust, <https://gettingthedealthrough.com/area/17/jurisdiction/35/intellectual-property-antitrust-korea/>

<sup>27</sup> « Un brevet est un droit accordé par un État à un inventeur en contrepartie de la publication de son invention. Il confère à l'inventeur le droit d'empêcher des tiers d'utiliser son invention de quelque manière que ce soit, pendant un délai convenu » : <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=2023>.

<sup>28</sup> Le Procureur général adjoint, M. Makan Delrahim, a prononcé une allocution lors de la conférence du Center for Transnational Law and Business de l'USC Gould School of Law's Conference, à Los Angeles, le 10 novembre 2017 « Les droits attachés à un brevet sont conférés par la loi et garantis par la Constitution des États-Unis. L'exercice de droits de brevet valides ne saurait constituer une infraction du droit de la concurrence. **Le détenteur d'un brevet ne peut agir en infraction au droit de la concurrence, lorsqu'il sollicite une injonction ou refuse de céder une licence, lorsqu'il exerce dûment les droits que son brevet lui confère. .... En vertu du**

*droit de la concurrence, je soutiens humblement que le refus de donner en licence un brevet valide doit être licite en soi. ... En vertu du régime juridique en vigueur, **il n'appartient nullement au droit de la concurrence d'arbitrer pour déterminer quel comportement unilatéral des détenteurs de brevets est ou non raisonnable** dans ce contexte.* » (pas de caractères gras dans l'original), <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-usc-gould-school-laws-center>

<sup>29</sup> Un accord de concession réciproque de licence donne à chacune des deux parties le droit d'exploiter les brevets de l'autre. Les accords de ce type peuvent aussi inclure des droits portant sur des brevets en instance. OCDE (2009), Résumé de la table ronde sur la concurrence, les brevets et l'innovation II [www.oecd.org/daf/competition/45019987.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/45019987.pdf)

<sup>30</sup> Une rétrocession de licence est une « *disposition figurant dans un contrat de licence en vertu de laquelle le preneur de licence est tenu de rétrocéder au donneur de licence toutes les améliorations qu'il met au point, ainsi généralement que le droit de les sous-licencier. Ces clauses sont courantes lorsque le donneur de licence souhaite préserver une norme. Elles peuvent susciter des problèmes du point de vue du droit de la concurrence, en particulier si elles imposent au preneur de licence d'accorder au donneur de licence une licence exclusive pour les améliorations apportées.* » : [www.ipglossary.com/glossary/grant-back-clause/#.WgwyRk2Wxjo](http://www.ipglossary.com/glossary/grant-back-clause/#.WgwyRk2Wxjo)

<sup>31</sup> Un *holdup* de brevets peut se produire une fois qu'un brevet a été incorporé dans une norme et a été déclaré essentiel à une norme. Le détenteur du brevet « *en l'absence de bien de substitution commercialisé par la concurrence, peut revoir à la hausse ses redevances ou d'autres conditions figurant dans le contrat de licence* » : Ministère américain de la Justice et Federal Trade Commission (2007), 'Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition', <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/07/11/222655.pdf>. Pour un examen général de la question de la propriété intellectuelle et de l'élaboration des normes, OCDE (2014), Audition sur la propriété intellectuelle et l'élaboration des normes, <http://www.oecd.org/competition/competition-intellectual-property-standard-setting.htm>

<sup>32</sup> Koren Wong-Ervin, Bruce H. Kobayashi, Douglas H. Ginsburg et Joshua D. Wright, Extra-jurisdictional remedies involving patent licensing, Competition Policy International, décembre 2016

<sup>33</sup> OCDE (2006), Table ronde sur les mesures correctives et les sanctions dans les affaires de position dominante, [www.oecd.org/daf/competition/abuse/38623413.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/38623413.pdf)

<sup>34</sup> OCDE (2013), Table ronde sur les mesures correctives dans les affaires de fusions internationales, [http://www.oecd.org/daf/competition/Remedies\\_Merger\\_Cases\\_2013.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/Remedies_Merger_Cases_2013.pdf)

<sup>35</sup> E. Thomas Sullivan, Antitrust Remedies in the U.S. and EU: Advancing a Standard of Proportionality, 48 Antitrust Bulletin 377, 414 (2003).

<sup>36</sup> OCDE (2006), Table ronde sur les mesures correctives et les sanctions dans les affaires de position dominante, <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/38623413.pdf>

<sup>37</sup> Koren Wong-Ervin, Bruce H. Kobayashi, Douglas H. Ginsburg et Joshua D. Wright, Extra-jurisdictional remedies involving patent licensing, Competition Policy International, décembre 2016

<sup>38</sup> Affaire COMP/38.636 Rambus du 9 décembre 2009, JO C30/17, 2010

<sup>39</sup> Andrew T Guzman, The case for international antitrust, dans : Competition laws in conflict – Antitrust jurisdiction in the global economy, éditeurs Richard A. Epstein et Michael S. Greve, the AEI Press, 2004



<sup>40</sup> Douglas H. Ginsburg et John M. Taladay, *The Enduring Vitality of Comity in a Globalized World*, GEO. MASON L. REV. (à paraître en 2017)

<sup>41</sup> Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence, <https://www.oecd.org/daf/competition/2014rec-coop-internat-concurrence.pdf>

<sup>42</sup> OECD inventory of international co-operation agreements on competition, Provisions on Negative Comity, [www.oecd.org/daf/competition/competition-inventory-provisions-negative-comity.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/competition-inventory-provisions-negative-comity.pdf)

<sup>43</sup> OECD inventory of international co-operation agreements on competition, Provisions on Positive Comity, [www.oecd.org/daf/competition/competition-inventory-provisions-positive-comity.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/competition-inventory-provisions-positive-comity.pdf)

<sup>44</sup> *Timberlane Lumber Co. v. Bank of Am.*, 549 F.2d 597, 613 (9<sup>e</sup> Cir. 1976)

<sup>45</sup> Koren Wong-Ervin, Bruce H. Kobayashi, Douglas H. Ginsburg et Joshua D. Wright, *Extra-jurisdictional remedies involving patent licensing*, Competition Policy International, décembre 2016

<sup>46</sup> OCDE (2016), *Summary of Discussion of the Roundtable on Agency decision-making in merger cases*, [www.oecd.org/competition/agency-decision-making-in-merger-cases.htm](http://www.oecd.org/competition/agency-decision-making-in-merger-cases.htm)

<sup>47</sup> OECD Inventory Of International Co-Operation Agreements On Competition (between governments), [www.oecd.org/daf/competition/inventory-competition-agreements.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/inventory-competition-agreements.htm)

<sup>48</sup> OECD Inventory Of International Co-Operation Agreements Between Competition Agencies (MoUs), [www.oecd.org/competition/inventory-competition-agency-mous.htm](http://www.oecd.org/competition/inventory-competition-agency-mous.htm)

<sup>49</sup> 46 des 55 entités ayant répondu à l'enquête de l'OCDE et du RIC sur la coopération internationale en matière d'application du droit de la concurrence espèrent une plus grande coopération internationale en matière d'application de la loi à l'avenir, notamment au niveau régional (y compris en matière de coordination des mesures correctives) : OCDE (2013), *Rapport du Secrétariat sur l'enquête de l'OCDE et du RIC consacrée à la coopération internationale en matière d'application du droit de la concurrence*, <https://www.oecd.org/daf/competition/Coop%C3%A9rationinternationale2013.pdf>.

<sup>50</sup> Règlement du Conseil 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101] et [102] du traité (Journal officiel L 1, 04.01.2003, pp.1-25) ; Communication de la Commission relative à la coopération au sein du Réseau des autorités de concurrence (Journal officiel C 101, 27.04, 2004, pp.43-53)



## Références

- Alford R. (1992), « The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: The United States and European Community Approaches », Notre Dame Law School Scholarly Works. Paper 410, [http://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/410/](http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/410/)
- Beckler R. et M. Kirtland (2003), « Extraterritorial Application of U.S Antitrust Law: What is a Direct, Substantial, and Reasonably Foreseeable Effect, Under the Foreign Trade Antitrust Improvements Act? », Texas International Law Journal, Vol. 38, pp. 11-26
- Behrens P. (2016), The extraterritorial reach of EU competition law revisited: The « effects doctrine » before the ECJ, Discussion Paper, Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, No. 3/16, [www.econstor.eu/bitstream/10419/148068/1/87238506X.pdf](http://www.econstor.eu/bitstream/10419/148068/1/87238506X.pdf).
- Born G.B. (1996), International civil litigation in United States courts, Kluwer Law International, the Netherlands
- Bureau de la concurrence du Canada (2016), Lignes directrices – Propriété intellectuelle <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04031.html>
- Burnett S. (2004), « U.S Judicial Imperialism Post Empagran V. F. Hoffman – Laroche? Conflicts Of Jurisdiction and International Comity in Extraterritorial Antitrust », Emory International Law Review, Fall 2014, pp. 555 – 643
- Chinese Antimonopoly and Anti-unfair Competition Enforcement Bureau of State Administration for Industry & Commerce, Antitrust Guideline on Intellectual Property Rights Abuses 16
- Communication de la Commission relative à la coopération au sein du Réseau des autorités de concurrence, Journal officiel C 101, 27.04, 2004, p.43-53
- Dabbah, M. (2010), International and Comparative Competition Law, Cambridge University press, Cambridge
- Dodge W. (2016), « The Presumption against Extraterritoriality in Two Steps », AJIL Unbound, 110, pp. 45-50
- Federal Trade Commission (n.d), « Guide to Antitrust Laws – Monopolization defined », page web <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-comportement/monopolization-defined>
- Fugate W. et L. Foreign (1996), Commerce and the Antitrust Laws (5<sup>e</sup> édition), Éditions Aspen
- Ginsburg D. et J. Taladay (2017), « The Enduring Vitality of Comity in a Globalized World », GEO. MASON L. REV. (à paraître en 2017)
- Guzman A. (2004), « The case for international antitrust », in: Competition Laws in Conflict – Antitrust Jurisdiction in the Global Economy, the AEI Press
- Guzman A. (2010), « Competition Law and Cooperation possible strategies », dans Cooperation, Comity, and Competition Policy, Oxford University Press, Oxford

- Haas R. (2003), « Act Locally, Apply Globally: Protecting Consumers from International Cartels by Applying Domestic Antitrust Law Globally », *Loyola Consumer Law Review*, Vol 15 Issue 2, pp. 99-124, <http://lawecommons.luc.edu/lclr/vol15/iss2/3>
- Holbrook T. (2016) « Boundaries, Extraterritoriality, and Patent Infringement Damages », *Notre Dame Law Review*, Vol. 92, pp. 1745-1794 (2017), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2885009](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2885009)
- Horna P. (2017), Problems in Multi-Jurisdictional Cartel Investigations and Some Ways to Tackle Them, Sabbatical leave programme 2017, United Nations, 27.6.2017, <https://hr.un.org/sites/hr.un.org/files/editors/u604/Problems%20in%20multi-jurisdictional%20cartel%20investigations.pdf>
- <http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2003/iss4/6>
- Japan Fair Trade Commission (2016), Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act, [www.jftc.go.jp/en/legislation\\_gls/imonopoly\\_guidelines.files/IPGL\\_Frand.pdf](http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines.files/IPGL_Frand.pdf).
- Jung Il Hyung (2000) « A Comparative Study of the Question of Extraterritorial Application of the Competition Law », *Penn State International Law Review*: Vol. 18: No. 2, Article 4, pp. 305- 341, <http://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol18/iss2/4>
- Jurata J. et I. M. Owens (2015), « A New Trade War: Applying Domestic Antitrust Laws to Foreign Patents », *George Mason Law Review*, Vol: 22:5, p.1127, [www.georgemasonlawreview.org/wp-content/uploads/22\\_5\\_Jurata.pdf](http://www.georgemasonlawreview.org/wp-content/uploads/22_5_Jurata.pdf)
- Martyniszyn M. (2017), « Japanese Approaches To Extraterritoriality In Competition Law », *International and Comparative Law Quarterly*, 66(3), 747-776
- Mehra S. (2002), « Deterrence: The Private Remedy and International Antitrust Cases », *Columbia Journal of Transnational Law* 40 Colum, 275
- Ministère américain de la Justice et Federal Trade Commission (2007), Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition, [www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/antitrust-enforcement-and-intellectual-property-rights-promoting-innovation-and-competition-report.s.department-justice-and-federal-trade-commission/p040101promotinginnovationandcompetitionrpt0704.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/antitrust-enforcement-and-intellectual-property-rights-promoting-innovation-and-competition-report.s.department-justice-and-federal-trade-commission/p040101promotinginnovationandcompetitionrpt0704.pdf)
- Ministère américain de la Justice et Federal Trade Commission (2017), Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation, [www.justice.gov/atr/internationalguidelines/download](http://www.justice.gov/atr/internationalguidelines/download)
- OCDE (2003), Policy Roundtables, Merger Remedies, [www.oecd.org/competition/mergers/34305995.pdf](http://www.oecd.org/competition/mergers/34305995.pdf)
- OCDE (2006), Roundtable on Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases, [www.oecd.org/daf/competition/abuse/38623413.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/38623413.pdf)
- OCDE (2009), Table ronde sur la concurrence, les brevets et l'innovation (Note du Secrétariat) II [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2009\)8/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2009)8/fr/pdf)
- OCDE (2011), Roundtable on Excessive Prices – U.S contribution, [www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf](http://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf)
- OCDE (2011), Roundtable on Remedies in Merger Cases, [RemediesinMergerCases2011.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf)
- OCDE (2012), Improving International Co-operation in Cartel Investigations, [www.oecd.org/daf/competition/ImprovingInternationalCooperationInCartelInvestigations2012.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/ImprovingInternationalCooperationInCartelInvestigations2012.pdf)

- OCDE (2013), Rapport du Secrétariat sur l'enquête de l'OCDE et du RIC consacrée à la coopération internationale en matière d'application du droit de la concurrence, Éditions OCDE, Paris, <https://www.oecd.org/daf/competition/Coop%C3%A9rationinternationale2013.pdf>
- OCDE (2013), Remedies Cross-Border Merger Cases, [www.oecd.org/daf/competition/competition-remedies-in-cross-border-merger-cases.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/competition-remedies-in-cross-border-merger-cases.htm)
- OCDE (2014), Audition sur la propriété intellectuelle et le processus de normalisation [www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)27&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)27&doclanguage=en)
- OCDE (2014), Challenges of International Co-operation in Competition Law Enforcement, [www.oecd.org/daf/competition/Challenges-Competition-Internat-Coop-2014.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/Challenges-Competition-Internat-Coop-2014.pdf)
- OCDE (2014), Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence <https://www.oecd.org/daf/competition/2014rec-coop-internat-concurrence.pdf>
- OCDE (2015), Inventory of Co-operation Agreements, [www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp3\(2015\)12/rev1&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp3(2015)12/rev1&docLanguage=En)
- OCDE (2015), Roundtable on Cartels Involving Intermediate Goods, [www.oecd.org/daf/competition/cartels-involving-intermediate-goods.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/cartels-involving-intermediate-goods.htm)
- OCDE (2016), Décisions d'engagement dans les affaires de concurrence, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)7/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)7/fr/pdf)
- OCDE (2016), Forum mondial sur la concurrence, les sanctions en cas d'infraction au droit de la concurrence (Note de référence), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)6/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)6/fr/pdf)
- OCDE (2016), Inventory of Provisions in Inter-Agency Co-operation Agreements (MoUs), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2016\)1/REV2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2016)1/REV2/en/pdf)
- OCDE (2016), Roundtable on Agency Decision-making in Merger Cases, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2016\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2016)6/en/pdf)
- Ohlhausen M. (2017), Guidelines for Global Antitrust: The Three Cs – Cooperation, Comity, and Constraints, IBA 21st Annual Competition Conference, [www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1252733/iba\\_keynote\\_address-international\\_guidelines\\_2017.pdf](http://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1252733/iba_keynote_address-international_guidelines_2017.pdf)
- Paas-Mohando, K. (2014), Extraterritorial Merger Control Enforcement in Small Economies – Challenges and Possibilities, *Juridica International* 21/2014, pp. 137-146 [www.juridicainternational.eu/index.php?id=15425](http://www.juridicainternational.eu/index.php?id=15425)
- Popofsky M. (2008), « Extraterritoriality in U.S. Jurisprudence », dans *3 Issues in Competition Law and Policy*, American Bar Association, [www.ropesgray.com/files/Publication/afdb976a-fabf-4af0-873c-0de0ddc2d7ea/Presentation/PublicationAttachment/92b888ee-e922-418a-8048-0ec0fac9bb/Popofsky-Antitrust-Jurisprudence-Competition-Law-and-Policy.pdf](http://www.ropesgray.com/files/Publication/afdb976a-fabf-4af0-873c-0de0ddc2d7ea/Presentation/PublicationAttachment/92b888ee-e922-418a-8048-0ec0fac9bb/Popofsky-Antitrust-Jurisprudence-Competition-Law-and-Policy.pdf)
- Règlement du Conseil 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101] et [102] du Traité, *Journal officiel*, L 1, 04.01.2003, p.1-25
- Schneider H., S. Licht et N. Callan (2017), *A Hitchhiker's Guide to Antitrust and Intellectual Property Guidelines*, Antitrust Vol 31, No 2, Spring 2017,

[www.wilmerhale.com/uploadedFiles/Shared\\_Content/Editorial/Publications/Documents/2017-04-07-A-Hitchhikers-Guide-to-Antitrust-and-Intellectual-Property-Guidelines.pdf](http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/Shared_Content/Editorial/Publications/Documents/2017-04-07-A-Hitchhikers-Guide-to-Antitrust-and-Intellectual-Property-Guidelines.pdf)

- Sokol D. (2007), « Monopolists without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age », *Berkeley Business Law Journal* Vol 4 issue 1, pp. 37-122, <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1044&context=bblj>
- Sowell R. (2015), « New Decisions Highlight Old Misgivings: A Reassessment of the Foreign Trade Antitrust Improvements Act Following *Minn-Chem* », *Florida Law Review* Vol 66 Issue 1, pp. 512-552.
- Stanger A. (2003), « Analysing U.S. Antitrust Jurisdiction over Foreign Parties after *Empagran S.A. v. F. Hoffman-LaRoche, Ltd.* », *BYU Law Review*, Volume 2003 Issue 4, pp. 1453- 1487
- Stutz R. (2014), Comity, « Domestic Injury, and the Metaphysics of the FTAIA », *CPI Antitrust Chronicle*, septembre 2014 (1)
- Sullivan T. (2003), « Antitrust Remedies in the U.S. and EU: Advancing a Standard of Proportionality », *Antitrust Bulletin* Vol 48/2, pp. 377-425
- Technology and IP Law Glossary (2013), Grant-Back Clause [www.ipglossary.com/glossary/grant-back-clause/#.WgwyRk2Wxjo](http://www.ipglossary.com/glossary/grant-back-clause/#.WgwyRk2Wxjo)
- Whish R. et D .Bailey (2015), « The international dimension of competition law » dans *Competition Law* (8<sup>e</sup> édition), Oxford University Press, Oxford
- Wong-Ervin K. et al. (2016), « Extra-Jurisdictional Remedies Involving Patent Licensing », *Competition Policy International*, George Mason Law & Economics Research Paper No. 16-46
- Wonil Kim, Kwang-Wook Lee, (2016), *Intellectual Property & Antitrust*, <https://gettingthedealthrough.com/area/17/jurisdiction/35/intellectual-property-antitrust-korea/>
- Won-Ki K. (2003), « The Extraterritorial Application of U.S Antitrust Law and its Adoption in Korea », *Singapore Journal of International and Comparative Law*, (2003) 7 pp. 386-411, <http://www.commonlii.org/sg/journals/SGJIntCompLaw/2003/15.html>

## Affaires

- Affaire 27/76 United Brands Co. contre Commission [1978]
- Affaire 48-69, Imperial Chemical Industries Ltd. contre Commission, [1972]
- Affaire C-413/14 P, Intel Corporation Inc. contre Commission européenne [2017]
- Affaire T- 102/96, Gencor Ltd. contre Commission des Communautés européennes [1999]
- Colo. Interstate Gas Co. V. Natural Gas Pipeline Co. of Am., 885 F.2d 683 (10<sup>th</sup> Circ. 1989)
- Decision and Order in the Matter of Motorola Mobility and Google Inc, Dkt no. C-4410 (FTC 2013), [www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2013/07/130724googlemotorolado.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2013/07/130724googlemotorolado.pdf)
- Exxon Corp V. Berwick Bay Real Estates Partners, 748 F.2d 937 (5<sup>th</sup> Circ. 1984)
- Final Order in the Matter of Rambus Incorporated, File No. 011-0017, Dkt. No. 9302 (FTC 2007), [www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2007/02/070205finalorder.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2007/02/070205finalorder.pdf)
- F. Hoffman-La Roche Ltd., v. Empagran S.A., 542 U.S. 155, 165 (2004)
- Hartford Fire Ins. v. California (91-1111), 509 U.S. 764 (1993).
- Affaires jointes 89/85, A. Ahlström Osakeyhtiö et autres contre Commission [1988] ECR 5193
- Korea Fair Trade Commission, Hearing Before Full Commission in the case of Qualcomm Incorporated and others (20.1.2017), Traduction non officielle en anglais dans The American Consumer Institute Centre for Citizen Research [www.theamericanconsumer.org/wp-content/uploads/2017/03/2017-01-20\\_KFTC-Decision\\_2017-0-25.pdf](http://www.theamericanconsumer.org/wp-content/uploads/2017/03/2017-01-20_KFTC-Decision_2017-0-25.pdf).
- Korea Fair Trade Commission, Arrêt du 24 août 2015, Affaire numéro 2015 Gigye ol2010
- Rambus v. FTC, 522 F.3d 456 (D.C. Cir. 2008)
- Timberlane Lumber Co. v. Bank of Am., 549 F.2d 597, 613 (9<sup>th</sup> Cir. 1976)
- United States v. Aluminium Co. of America (Alcoa), 148 F.2d 416 (2<sup>d</sup> Cir. 1945)
- United States V. Dentsply Int'l, Inc., 399 F.3d 181 (3<sup>d</sup> Circ. 2005)
- Verizon Communications Inc., V. Law Offices of Curtis, V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004)