

TRANSFERT DE TECHNOLOGIE ET DIVISION INTERNATIONALE DU TRAVAIL POUR UNE POLITIQUE JURIDIQUE *

par

Philippe KAHN

Directeur de recherche au C.N.R.S.

(Centre de Recherche sur le Droit des Marchés
et des Investissements Internationaux de Dijon)

L'accès des pays en développement à la technologie constitue une de leurs revendications essentielles depuis quelques années et il n'est guère de réunion internationale actuellement où ce thème ne soit débattu. Il en résulte que la mise en place de structures juridiques adaptées est devenue un problème urgent si tant est que la règle juridique sous forme de traité, de loi ou de contrat formalise les tensions du corps social et les décisions des autorités compétentes. Mais c'est aussi un problème récent, perçû depuis peu de temps par les théoriciens du développement qui, sous l'influence des économistes de la croissance, défendaient l'idée que l'injection de capital financier dans les économies des pays en développement suffirait à rompre les inégalités et permettrait à ces pays de combler ce qui n'était qu'un retard. Comme l'on sait, l'application (relative par manque de moyens) de cette théorie a sans doute facilité l'installation de quelques plaques industrielles mais elle n'a assuré ni le développement prévu, ni l'indépendance politique et économique attendue.

Sur le plan juridique, la technologie a été pendant longtemps absorbée dans son aspect statique par les législations, internes ou internationales, sur la

* Communication présentée au colloque organisé par la Faculté de Droit d'Alger du 11 au 14 octobre 1976 sur le thème suivant : « Droit international et développement » ; elle figure avec les autres communications dans un ouvrage publié à Alger par l'Office des Publications universitaires.

propriété industrielle¹ et dans son aspect dynamique par l'investissement direct². Ces deux aspects sont d'ailleurs confondus dans les traités bilatéraux ou dans les projets de convention multilatérale sur les investissements dans un système global de protection de la propriété étrangère³.

On notera que la technologie est surtout considérée alors comme une propriété et son transfert comme un transfert de propriété.

Ce n'est guère qu'à partir de 1965 que l'on a commencé à isoler l'investissement technologique de l'investissement financier à la suite de recherches portant sur le régime juridique le mieux adapté. Ces recherches se placent dans le cadre du droit international du développement naissant⁴. Les préoccupations étaient de deux sortes : d'une part on a cherché à déterminer le rôle joué par la technologie dans le développement par rapport au capital financier, mais la recherche, assez superficielle, n'a pas été jusqu'à définir juridiquement l'investissement technologique; d'autre part, dans une perspective plus politique, on a cherché à substituer entre pays industrialisés et pays en développement aux rapports fondés sur la propriété (investissement direct, entreprise conjointe) des rapports fondés sur la coopération industrielle. Mais le rôle de la technologie, et partant son régime juridique, reste mal perçu.

La véritable entrée du transfert international de technologie dans la problématique juridique est plus récente. Elle date des années 1970 et s'est faite par un autre canal : la perception de plus en plus nette du rôle des entreprises multinationales dans les relations économiques internationales et la connaissance plus précise de leur stratégie et de leurs méthodes. Ce sont les pays latino-américains partiellement industrialisés et exploités par les entreprises multinationales américaines qui ont les premiers procédé à l'analyse des clauses des contrats qui avaient des répercussions sur la commercialisation des techniques. Le forum international a amplifié les résultats acquis à partir de la troisième Conférence sur le commerce et le développement.

Les pays latino-américains ont édicté des législations nationales (Mexique, Argentine) ou régionales (Pacte Andin) ayant pour objet la lutte contre les pratiques abusives qui auraient été relevées. Actuellement, la CNUCED

¹ HIANCE, M. et PLACERAUD, Y., *Brevets et sous-développement, La protection des inventions dans le Tiers Monde*, Paris, Litec, 1970; HIANCE, M., *Transfert de technologie et brevets*, rapport présenté aux journées d'étude internationale sur le transfert de technologie et le développement, Dijon 30 septembre, 1^{er} et 2 octobre 1976; MAGNIN, *Know-how et propriété industrielle*, Paris, Litec, 1974.

² KAHN, PH., « Rapport sur les Investissements étrangers dans les pays en voie de développement », *I.L.A.*, 52^e Conférence Helsinki 1966, p. 819-860; JEHL, J., *La notion d'investissement technologique à travers les contrats*, rapport journées Dijon, préc. note 1.

³ PREISWERK, R., *La protection de la propriété privée dans les traités bilatéraux*, Zürich 1963; VAN HECKE, « Le projet de convention de l'O.C.D.E. sur la protection des biens étrangers », *R.G.D.I.P.*, 1964, 691.

⁴ Soit à titre de branche autonome, soit à titre de partie du droit international économique lui-même en pleine construction.

tente de mettre au point un code de conduite international en matière de transfert de technologie ⁵. Ces travaux sont à rapprocher de ceux poursuivis par le Centre sur les sociétés transnationales des Nations Unies.

Il s'agit d'une législation de police.

Mais il est vite apparu aussi bien au sein du Pacte Andin (décision 84) que de la CNUCED (Résolution 881 de la 5^e CNUCED tenue à Nairobi, mai 1976), que le régime juridique des transferts de technologie était plus vaste qu'un régime de police rétablissant la concurrence ou évitant certains abus, qu'il devait faciliter la mise en place de structures plus dynamiques et plus nationales. Les choses deviennent alors plus complexes car il ne s'agit plus seulement d'interdire mais encore de déterminer les formules et instruments juridiques conduisant à un tel résultat.

Dans les quelques pages qui vont suivre, nous nous placerons dans une perspective intermédiaire. Nous procéderons d'abord à une brève analyse d'une loi de police, la loi mexicaine, puisque c'est, pour le moment, le droit positif des transferts. Puis nous examinerons et essayerons d'estimer le rôle joué par quelques contrats actuellement utilisés dans le commerce international et qui sont considérés comme vecteur des transferts ⁶.

I^{re} PARTIE — LA POLICE DES TRANSFERTS DE TECHNOLOGIE : L'EXEMPLE MEXICAIN

Comme nous l'avons indiqué dans l'introduction, la législation mexicaine est une législation parmi d'autres de la même époque et poursuivant sensiblement les mêmes objectifs.

Plusieurs raisons expliquent ce choix. La principale est le type de pays que constitue le Mexique : une économie relativement développée et complexe dans certains secteurs, des richesses naturelles importantes comme le pétrole, une administration déjà ancienne, une pénétration profonde des intérêts étrangers, en particulier des entreprises multinationales américaines. La législation précitée exprime le désir des autorités mexicaines de mettre en place un modèle de développement plus autonome qui concilierait l'appel aux capitaux et à la technologie étrangers et les nécessités d'une indépendance économique réelle, compte tenu de l'expérience mexicaine. Cette législation est par ailleurs une des premières législations nationales qui fait primer l'autonomie locale sur les opérations de séduction du capital financier et technique étranger.

⁵ V. Rapport du secrétariat de la C.N.U.C.E.D. *TD/B/C6/AC.1/Supp 1/Add. 1* 4 février 1975, qui contient les principaux textes complété par rapport *TD/AC 1/2* 10 septembre 1976.

⁶ On trouvera une analyse plus approfondie dans *Typologie des contrats de transfert de technologie*, rapport journées Dijon préc. note 1.

La loi mexicaine sur l'enregistrement du transfert de technologie et sur l'utilisation et l'exploitation des brevets et marques de fabrique a été publiée au journal officiel le 30 décembre 1972, et est entrée en vigueur le 30 janvier 1973. Elle doit être rapprochée de la loi sur la promotion de l'investissement mexicain et la réglementation des entreprises mécaniques dans les régions frontalières⁷. Elle est légèrement postérieure à la fameuse décision 24 du Pacte Andin.

Le titre de la loi ne rend pas compte de son contenu. En effet, il s'agit moins de réglementer une procédure, l'inscription à un registre, inscription qui serait analogue à l'inscription d'un commerçant à un registre du commerce, d'une sûreté à un registre des sûretés par exemple, que de régir les opérations de commercialisation portant sur les techniques importées de l'étranger. Le registre des transferts n'est que l'instrument formel, institutionnel, permettant de surveiller, de contrôler et éventuellement d'interdire certaines opérations. Ce qui est intéressant de retenir est que la nouvelle administration est rattachée au ministère de l'Industrie et du Commerce, et qu'elle devrait être assistée, à titre consultatif, par le Conseil national de la science et de la technologie. Elle peut donc être à l'origine d'une véritable politique de développement industriel et scientifique en fournissant aux autorités compétentes des informations d'une exceptionnelle signification. C'est avant tout un problème de gestion administrative.

Ces remarques faites, une brève analyse de la loi sera faite en envisageant successivement le domaine d'application de la formalité, puis le système de sanctions retenu par le législateur mexicain.

A. LE DOMAINE D'APPLICATION

Selon l'article 3 de la loi sont assujetties à la formalité certaines personnes déterminées lorsqu'elles sont parties aux actes visés aux articles 2 et 4 ou lorsqu'elles en sont bénéficiaires.

1. *Les personnes*

Ce sont d'abord les personnes physiques et morales de nationalité mexicaine. Les personnes morales comprennent non seulement les sociétés commerciales de droit privé mais aussi les personnes morales de droit public. L'assujettissement des personnes de droit public (entreprises publiques, sociétés nationales) s'explique sans doute par une double raison : tout d'abord, l'expérience montre une certaine tendance des entreprises publiques à contracter comme les entreprises privées et à être insérées dans la division internationale du travail telle que celle-ci a été élaborée par les entreprises multinationales occidentales sans pouvoir faire triompher leur mission de service public; le contrôle par un autre organe administratif peut les aider à

⁷ MANDESSI BELL, E., « La nouvelle législation mexicaine sur les transferts de technique », *Travaux de l'Institut de Relation internationale*, Dijon 1976.

sauvegarder leur indépendance; la deuxième raison est qu'en tout état de cause, le registre est un instrument d'information exceptionnel mais que pour remplir pleinement son rôle, il doit couvrir tous les actes touchant à son domaine (voir paragraphe 2).

Sont considérées comme personnes morales mexicaines (loi de 1934), les personnes morales constituées selon les lois mexicaines et ayant leur domicile légal au Mexique. Il s'agit d'un critère formel classique qui naturalise de nombreuses filiales de sociétés étrangères. On a souvent souligné l'inadaptation de ce système en matière économique⁸ car s'il permet de soumettre à la loi locale le statut personnel de la filiale, il ne suffit pas à contrôler les relations de fait et la plupart des relations de droit qui s'établissent entre la filiale locale, la société mère, les autres filiales du groupe. Naturalisée formellement, la filiale profite des avantages donnés aux nationaux, substantiellement étrangère, elle applique la stratégie de la maison-mère. Les autorités mexicaines dans leur loi sur les investissements qui différencie nettement les régimes juridiques de l'investissement national et de l'investissement étranger ont dû tenir compte dans une certaine mesure de la fausse appartenance locale des sociétés constituées au Mexique mais contrôlées par l'étranger. Le problème ne se présente pas avec la même acuité pour les transferts de technologie puisque sont assujettis à formalité nationaux et étrangers sur un plan d'égalité.

En effet la deuxième catégorie de personnes visées par le texte est constituée par les étrangers résidant au Mexique et les personnes morales de nationalité étrangère, établies dans le pays dont il faut rapprocher la troisième catégorie constituée, elle, par les agences et succursales d'entreprises étrangères établies dans le pays. En d'autres termes, tous les étrangers, personnes physiques, personnes morales ou établissement sans personnalité, localisés au Mexique sont assujettis à la formalité. On remarquera que pour les nationaux, la condition est non pas une condition de résidence s'ajoutant à leur nationalité mexicaine mais uniquement une condition de nationalité. Cette différence de traitement se comprendra avec l'examen des actes assujettis.

Mais une quatrième catégorie de personnes est envisagée par le texte et doit être préalablement citée. Il s'agit des fournisseurs de techniques résidant à l'étranger. Normalement, en effet, en raison même de la localisation du registre, la formalité devrait être accomplie par l'acheteur ou le fournisseur de techniques résidant au Mexique et d'ailleurs pour eux elle est obligatoire. Cependant en raison du poids de la sanction et pour éviter des négligences ou des oublis de mauvaise foi, le fournisseur établi à l'étranger peut, mais il n'y est pas obligé, demander l'inscription des actes ayant des effets sur le territoire mexicain.

⁸ KAHN, PH, « La détermination de la qualité de commerçant étranger dans les accords de commerce international », in : « Les Accords de commerce international », *R.C.A.D.I.*, 1969, p. 235-276.

2. *Les actes assujettis*

En effet la législation mexicaine a une conception très large des actes qu'elle entend contrôler. Ce sont tous les actes, contrats, accords, peu importe la dénomination, qui ont des effets sur le territoire mexicain et qui sont relatifs soit à l'acquisition de la propriété industrielle (marques de fabrique, brevets, modèles et dessins industriels), soit à l'acquisition de connaissances techniques (plans, diagrammes, documents, activités de formation de personnel, montage, etc.) soit à l'assistance technique, administrative ou de gestion.

On retrouve là la vision des transferts de technologie telle qu'elle existait il y a quelques années où l'accent était surtout mis sur la propriété industrielle considérée en soi comme porteuse de la technologie. Dans cette conception, les actes transférant la propriété industrielle totalement ou partiellement transféraient *ipso facto* la technologie incluse mais comme nous le verrons (infra 2^e partie) en réalité ces actes transfèrent un droit de propriété ou un droit d'usage et n'assurent pas l'acquisition de la technologie par le pays d'accueil. Cependant certaines opérations potentiellement très riches comme instruments de transfert ne sont pas négligées, ainsi en est-il de l'assistance technique. On notera que ne sont pas visés des contrats nommés mais des éléments qui peuvent être soit des clauses de contrats complexes soit des contrats spécifiques mais dont l'ensemble constitue ce que la doctrine moderne appelle des contrats de production⁹. On notera également que le vague des formulations peut conduire suivant l'interprétation qui est donnée de l'article 2 de la loi à un formalisme très contraignant car peu de contrats en dehors des ventes instantanées ne contiennent pas de la technologie. On doit penser que la vision large est celle des auteurs du texte. Aussi certaines exceptions ont-elles dû être apportées : ainsi sont exclues de la formalité la venue de techniciens étrangers pour l'installation ou la réparation d'usines ou d'équipement, pour des réparations urgentes, de même sont exclues les opérations de formation de personnel mexicain, les opérations des entreprises mécaniques dans les régions frontalières du Mexique. Dans ce dernier cas, il existe une législation spéciale. Pour les autres, ils sont souvent englobés dans des opérations complexes astreintes à déclarations.

Un des problèmes qui est mal réglé à la simple lecture du texte est ce qu'il faut entendre par effet sur le territoire national. En effet une vision restrictive des choses aurait conduit à ne prendre en compte que les actes et contrats exécutés sur le territoire mexicain avec le sens reçu en droit international privé, c'est-à-dire que les contrats dont la principale obligation est exécutée sur le territoire mexicain. Mais ce système laisse échapper beaucoup d'opérations sans compter les discussions sur la notion de principale obligation dans les contrats complexes de production. Aussi faut-il sans doute rapprocher le sens d'effet produit sur le territoire de celui qui a été retenu par les

⁹ KAHN, PH., « Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux, l'expérience française » in : *Le Contrat économique international*, Paris, Pedone, 1975, p. 171.

juges américains et européens pour l'application de la législation sur la concurrence¹⁰, notion trop complexe pour être examinée ici mais qui implique l'inscription de très nombreuses opérations se déroulant partiellement à l'étranger. La législation mexicaine comme d'ailleurs les législations latino-américaines dans ce domaine sont fortement influencées et par les pratiques des entreprises multinationales américaines et par les moyens de lutte que se sont données les autorités américaines elles-mêmes. C'est ce qui apparaîtra mieux en ce qui concerne les sanctions.

B. LES SANCTIONS

Le système de sanctions mis en œuvre par le législateur mexicain repose sur un dispositif à deux branches. Tout d'abord il y a nullification des actes qui auraient dû être inscrits selon les articles 2 et 3 et qui ne l'ont pas été, ensuite on ne peut inscrire des actes répondant aux conditions des articles 2 et 3 lorsque leur contenu est contraire à la politique d'indépendance et de développement poursuivie par les autorités.

1. *La nullification pour défaut d'inscription*

Dans sa formulation la plus schématique, la règle est simple : tout acte, tout contrat qui aurait dû être inscrit et qui ne l'a pas été est dépourvu d'effet juridique. Plus précisément l'acte est dépourvu de sanctions juridictionnelles car il ne peut être invoqué devant les tribunaux mexicains. Il ne peut par ailleurs être invoqué devant l'administration. Les contractants sont donc exclus du bénéfice d'invoquer certaines dispositions d'aide en crédit ou portant exemptions fiscales comme celles prévues par la loi fédérale de 1953 sur le développement d'industries nouvelles d'intérêt public. Mais en dehors de ces deux conséquences expressément introduites par la loi, l'hésitation reste permise sur la qualification exacte de la sanction. S'agit-il d'une nullité absolue de l'acte ou simplement d'une inopposabilité ?

Le législateur mexicain, pour assurer la sanction, a d'une part soumis à la loi mexicaine les actes devant être inscrits au Registre des transferts et d'autre part annulé les clauses qui attribueraient compétence, en cas de différend, à des tribunaux étrangers. Il y a donc là une tentative de territorialiser complètement les transferts de technologie : le contrat étant régi par la loi mexicaine et jugé par les juges mexicains dans la mesure où ils peuvent être saisis. Or cette volonté du législateur mexicain, nettement exprimée, est contraire aux règles habituellement suivies dans le commerce international. La pratique actuelle est d'abord de faire des contrats aussi complets que possible, de les soumettre à la loi du pays du lieu d'exécution de l'obligation principale (avec de nombreuses exceptions et nuances) ou au droit international commercial en tenant compte des lois de police des pays avec lesquels le contrat a des liens. Or, le système mexicain impose le droit mexicain dès lors qu'un

¹⁰ GOLDMAN, V., *Droit commercial européen*, Paris, Dalloz, 1976.

contrat transférant de la technologie produit des effets sur le territoire mexicain. Aucune distinction n'est faite entre le droit mexicain général et les lois de police ou d'application immédiate, aucune distinction n'est faite selon la quantité de technologie transférée par rapport aux autres obligations contractuelles, aucune distinction n'est faite selon les effets produits sur le territoire mexicain par rapport aux effets produits dans d'autres pays. Il est assez probable que de nombreux actes vont échapper à la sphère de compétence des autorités mexicaines : par exemple un fournisseur français invoquant le « privilège » de juridiction des articles 14 et 15 du code civil pourra faire juger un différend avec un acheteur mexicain par la juridiction française et saisir des biens situés en France. Il n'est pas du tout certain, surtout si les parties ont expressément fait référence à une autre loi, que le juge français appliquera la loi mexicaine à l'ensemble du rapport juridique. Et si c'est une juridiction arbitrale qui est saisie par accord des deux parties, le même doute existe. En revanche, si l'économie du contrat en fait un contrat mexicain, la logique juridique rejoint ici la volonté du législateur mexicain. Ces difficultés constituent un problème bien connu mais non encore résolu de la délimitation du domaine de la loi du contrat par rapport à celui des lois de police.

Mais la partie du dispositif de sanction la plus brutale du système mexicain en raison des conséquences attachées à la non-inscription est le refus d'enregistrer des contrats contenant certaines clauses.

2. *Le refus d'enregistrement*

Le but principal du texte est, par des mesures de contrôle, de renforcer le pouvoir de négociation des entreprises nationales et de supprimer des abus des grandes entreprises étrangères de mieux en mieux connus et de plus en plus souvent dénoncés. Plusieurs techniques auraient été possibles : réglementation directe des contrats, interdiction de certaines clauses etc. Le système de l'enregistrement des accords de transfert ayant été adopté, sa logique a été poussée jusqu'au bout : le refus d'enregistrement pour les pratiques jugées abusives (art. 7 de la loi), qui est équivalent à l'annulation des accords et actes, puisque les actes et contrats qui auraient dû être enregistrés et qui ne le sont pas n'ont aucun effet juridique. On peut regrouper les pratiques abusives visées par le texte autour de trois pôles :

Les pratiques commerciales restrictives au sens strict (ventes internes ou à l'exportation des productions des entreprises mexicaines ayant acquis des techniques étrangères). Ces pratiques sont bien connues. Il suffit de renvoyer aux études du GATT pour en trouver une description très riche¹¹. Mais les limites d'une politique de lutte se trouvent dans le fait que les rapports entreprise-mère étrangère et filiale s'expriment dans un système hiérarchique et non obligatoirement par des clauses contractuelles.

¹¹ GATT, V., « Les Organisations économiques internationales et la Crise du commerce international », *Documents de l'Institut de relations internationales*, Dijon, 1972, p. 67 et suivantes.

Les pratiques conduisant au surcoût des techniques : le surcoût des techniques est un des aspects des pratiques des multinationales qui a le plus frappé les latino-américains. Il exprime deux phénomènes : si l'entreprise locale paie l'acquisition de la technique trop chère, sa production se renchérit et elle est en mauvaise situation concurrentielle sur les marchés extérieurs en même temps que le consommateur du marché intérieur supporte le poids de la rente technologique ainsi créée; en même temps, le surcoût permet de dissimuler des bénéfices, donc de moyen d'évasion fiscale, et de transférer des capitaux à l'étranger sous une dénomination ne reflétant pas la véritable qualification.

Les pratiques visant à empêcher le développement technique de l'entreprise locale et à limiter son indépendance : c'est ainsi que le législateur vise expressément, par exemple, les clauses qui imposent des limites à la recherche ou au développement technique de l'acquéreur, celles qui obligent à acquérir d'une seule source déterminée le matériel, l'outillage, les pièces de rechange ou les matières premières, celles qui interdisent l'utilisation de techniques complémentaires, celles qui prévoient l'achat exclusif par le fournisseur des techniques des biens produits par l'acquéreur, etc.

Ce système cohérent a deux limites, l'une interne, l'autre externe.

La limite interne est la possibilité offerte par le législateur de dérogations lorsque la technique transférée présente un intérêt particulier pour le pays. La rigidité du système est telle que l'absence de toute mesure d'assouplissement eut conduit immédiatement à une impasse. Et c'est un procédé fréquent en matière de droit économique que l'interdiction de principe tempérée par la dérogation accordée coup par coup. Mais l'expérience montre également que le système est souvent dévié de son objectif primitif en ce sens que la dérogation est accordée à l'entreprise étrangère ayant le plus grand pouvoir de négociation et non pas forcément à celle qui s'intègre le mieux dans l'économie locale.

La deuxième limite est peut-être plus grave : la politique matérialisée dans la loi est sans doute une politique nécessaire mais elle est, comme le souligne Gonod, une politique défensive. C'est pourquoi si les organismes internationaux continuent à élaborer des règles de contrôle de plus en plus précises, ils s'orientent vers une politique plus dynamique de développement technologique¹². L'apport étranger dans le cadre de cette politique restant envisagé, c'est moins l'instrument de lutte contre les abus qui est recherché que le ou les types de contrat le plus approprié à conduire à l'objectif de développement.

¹² GONOD, « Matériaux pour de nouvelles politiques du transfert technologique », *Revue Tiers Monde* 1976, n° 65, p. 9.

II^e PARTIE — LES CONTRATS INTERNATIONAUX TRANSFERANT LA TECHNOLOGIE : DESCRIPTION

Parmi les nombreux contrats utilisés dans le commerce international, les contrats dits de production¹³ sont ceux qui sont les plus susceptibles d'avoir des effets sur l'acquisition des techniques. A vrai dire, pour faire une description exacte, il faut distinguer suivant l'objet des contrats entre ceux qui ont des effets sur le transfert des techniques mais sans que le transfert soit l'objet principal du contrat et ceux qui ont pour objet principal l'acquisition des techniques par l'un des contractants. C'est à la lumière de cette distinction que nous examinerons successivement les contrats d'investissement, les contrats de vente d'ensembles industriels et de biens d'équipement, les contrats de formation et d'assistance.

A. LES CONTRATS D'INVESTISSEMENT

En ce qui concerne les contrats d'investissement direct, on constate tout d'abord qu'il n'y a que peu d'engagements de l'investisseur étranger relatifs aux transferts de technique, ni même la moindre mention que l'Etat d'accueil pourrait y attacher de l'importance. Après une très brève description de l'objet de l'investissement, on trouve quelques clauses sur la formation du personnel local, très succinctes et quelquefois à l'occasion de la définition de l'investissement des mentions sur le caractère « de pointe » des techniques qui devront être utilisées.

La raison principale en est que l'investissement direct est un des instruments de la stratégie des entreprises multinationales et qu'il est généralement géré par une filiale. Or la structure des entreprises multinationales est une structure hiérarchisée et centralisée. Il est exceptionnel que la firme-mère ne conserve pas le contrôle de la planification et ne centralise pas la recherche. La filiale a peu d'autonomie scientifique ou technologique. Elle utilise les procédés et les produits mis au point par la firme-mère. Le système de la multinationale est un système clos et la technologie y est captive.

Même dans les formes récentes d'investissement direct, celles qui sont constituées à titre principal par les contrats d'entreprise conjointe ou les contrats d'entreprise, même si l'apport étranger espéré est d'ordre financier et technique, on constate dans les contrats les plus évolués que très souvent le transfert de technologie ne se fait pas. En effet dans la plupart des cas, la direction générale reste assurée par l'étranger soit directement dans le contrat d'entreprise conjointe, soit par délégation de pouvoir et mission d'entreprise générale dans le contrat d'entreprise. L'élément le plus favorable au transfert des techniques est l'engagement de donner la préférence aux sous-traitants et fournisseurs locaux si les conditions et termes de l'offre locale sont compa-

¹³ KAHN, PH., *op. cit.*, note 9; Centre de droit des affaires de Rennes, *L'accord industriel international*, Litec, 1975.

rables aux conditions et termes de l'offre internationale. L'entreprise publique co-contractant de l'entreprise multinationale reste un simple maître de l'ouvrage sans avoir la possibilité ou la volonté d'accéder à la fonction d'opérateur. Certes l'expérience de l'association coopérative franco-algérienne dans le domaine pétrolier a bien montré, en dourissant la contre-épreuve, que lorsque l'entreprise locale était associée à toutes les responsabilités, un certain transfert de technologie pouvait s'effectuer par le canal de l'entreprise conjointe de l'entreprise du pays industrialisé vers l'entreprise du pays en développement. Mais les conditions mêmes des contrats d'investissement — direct ou aménagé — si elles peuvent conduire à l'industrialisation du pays d'accueil ont pour objet d'assurer à l'agent économique extérieur la propriété ou en tout cas la maîtrise des installations. Non seulement le transfert de la technologie ne fait pas partie de la finalité de l'opération mais encore, s'il s'effectue, il affaiblit proportionnellement la position de l'entreprise multinationale. Il y a donc une grande ambiguïté quand on assimile industrialisation et acquisition des techniques.

B. LES CONTRATS DE VENTE INTERNATIONALE D'ENSEMBLES INDUSTRIELS ET AUTRES ACCORDS INDUSTRIELS

Ces contrats sont dans la conception dominante ceux qui sont les plus riches en apport technologique et par voie de conséquence les plus aptes à être l'instrument juridique du transfert des techniques. Historiquement ils ont d'abord compris les contrats portant vente des inventions et innovations, c'est-à-dire les contrats relatifs à la propriété industrielle, principalement les brevets et les marques. Puis se sont ajoutés des contrats inommés, de know-how, de sous-traitance, d'engineering, d'ensembles industriels clés en main, produits en main, marchés en main. Les combinaisons sont multiples et le contenu même des contrats incertain et variable.

Ce qu'il faut noter, et c'est essentiel, est que ces contrats ont pour objet principal le transfert d'une propriété ou le transfert de la jouissance d'un droit d'un contractant à l'autre et non pas comme cela est si souvent soutenu le transfert des techniques. Ce n'est que très secondairement, à titre de prestation accessoire, que des clauses opèrent le transfert de la technologie telles que la fourniture de documents techniques, de savoir-faire, d'assistance technique complétant des prestations corporelles (usines, biens d'équipement) ou incorporelles (brevets).

Si on examine seulement quelques figures comme les ventes d'usine clés en mains ou produits en main ou le contrat d'engineering qui sont actuellement au centre des discussions on peut faire les remarques suivantes :

Le contrat clés en main est un contrat par lequel le vendeur vend des biens d'équipement ou un ensemble industriel et accompagne ses prestations corporelles d'un certain nombre de prestations incorporelles représentatif soit de l'esprit d'invention en ce qui concerne le produit et le procédé (brevets

et marques), soit de connaissances techniques de production et de gestion (know-how et assistance). Les biens incorporels sont accessoires aux biens corporels et sont traités comme des propriétés. La technologie n'est pas transférée comme moyen de développement (valeur d'usage) mais elle est vendue comme marchandise (valeur d'échange). L'engagement du vendeur n'est que de faire fonctionner lui-même l'installation à la date contractuelle et selon les spécifications de qualité du contrat. Et si le contrat lui impose des obligations de service à l'égard de l'acheteur, elles sont en général réduites à la communication à l'acheteur de la documentation technique et à une formation assez fruste de son personnel soit *in situ* à l'occasion du montage, soit dans les établissements mêmes du vendeur. Les meilleurs résultats sont obtenus quand l'acheteur est d'un niveau technologique élevé. Et cette constatation nous ramène à l'histoire du clés en main. Celui-ci a été utilisé d'abord comme procédé de vente de biens d'équipement, ensuite comme substitut de l'investissement direct dans les pays socialistes et non pas comme instrument de transfert de la technologie. L'instrument d'ailleurs serait, pensent certains, une extrapolation du clés en main : le contrat produits en main.

Dans ce type de contrat, le vendeur aurait rempli ses obligations lorsque l'acheteur — et non plus le vendeur — arriverait à faire fonctionner le bien d'équipement ou l'usine selon les qualités, rendements et consommations du vendeur. Sur le plan juridique, dans le contrat clés en main, le vendeur assumerait une obligation de moyens, dans le contrat produits en main, une obligation de résultat. D'où l'intérêt du contrat produits en main comme instrument de transfert de la technologie et du développement local puisque le vendeur transmettrait à l'acheteur la maîtrise technique des équipements.

Il n'est pas certain que cette analyse soit entièrement fondée en droit et en fait. En effet, dans l'un et l'autre type de contrat, le vendeur s'engage à fournir un résultat : faire fonctionner l'installation, faire que l'acheteur puisse faire fonctionner l'installation; ce n'est pas cela qui caractérise l'obligation de résultat ou de moyen mais les causes d'exonération que peut invoquer le vendeur quand le résultat n'est pas atteint. Et à ce point de vue, il peut y avoir des clés en main de résultat et des produits en main de moyen : tout est dans la rédaction des contrats.

Et en ce qui concerne le fait, il ne faut pas oublier que les entreprises susceptibles de fournir biens d'équipement, procédés et produits et de garantir leurs engagements sont presque toutes des entreprises multinationales, société-mère ou filiale. Leur tendance, afin de maintenir leur puissance, est d'intégrer tous leurs partenaires contractuels dans la division internationale du travail telle qu'elle existe actuellement. C'est pourquoi un contrat de fourniture accompagné d'obligations secondaires aussi importantes peut constituer un excellent instrument d'intégration par le monopole de la fourniture des biens d'équipement et des biens intermédiaires, assistance selon l'organigramme de l'entreprise étrangère, assistance prolongée au-delà de ce qui serait strictement nécessaire. Le risque est donc que l'entreprise locale devienne dans l'espérance d'un transfert de technologie une sorte

d'établissement du vendeur certes plus indépendant qu'une agence ou une filiale mais enchaînée par le choix d'une technique contractuelle faussement appropriée.

Le raisonnement vaut pour les contrats clés en main, produits en main, marchés en main. Il demanderait sans doute à être vérifié par estimation des contrats en cours et de leurs modalités effectives d'exécution. Mais on voit que la stratégie que reflète le contrat d'investissement direct par un détour plus compliqué et subtil se retrouve dans des contrats qui en paraissaient a priori fort éloignés.

Le contrat d'engineering forme la transition entre les contrats de production qui ont des effets sur les transferts de technologie et les contrats qui plus orientés à titre principal vers l'acquisition des techniques font une large place à la formation humaine. Nous le citerons très rapidement ¹⁴.

Le contrat d'engineering est souvent défini comme un contrat de prestations de caractère intellectuel consistant en la fourniture d'idées, de conceptions et de conseils, fondée sur une étude générale et détaillée d'un projet. Une doctrine plus récente ajoute à la phase de conception la phase d'exécution des contrats étudiés *supra* en visant plus spécialement la passation des commandes, la logistique, la supervision du montage et de la mise en marche, la réception. Les contrats d'engineering sont le plus souvent connexes à un contrat principal de réalisation industrielle et la firme d'engineering intervient au nom du maître de l'ouvrage. Un transfert important de technologie pourra se produire si le maître de l'ouvrage participe à côté de l'ingénieur aux opérations précitées et ne limite pas son activité à une délégation de pouvoir. L'acquisition sera encore plus importante et fondamentale si on arrive à constituer sur place des organismes locaux d'engineering formant une structure autonome de prestation de service.

C. LES CONTRATS DE FORMATION ET D'ASSISTANCE

Ces contrats se distinguent des contrats précédents en ce que leur objet principal est l'acquisition des techniques, ce qui n'exclue pas naturellement, qu'à titre accessoire des prestations de fourniture, de service, de propriété industrielle soient incluses, destinées à faciliter le transfert.

1. *Les contrats de formation*

On peut distinguer deux catégories de contrat de formation, les contrats de formation proprement dits et les contrats d'organisation.

¹⁴ Pour une étude juridique plus complète, Deleuze, *Le contrat de transfert de processus technologique*, Masson, 1976; pour un examen d'ordre économique Judet et Perrin. A propos du transfert des technologies, pour un programme intégré de développement industriel, O.N.U.D.I., juin 1972 et MARTIN BROWN, « Entreprises d'engineering et transfert de technologie », *Revue Tiers Monde* 1976, n° 65, p. 169; pour une espérance pratique, Scurat, *Réalités du transfert de technologie*, Paris, Masson, 1976.

Il y a contrat de formation quand l'entreprise étrangère prend en charge à titre principal la formation professionnelle d'un nombre important de membres du personnel de l'entreprise locale, le plus généralement d'ailleurs du niveau cadre moyen ou ouvrier professionnel.

Les moyens de la formation sont divers mais sont étroitement conditionnés par le nombre plus ou moins élevé de gens à former. L'entreprise étrangère intervient soit en fournissant une assistance technique d'ordre pédagogique aux centres de formation propres à l'entreprise locale (formation de formateurs), soit en intervenant directement avec un programme spécifique et une équipe autonome. La qualité de la formation et l'assimilation réelles des techniques par le personnel local dépendent de la sélection des stagiaires, de leur nombre, de la durée des stages, de leur définition (objectifs), de leur programme, de leur niveau, de l'insertion du travail des stagiaires dans le fonctionnement de l'entreprise, des rapports entre formation théorique et formation pratique, de l'intervention de l'entreprise locale dans le déroulement de la formation (formation adaptée). En effet la technologie n'est jamais totalement neutre et l'entreprise étrangère de formation reproduit souvent des schémas pédagogiques et techniques sans intérêt sur le plan local parce qu'abstraits en ce qui concerne le pays en cause et au contraire très concrets et très intégrés au pays d'origine.

Le contrat d'organisation a pour objet dans le schéma le plus simple de dresser l'organigramme de l'entreprise avec la définition des fonctions des principaux postes de responsabilité. Puis souvent la création d'une équipe et la formation des hommes qui vont occuper lesdites fonctions.

Contrats de formation *stricto sensu* et contrats d'organisation créent ou renforcent une certaine capacité technologique du pays en développement dont l'entreprise — souvent une entreprise nationale — a conclu l'accord. Ils transfèrent de la technologie de production et de gestion dans les gestes élémentaires d'une société industrielle et élèvent les connaissances générales techniques d'un assez grand nombre d'individus. L'affinement des connaissances par secteur spécialisé se fait surtout dans le cadre de l'assistance technique.

2. *Les contrats d'assistance technique*

Les accords d'assistance technique recouvrent des situations très diverses car la notion d'assistance technique est très vaste et il n'est guère de contrats de production ou d'accords industriels qui n'en contiennent quelque élément¹⁵. Mais il faut — dans le cadre d'une politique d'acquisition de la technologie — examiner surtout les contrats indépendants conclus entre une entreprise étrangère et une entreprise locale à titre principal.

La caractéristique la plus importante de ces contrats après celle qui vient d'être citée est que l'entreprise locale qui fait appel à l'assistance d'une

¹⁵ SALEM, *Les contrats d'assistance technique*, journées Dijon, préc. note 1; Rapport présenté ici.

entreprise extérieur garde la maîtrise des opérations. L'assistance est le plus souvent cantonnée à un secteur de l'activité de l'entreprise locale car la spécialisation permet seule un apprentissage fin et l'assimilation de techniques complexes, et corrélative à un programme d'investissement.

L'assistance se définira concrètement par une aide générale et continue, par une assistance particulière programmée et non programmée.

Les problèmes les plus graves sont d'une part l'estimation du coût d'une telle aide et d'autre part l'établissement de rapports de confiance entre ces deux entreprises, entre le receveur d'assistance et le donneur d'assistance, le receveur restant le maître de l'entreprise et le conseiller un salarié.

Ce type de contrat ne couvre certes pas tous les besoins nés de la nécessité du transfert de la technologie et il faudrait également explorer les structures de recherche du pays local. Mais à l'heure actuelle il constitue un des instruments les mieux adaptés et les plus facilement améliorables.

Ce bref examen de la situation qui résulte de l'examen du droit positif des transferts internationaux de technologie conduit à deux remarques qui seront aussi la conclusion. Tout d'abord la loi de police la mieux faite, le contrat le mieux rédigé ne peuvent se substituer à un environnement technique et scientifique qui n'existerait pas. En d'autres termes, une nouvelle division internationale du travail, de nouveaux rapports internationaux exigent pour s'instaurer qu'en même temps des structures internes adaptées à ce nouveau combat soient mises en place. Mais corrélativement, une politique contractuelle fine, un contrôle strict sont des instruments non négligeables d'acquisition de la technologie et une connaissance plus précise des pratiques et surtout une estimation plus exacte de leurs conséquences devraient faire l'objet précis de recherches approfondies et interdisciplinaires. Il sera sans doute alors possible de proposer des options mieux argumentées et aussi d'aider à l'élaboration de politiques de développement mieux élaborées et de permettre au droit de jouer son rôle d'instrument du développement.